

organização  
Gabriella Celidonio Paschoa  
Victor Luis Portela Rocha  
Luis Henrick Bussola Pereira  
Bruno Hellmeister Lico Canal

# DIÁLOGOS ENTRE O PRESENTE E O FUTURO DOS MÉTODOS DE ADR

Estudos da Mentoria Nacional do Young Members Group  
do Chartered Institute of Arbitrators Brazil Branch

Antônio Abdalla  
Arthur Tochetto Das Piva  
Bianca Azzi Ferreira  
Brenda Souza Corrêa  
Bruna Novis Gordilho  
Carolina Kayat Avvad Velloso  
César Henrique Silva Diniz  
Cesar Pereira  
Christian Carbajal Valenzuela  
Cristina M. Wagner Mastrobuono  
Daniela Monteiro Gabbay  
Frederico Favacho

Frederico Singarajah  
Igor Andrade Galiza  
Izabela Moriggi Costa  
Joaquim de Paiva Muniz  
Karin Klempp Franco  
Maria Luiza Negreiros  
Maria Victoria Ferraz  
Marlon Shiguero Ushiro Ieiri  
Pedro H. B. Sousa  
Rebecca Franzoni  
Rita de Cássia Claudiano Cabral Pinto  
Tainá Malta Rodrigues

**DIÁLOGOS ENTRE  
O PRESENTE E O  
FUTURO DOS  
MÉTODOS DE ADR**



organização  
Gabriella Celidonio Paschoa  
Victor Luis Portela Rocha  
Luis Henrick Bussola Pereira  
Bruno Hellmeister Lico Canal

# DIÁLOGOS ENTRE O PRESENTE E O FUTURO DOS MÉTODOS DE ADR

Estudos da Mentoria Nacional do Young Members Group  
do Chartered Institute of Arbitrators Brazil Branch

Antonio Abdalla

Arthur Tochetto Dal Piva

Bianca Azzi Ferreira

Brenda Souza Corrêa

Bruna Novis Gordilho

Carolina Kayat Avvad Velloso

César Henrique Silva Diniz

Cesar Pereira

Christian Carbajal Valenzuela

Cristina M. Wagner Mastrobuono

Daniela Monteiro Gabbay

Frederico Favacho

Frederico Singarajah

Igor Andrade Galiza

Izabela Moriggi Costa

Joaquim de Paiva Muniz

Karin Klempp Franco

Maria Luiza Negreiros

Maria Victoria Ferraz

Marlon Shiguero Ushiro Ieiri

Pedro H. B. Sousa

Rebeca Franzoni Matheus

Rita de Cássia Claudiano Cabral Pinto

Tainá Malta Rodrigues

Copyright © emais editora, 2025

Todos os direitos reservados.

*Editora-Chefe:* Fernanda Gadotti

*Design Editorial:* Laura Pra Baldi de Freitas

*Preparação de Texto:* Deborah Cristina Amorim

**CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO  
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ**

---

D527

Diálogos entre o presente e o futuro dos métodos de ADR [recurso eletrônico] : estudos da mentoria nacional do Young Members Group do Chartered Institute of Arbitrators Brazil Branch / organização Gabriela Celidonio Paschoa ... [et al.]. - 1. ed. - Florianópolis [SC] : Emais, 2025.  
recurso digital ; 2016 MB

Formato: epdf

Requisitos do sistema: adobe acrobat reader

Modo de acesso: world wide web

Inclui bibliografia e índice

ISBN 978-65-83070-79-1 (recurso eletrônico)

1. Arbitragem e sentença. 2. Negociação. 3. Mediação. 4. Resolução de disputa (Direito). 4. Livros eletrônicos. I. Paschoa, Gabriela Celidonio.

25-96272

CDU: 347.918



---

Meri Gleice Rodrigues de Souza - Bibliotecária - CRB-7/6439

Todos os direitos desta edição reservados à emais

[www.emaiseditora.com.br](http://www.emaiseditora.com.br)

[euquero@emaiseditora.com.br](mailto:euquero@emaiseditora.com.br)

Florianópolis/SC

*Impresso no Brasil / Printed in Brazil*

## NOTA DOS COORDENADORES

Esta obra é um dos muitos resultados positivos do Programa de Mentoria Nacional do CIARB – Brazil Branch (“Programa de Mentoria”), cuja ideia e desejo de desenvolvermos surgiu quase que de forma concomitante com a própria criação do grupo de *Young Members Group* do CIARB no Brasil, em meados de 2020 (“YMG CIARB Brazil”).

Como resultado da experiência dos primeiros meses do Programa de Mentoria, nos surgiu, em debates com os *fellows* do CIARB Brazil, a ideia de produzir algo concreto para além do já existente intercâmbio de experiência entre mentores e mentorados: a elaboração de um livro coletivo, fruto de artigos conjuntos de *fellows* e *students members* do CIARB Brazil Branch.

E, obviamente, o desafio não ficou só sobre mentores e mentorados. Da parte dos coordenadores que assinam essa nota, foi um grande desafio desenvolver, organizar e entregar um Programa de Mentoria a altura dos participantes e que atendesse as expectativas de todos. Mais desafiador ainda foi extrair de tal processo de aprendizado uma contribuição tangível para a comunidade arbitral brasileira.

Entretanto, o retorno do projeto não poderia ter sido mais gratificante. Logo no início percebemos que o seletivo grupo de *fellows* da comunidade CIARB, preparados e com muita bagagem profissional e acadêmica, se apresentou disposto a embarcar neste projeto junto a nós, tornando-o muito mais fácil e, sobretudo, um verdadeiro estímulo aos integrantes do YMG CIARB Brazil e seus coordenadores.

Obviamente, a mentoria também nos ensinou muitas coisas que ainda precisam ser melhoradas para as próximas edições e publicações. E é claro que a ideia deste livro, além de fomentar o desenvolvimento da produção acadêmica jovem (e brasileira) em matéria arbitral, é mostrar que o fomento às boas práticas, ao desenvolvimento do jovem profissional e ao exercício da ciência jurídica podem

e devem servir como um veículo de aprimoramento das futuras gerações de advogados e estudiosos da arbitragem.

Este livro, como se verá, possui textos de caráter analítico, outros que examinam questões processuais e, finalmente, alguns que investigam aspectos principiológicos da matéria dos métodos adequados de solução de conflitos ou do processo arbitral comercial e ou internacional.

Esta variedade de abordagens decorre, diretamente, da especialização interdisciplinar dos autores, *fellows* e *students*, o que também é uma marcante nota distintiva deste trabalho: estudantes, arbitralistas, comercialistas, processualistas e mediadores conferiram uniformidade a um tema que perpassa tantas e tão diferentes áreas.

Por fim, deixam-se os agradecimentos à Editora Emais e sua competente equipe, que tornou possível oferecer ao público a primeira obra omnicompreensiva sobre métodos adequados de solução de controvérsias realizado por *fellows* e *students* do CIARB Brazil Branch.

#### **Os Coordenadores**

Gabriella Celidonio Paschoa

Victor Luis Portela Rocha

Luis Henrick Bussola Pereira

Bruno Hellmeister Lico Canal

# PREFÁCIO

Em sua estratégia global para o período de 2021-2023, o CIARB – *Chartered Institute of Arbitrators* incluiu o objetivo de desenvolver e apoiar uma comunidade diversa e inclusiva de pessoas envolvidas na resolução de disputas. A promoção da diversidade e inclusão abrange o incentivo ao desenvolvimento pessoal e intelectual dos integrantes mais jovens dessa comunidade. Em uma época de mudanças aceleradas e radicais, somente a multiplicidade de visões permite apreender a realidade com alguma segurança. A abertura e o acolhimento devem prevalecer como instrumentos de aprimoramento e adaptação a um ambiente tão fluido.

O CIARB *Brazil Branch* foi pioneiro ao colocar essa diretriz em prática, reunindo *Fellows e Associates ou Student Members* em um programa de mentoria. Organizado com rigor – com prazos, procedimentos e metas claras –, o programa traz agora ao público o seu resultado concreto mais visível. Ao longo do segundo semestre de 2021, mais de duas dezenas de duplas de mentores e mentorados trabalharam no desenvolvimento de estudos sobre temas de interesse para a resolução de disputas. Estudantes e jovens profissionais brasileiros tiveram a oportunidade de conviver e trabalhar de perto com profissionais de grande experiência e renome, atuantes no Brasil ou no exterior. E o que é igualmente importante: traduzir essa colaboração em uma produção concreta, que reflete o trabalho realizado e documenta o esforço dos organizadores e participantes do programa.

Na condição de presidente – em final de mandato – do *CIARB Brazil Branch*, alegro-me em haver apoiado essa iniciativa, que surgiu espontaneamente do interesse de diversos integrantes do *Young Members Group (YMG)* do *CIARB Brazil Branch*. Merecem especial reconhecimento os líderes desse projeto, João Marçal Martins, Gabriella Celidonio Paschoa e Victor Luis Portela Rocha, apoiados por um grupo dinâmico de jovens integrantes do CIARB: Luis Henrick B. Pereira,

Bruno Hellmeister Lico Canal, Fernanda Romero G. Pereira, Karina Riccio, Gabriel Bonfim, João Gabriel Campos, Thais Leonel Magalhães de Oliveira e Pedro Augusto Mendes. Fixar e atingir um objetivo ambicioso como o de produzir uma obra tão vasta demonstra a ousadia e eficiência dos jovens integrantes do CIARB. Mostra também o futuro promissor do CIARB e da comunidade de resolução de disputas no Brasil.

. Os temas tratados são abrangentes e ilustram bem o caráter plural e diverso da comunidade do CIARB no Brasil. Versam sobre arbitragem doméstica e internacional, sobre processo e conduta dos árbitros, sobre as relações entre a arbitragem e o Poder Judiciário, sobre arbitragens de investimento e a Administração Pública, sobre a diversidade em si como um valor para a resolução mais eficiente de disputas.

O programa de mentoria do YMG do *CIARB Brazil Branch* e o seu resultado concreto refletido nesta, confirmam o acerto do CIARB ao se comprometer com a promoção da inclusão e diversidade. Dezenas de estudantes e jovens profissionais publicam aqui as suas ideias, debatidas, depuradas e conciliadas com as de seus mentores em discussões, revisões e reflexões. Todos saem desse processo enriquecidos intelectualmente e certos de que o *CIARB Brazil Branch* e seus integrantes ainda terão muito a contribuir para o aprimoramento da resolução de disputas.

Que seja produtiva a leitura – e que esta seja a primeira de muitas realizações do *CIARB Brazil Branch* e seu YMG.

**Cesar Pereira FCIARB**  
Ex-Presidente do CIARB Brazil Branch (2019-2022)

# APRESENTAÇÃO

Juventude e arbitragem podem, à primeira vista, parecer ideias incongruentes, eis que se espera do árbitro a prudência e experiência que, normalmente, não são encontrados nos jovens. Contudo, a arbitragem do mundo atual requer um rol de competências bastante variado que, por vezes, os profissionais mais experientes se mostram incapazes de entregar na mesma velocidade que os mais jovens.

A maravilhosa era da informação livre e abundante que vivemos, muito mais proveitosa aos indivíduos que nela já nasceram, fez com que a utilização de profissionais mais jovens deixasse de ser uma exceção e passasse a ser vista como uma boa estratégia da Parte que deseja ter um processo conduzido de forma mais célere.

Ser jovem não é apenas ter pouca idade. Jovem é aquele que mantém a ilusão viva na alma e é incapaz de parar de sonhar. Jovem é ser inquieto, audacioso, entusiasmado, tal como o Capítulo Brasileiro do *Chartered Institute of Arbitrators* (*CIARB Brazil*). Apesar de integrar uma rede internacional centenária, o *CIARB Brazil* é um instituto extremamente jovem no meio arbitral brasileiro. Fundado aqui apenas em 2019, poucos meses antes da pandemia de Covid-19, o *CIARB Brazil* teve poucos meses de atividade antes dos *lockdowns* que nos privaram do convívio pessoal.

Não obstante tal desafio, conseguimos aliar o entusiasmo dos experientes profissionais que aqui fundaram o Instituto com a audácia e dinamismo dos jovens profissionais que viram nele um caminho para aprender e desenvolver sua carreira na arbitragem. Nascia, assim, o YMG – *Young Members Group* (YMG) do *CIARB Brazil* já com uma missão bastante desafiadora: criar o programa de Mentoria do Instituto.

O Programa de Mentoria do *CIARB Brazil* tem por objetivo aproximar os Associados mais jovens daqueles mais experientes, criando uma relação de troca

entre mentor e mentorado que será levada por toda a vida profissional de ambos. O intercâmbio de experiência e entusiasmo termina por beneficiar todos que participam do programa que saem sempre mais ricos de sabedoria e energia.

A 1ª. Mentoria do YMG *CIARB Brazil* foi um enorme sucesso. Em poucos meses, os jovens representantes do YMG conseguiram experientes árbitros que se dispuseram a trocar suas experiências com os jovens profissionais e, em seguida, publicar em conjunto o resultado desse intercâmbio. É exatamente esse o resultado que o leitor terá nas próximas páginas: artigos de experientes profissionais da arbitragem em coautoria com jovens e promissores árbitros que se apresentam ao mercado com toda sua capacidade, dinamismo e, agora, com mais experiência.

Que a primeira Mentoria seja só o início dessa jornada do YMG *CIARB Brazil* e que, em breve, os que hoje foram mentorados se tornem mentores dos futuros jovens, de forma a eternizar a contrapartida de conhecimento e energia que esse programa traz a todos nós.

**Napoleão Casado Filho**

Presidente do CIARB Brazil Branch (2022-2024)

<b>NOTA INTRODUTÓRIA</b>	<b>13</b>
<b>1   REFLEXÕES SOBRE O PROCESSO DE SELEÇÃO DOS ÁRBITROS EM ARBITRAGEM INTERNACIONAL</b>	<b>17</b>
Rebeca Franzoni Matheus Antonio Abdalla	
<b>2   A PARTICIPAÇÃO DO AMICUS CURIAE NA ARBITRAGEM: UM PARALELO ENTRE A ARBITRAGEM INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS E ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL</b>	<b>49</b>
Cesar Pereira FCIARB Maria Victoria Ferraz	
<b>3   ARBITRAGEM INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS EM PROJETOS DE ENERGIA RENOVÁVEL: OS CASOS DA ESPANHA, ITÁLIA, CANADÁ E MÉXICO</b>	<b>69</b>
Christian Carbajal Valenzuela Izabela Moriggi Costa Arthur Tochetto Dal Piva Maria Victoria Ferraz	
<b>4   UM RETRATO DA ARBITRAGEM EXPEDITA NO BRASIL: FUNCIONAMENTO E PRINCIPAIS DESAFIOS</b>	<b>105</b>
Daniela Monteiro Gabbay Bianca Azzi Ferreira	
<b>5   PERSPECTIVAS SOBRE O <i>THIRD PARTY FUNDING</i></b>	<b>125</b>
Rita de Cássia Claudiano Cabral Pinto Tainá Malta Rodrigues Frederico Favacho	

<b>6   OS PROTOCOLOS DO CIARB NA MELHORIA DA GESTÃO DOS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS BRASILEIROS</b>	<b>143</b>
Carolina Kayat Avvad Velloso Frederico Singarajah	
<b>7   A RESOLUÇÃO DA CVM Nº 80, A CONFIDENCIALIDADE DOS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS E A DIVULGAÇÃO DE FATOS RELEVANTES AO MERCADO PELAS COMPANHIAS DE CAPITAL ABERTO</b>	<b>169</b>
Bruna Novis Gordilho Joaquim De Paiva Muniz	
<b>8   PANORAMA E TENDÊNCIAS NA ADOÇÃO DE DIRETIVAS DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS POR INSTITUIÇÕES ARBITRAIS</b>	<b>185</b>
Maria Luiza Negreiros Karin Klempf Franco	
<b>9   <i>OMNIBUS DISPUTE BOARDS</i> EM CONTRATOS DE CONCESSÃO E DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS DE INFRAESTRUTURA</b>	<b>201</b>
Igor Andrade Galiza Marlon Shiguera Ushiro Ieiri, FCIARB	
<b>10   PARTICULARIDADES DA ARBITRAGEM NO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO</b>	<b>221</b>
César Henrique Silva Diniz Pedro H. B. Sousa	
<b>11   O PROTOCOLO DO CIARB SOBRE AS REGRAS DE INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DOS PERITOS</b>	<b>239</b>
Cristina M. Wagner Mastrobuono Brenda Souza Corrêa	

# NOTA INTRODUTÓRIA

O *Chartered Institute of Arbitrators* – CIARB é uma instituição internacional, com sede em Londres, que tem se dedicado há mais de 100 anos ao desenvolvimento do uso dos meios adequados de resolução de disputas, dentro de altos padrões de ética e profissionalismo.

Importante parte dessa atuação envolve a educação de novas gerações, os chamados “*Young Members*”, que já operam no setor e estão em constante processo de aperfeiçoamento profissional.

Dentro desse espírito, o *CIARB Brazil Branch* desenvolveu em 2021/2022 um programa piloto de mentoria, por meio do qual um associado jovem (mentorado) recebeu uma orientação profissional de um dos integrantes mais experientes, já certificados como “*Fellows*” (os mentores). Além de reuniões periódicas, as duplas estabelecidas escreveram artigos em conjunto sobre temas de interesse para a comunidade arbitral, alguns dos quais abordando as diretrizes (*Guidelines*) do CIARB, que são voltadas à arbitragem internacional, mas que se adaptam muito bem à realidade da arbitragem brasileira.

Temos agora a felicidade de compartilhar os estudos, que retratam a dedicação dos novos talentos!

Boa leitura,

**Cristina M. Wagner Mastrobuono**  
Presidente do CIARB Brazil Branch (2024-2026)



Agradecimentos especiais a Antonio Abdalla, Cesar Pereira, Cristina Mastrobuono, Daniela Gabbay, Frederico Favacho, Frederico Singarajah, Joaquim Muniz, Karin Klempp, Marlon Ieiri e Pedro Sousa, por possibilitarem a publicação deste livro.



# 1 | REFLEXÕES SOBRE O PROCESSO DE SELEÇÃO DOS ÁRBITROS EM ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Rebeca Franzoni Matheus<sup>1</sup>

Antonio Abdalla<sup>2</sup>

## Introdução

É um truísmo da arbitragem que o processo arbitral é tão bom quanto os árbitros que o conduzem: do preparo, disponibilidade e predisposição dos árbitros dependem a flexibilidade do procedimento, higidez do processo e qualidade da sentença proferida. Desta forma, a seleção do árbitro é o momento mais importante no desenvolvimento da arbitragem, devendo ser abordado de forma estratégica pelas partes, com o objetivo de assegurar que os seus interesses e as necessidades do caso sejam atendidos de forma satisfatória.

Embora as partes tendam a focar nos aspectos técnicos do caso e reflexamente do perfil do árbitro, há outros fatores que implicam no julgamento e que, desta forma, devem ser considerados pelas partes para a seleção do melhor candidato. De fato, a condução diligente do processo de seleção vai permitir proteção dos direitos das partes, assim como a eficiência e a celeridade do procedimento arbitral. Nesse sentido, cabe às partes e seus representantes determinarem o

1. *Mentee* do Programa da CIARB. Advogada da equipe de arbitragem do Thomaz Batos, Waisberg, Kurzweil Advogados. Mestranda em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Pós-Graduada em Direitos dos Contratos pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.
2. Mentor do Programa da CIARB. Sócio na Abdalla e Landulfo Advogados, responsável pelas áreas de governança, estratégia e gestão de risco. Árbitro e mediador certificado pela Suprema Corte da Califórnia. Fellow do CIARB - North America Branch. Conselheiro certificado pela Fundação Dom Cabral. Professor assistente Direito Comercial na PUC/SP e do MBA Internacional da Faculdade Baiana de Direito. Analista de sistemas por 20 anos. Professor convidado da Fundação Dom Cabral

perfil de árbitro mais adequado e empenharem as ferramentas disponíveis para conhecer os candidatos disponíveis, realizando uma checagem de conflito preliminar e eventualmente consultando-os, para aumentar as suas chances de êxito na nomeação.

## **1 Fatores a considerar para a seleção do árbitro**

Devido as grandes expectativas envolvidas, a seleção de árbitros se tornou um processo avesso a riscos, favorecendo candidatos bem relacionados e bem conhecidos, que em regra tem histórico, formação e perspectivas semelhantes. Até porque, como um advogado explicaria ao seu cliente, quando confrontado com uma sentença negativa, que ele indicou um árbitro que não conhecia? Consequentemente, há um certo *pool* de profissionais com larga reputação que são vistos como uma “escolha segura” ou “quase infalível”, dificultando a consideração de novos candidatos.

Contudo, embora haja algum consenso sobre as competências mínimas necessárias para que um profissional seja considerado um bom árbitro, o melhor árbitro será sempre aquele que atende às necessidades específicas das partes e da disputa. Desta forma, cabe às partes e seus representantes empregarem um esforço maior na preparação da estratégia do caso desde a fase de requerimento e resposta de arbitragem, para entender o perfil do árbitro que desejam e, tendo maior clareza, efetivamente considerar todas as variáveis que podem vir a interferir no julgamento do caso por esses candidatos se colocados na posição de árbitro.

### **a. Requisitos legais e da cláusula compromissória**

O pressuposto básico para que se inicie o processo de seleção do árbitro é entender se há e quais são os requisitos mínimos para o exercício da função segundo as leis processuais aplicáveis, o regulamento da instituição arbitral e a cláusula compromissória, elaborando um quadro que limite a pesquisa dos candidatos ao perfil desejado. Isso porque, a nomeação de um profissional que não atenda a esses requisitos pode não só acarretar a sua remoção do procedimento,

como também a anulação/não homologação da sentença arbitral produzida, ou mesmo a renúncia ao direito da parte de arbitrar.<sup>3</sup>

Em regra, as leis nacionais conferem grande autonomia às partes para selecionarem os seus árbitros, com exceções referentes às regras mandatórias de igualdade das partes e devido processo legal, independência, imparcialidade e capacidade civil do árbitro. Pode haver também outras exceções que, embora não tão comuns, são igualmente intuitivas, referentes aos requisitos de que o árbitro **(i)** seja pessoa natural, **(ii)** esteja em pleno gozo de seus direitos cíveis, **(iii)** tenha autorização para praticar o direito, **(iv)** não seja juiz ou outro tipo de servidor público, e **(v)** não tenha atuado como mediador/conciliador no mesmo caso.<sup>4</sup>

Ademais, não é incomum que as partes imponham requisitos contratuais para seleção do árbitro, seja diretamente na cláusula arbitral ou mediante a incorporação do regulamento de instituições arbitrais. Dentre os requisitos objetivos tem-se a nacionalidade, habilidades linguísticas, especialização técnica, qualificação adicional e anos de prática em determinada área ou mercado. Como se verá adiante, todos esses atributos conversam diretamente com a natureza e concepção da arbitragem como método de resolução de disputas internacional, na medida que permite um julgamento neutro, técnico e preciso.<sup>5</sup>

Também é possível que se estabeleçam requisitos subjetivos como, por exemplo, gênero e religião. Em comunidades religiosas, geralmente há uma hierarquia social que se fundamenta em status religioso, senioridade e gênero dos seus membros, de forma que a escolha do árbitro refletirá esses fatores, que podem ser especificamente incorporados na cláusula arbitral.<sup>6</sup>

Por fim, além dos requisitos acima, os regulamentos das instituições arbitrais também condicionam a seleção dos árbitros à sua aprovação, seja proativamente

3. BORN, GARY B. *International Commercial Arbitration*. 3rd edition. Kluwer Law International, 2021, § 12.01[C][3].

4. *Ibidem*, § 12.04[B].

5. *Ibidem*, § 12.04[D].

6. Foi o que aconteceu no caso *Jivraj v. Hashwani*, em que ambas as partes eram membros da comunidade ismaelita e tendo incorporado em seu contrato cláusula arbitral para resolução de litígios por tribunal composto por três árbitros os quais deveriam: “*be respected members of the Ismaili community and holders of high office within the community*”. Inobstante, Hashwani nomeou um árbitro que não atendia aos requisitos previstos na cláusula arbitral sob alegação de que ela promoveria discriminação religiosa, ferindo disposições de lei trabalhista inglesa. A Suprema Corte do Reino Unido afastou o referido coárbitro, fundamentando que a sua relação com as partes não era empregatícia e que a vontade das partes expressa na cláusula arbitral era soberana no processo de seleção dos árbitros. (REINO UNIDO. Suprema Corte do Reino Unido. *Jivraj v. Hashwani* [2011] UKSC 40. J. 27/07/2011.)

pela publicação de uma lista de árbitros pré-selecionados, ou posteriormente pela análise do perfil dos árbitros e poder de negar a sua confirmação caso ele não esteja nos parâmetros éticos e profissionais requeridos.<sup>7</sup>

## b. Número de árbitros e forma de nomeação

O segundo fator a ser considerado no processo de seleção do árbitro é o número de árbitros que irão compor o tribunal arbitral e a forma de sua nomeação. Em regra, tais pontos são estabelecidos já na cláusula arbitral, havendo regras suplementares tanto nos regulamentos de arbitragem como em determinadas leis nacionais. Contudo, o cerne da questão é que há diferenças significativas entre as figuras de árbitro único, presidente do tribunal arbitral e coárbitro, de forma que o perfil dos candidatos para cada papel também será diferente.

A escolha por um árbitro único se justifica na maior celeridade conferida a arbitragem e na redução dos custos com honorários arbitrais. Na maioria das vezes, as disputas submetidas a julgamento por árbitro único são de menor complexidade, focadas em questões de direito e com menor dilação probatória. Inobstante, a sua atuação independente do árbitro único lhe impõe um ônus muito maior de diligência, comprometimento, celeridade e neutralidade.<sup>8</sup>

O formato mais comum na arbitragem internacional é a nomeação de painéis arbitrais, que podem variar de tamanho conforme interesse das partes e possibilidades legais, mas que comumente são compostos por três árbitros<sup>9</sup>. Em verdade, a atuação de um painel arbitral causa aumento na duração e custos da arbitragem. Contudo, ele também potencializa a neutralidade do procedimento

7. Darling comenta: “the LCIA Rules state that - “The LCIA Court may refuse to appoint any such nominee if it determines that he is not suitable or independent or impartial”. This reflects the importance that arbitral institutions attach to their reputation for standards of quality and integrity.” DARLING, Paul. Who do you want? What do you get? Appointing the right arbitrator. In: WEERAMANTRY, Romesh. CHOONG, John (eds). *Asian Dispute Review*, Volume 12, Issue 1. pp. 19-20. Hong Kong International Arbitration Centre, 2010, p. 20.

8. BORN, *op. cit.* 12.02[c]

9. “Nowhere perhaps is the tension between traditional ideals of adjudicatory justice and the contractual nature of arbitration felt more keenly than in the case of the so-called “tripartite” panel, where each disputant is permitted to select “his” arbitrator and the two arbitrators named in this way are then to name the chairman of the panel.” RAU, Alan Scott. On Integrity in Private Judging. In: PARK, William W. (ed). *Arbitration International*, Volume 14, Issue 2. pp. 115 – 156. Oxford University Press, 1998, p. 123.

arbitral<sup>10</sup> e a probabilidade de que seja proferida uma decisão com qualidade superior, o que é uma consequência natural do colegiado<sup>11</sup>.

Ademais, mesmo dentro de um painel arbitral o perfil dos árbitros será diferente. Isso porque, em regra os coárbitros são nomeados por uma das partes de forma unilateral e o árbitro presidente é nomeado conjuntamente pelas partes ou pelos próprios coárbitros já confirmados<sup>12</sup>.

Assim, enquanto os presidentes são equidistantes das partes na mesma medida que um árbitro único, os coárbitros são escolhidos pela identificação com uma parte, como se verá adiante.

Ademais, presume-se que os fatores de identificação entre parte e coárbitro se reflitam de alguma forma no processo de seleção do presidente do tribunal arbitral, uma vez que os coárbitros tendem a nomear profissionais com os quais já tiveram algum contato prévio e com quem sabem que poderão trabalhar de forma produtiva, seja devido a alguma afinidade pessoal, profissional ou mesmo acadêmica.<sup>13</sup>

Nesses termos a composição do tribunal arbitral é extremamente cara para determinar a sua dinâmica de funcionamento, sendo indispensável que se pesquise não só as competências técnicas do candidato como suas competências interpessoais, sempre pensando em como todos os membros do tribunal preenchem os requisitos da sua posição específica e também como eles potencialmente se relacionarão entre si.

10. “Historically, allowing each party to appoint an arbitrator who shares that party’s nationality (or other salient qualities) is meant to ensure that no single party’s nationality or legal culture dominates or is excluded from the tribunal.” (ROGERS, Catherine. *Reconceptualizing the Party-Appointed Arbitrator and the Meaning of Impartiality*. In: MEDINA, Ennelly (ed.). *Harvard International Law Journal*, Volume 64, Number 1. pp. 137 – 202. Harvard Law School, 2023, p. 145.
11. GUANDALINI, Bruno. O aprimoramento da função do árbitro no Brasil: as estratégias de *debiasing*. In: GUANDALINI, BRUNO. ELIAS, Carlos Eduardo Stefan. **A Função do Árbitro no Brasil**. Almedina 2022, p. 532.
12. “There is a perceived need, for party-appointed arbitrators in international arbitration, and the predominant practice, as reflected in the most widely used rules, is to presume, or even to require, that if three arbitrators are to be appointed, each party shall appoint or nominate one of the three.” LOWENFELD, Andreas. *The Party-Appointed Arbitrator in International Controversies: Some Reflections*. In: **Texas International Law Journal**, Vol. 30, Issue 1. pp. 59 – 70. ut Law Publications, 1995, p. 65.
13. “The other arbitrators will not only affect the choice of nationality and professional qualifications of the chairman, they will also have undeniable collateral effects. So, a law professor will not accept that the tribunal is chaired by another professor, especially if they are younger. A judge will not accept a judge lower in rank. A lawyer will only accept one of greater prestige or a dean. It is therefore naive to ignore these issues of self-esteem at the time of the selection of the party-appointed arbitrator, as they will necessarily influence the election of the chairman of the arbitral tribunal.” LOPEZ, Carlos Alberto Matheus. *Practical Criteria for Selecting International Arbitrators*. In: SCHERER, Maxi. **Journal of International Arbitration**, Volume 31, Issue 6, pp. 795 – 806. Kluwer Law International, 2014, p. 799.

### c. Imparcialidade, Independência e Neutralidade

O terceiro fator a ser considerado no processo de seleção é o conteúdo exato dos deveres de imparcialidade, independência e neutralidade do árbitro no caso concreto, ou seja, considerando a *lex arbitri*, regulamento de arbitragem, prática do mercado internacional e local, e expectativa das partes e dos árbitros sobre o padrão de conduta no procedimento.

Embora os termos independência e imparcialidade (e neutralidade) sejam empregados de forma conjunta e atécnica para descrever a equidistância do árbitro em relação às partes, cada qual tem seu próprio significado e, desta forma, consequências jurídicas específicas. Nota-se que não há, nem se pretende aqui propor, uma definição estanque desses termos em arbitragem internacional, mas sim elucidar sua singularidade.

Por imparcialidade compreende-se a inexistência de viés subjetivo, predisposição, inclinação ou afinidade que interfira no justo julgamento da disputa. Refere-se ao estado mental do árbitro quanto a igualdade entre as partes, necessário para que a justiça seja feita nos exatos termos da lei, o qual pode ou não ser exteriorizado em atos processuais. Não por outro motivo há forte corrente no direito internacional que condiciona a noção de imparcialidade a aferição de independência do julgador.<sup>14</sup>

Já por independência compreende-se a inexistência de quaisquer relações pessoais, contratuais, institucionais, profissionais, acadêmicas, etc., entre o árbitro e as partes, seus representantes legais e partes relacionadas que tenham algum interesse na disputa, que possam comprometer a aparência de justiça no exercício da função. Também podemos incluir nesta definição uma certa resistência do árbitro à pressão de forças públicas, o que remete à dualidade do próprio instituto da arbitragem e a relevância da autonomia da vontade das partes frente os diversos sistemas nacionais e o internacional.<sup>15</sup>

Por fim, a neutralidade é comumente tratada como um atributo redundante, que engloba os conceitos de imparcialidade e independência sem agregar valor normativo, ou mesmo um atributo do árbitro não imprimir o seu ponto de vista

14. GOMEZ-ACEBO, Alfonso. *Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*. **International Arbitration Law Library**, Volume 34. Kluwer Law International, 2016, pp. 73 – 80.

15. BISHOP, Raymond Doak. REED, Lucy F. *Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*. In: PARK William W. (ed). **Arbitration International**, Volume 14, Issue 4, pp. 395 – 430. Oxford University Press, 1998, pp. 397 – 402.

pessoal na resolução da disputa, mas a estrita racionalidade do direito aplicável. Em arbitragem internacional a neutralidade na maioria das vezes remete a uma questão de nacionalidade, no sentido do árbitro ser de origem cultural e/ou jurídica distinta de ambas as partes em igual medida, de forma que uma não seja favorecida em razão da outra por identificação<sup>16</sup>. Esta é a definição que se adota neste artigo.

Se os atributos de imparcialidade e/ou independência são a base autorizante para o exercício da função, a neutralidade do árbitro é a própria justificativa do sistema da arbitragem internacional<sup>17</sup>. Contudo, o preenchimento desses requisitos na prática não é tão intuitivo quanto no papel, uma vez que, a depender da configuração jurídica em que se insere a arbitragem, o *standard* de aferição da conduta dos árbitros será distinto.

A maioria das leis nacionais e dos regulamentos de instituições arbitrais tutelam ambos os atributos de imparcialidade e independência, mas há outros tantos que preveem um ou outro. Também, há jurisdições que expressamente estendem as regras de impedimento e suspeição de magistrados aos árbitros ou utilizam-nas como parâmetro.

Contudo, como já adiantado acima, mesmo dentro de um tribunal arbitral o perfil dos árbitros diverge, assim como seu ônus de neutralidade. Isso porque, os coárbitros são escolhidos pelas partes por critérios de identificação que condicionam, ainda que inconscientemente, a sua atuação, sendo que pelo próprio ato na indicação surge entre parte e árbitro um *affiliation bias*, ou seja, um sentimento de gratidão/reciprocidade que o deixa inclinado a atuar de uma forma que condiz, razoavelmente, com as expectativas da parte que o nomeou.<sup>18</sup>

Martin Hunter resumiu bem esta dinâmica ao dizer: “*when I am representing a client in an arbitration, what I am really looking for in a party-nominated arbitrator is someone with the maximum predisposition towards my client, but with the minimum appearance of bias*”<sup>19</sup>. Ou seja, é legítimo e produtivo que o coárbitro

16. “the word ‘neutrality’ as it applies to an arbitrator in the international commercial sphere is often used in the political or cultural sense. In this sense, an arbitrator is “neutral” if he is of a nationality different from that of either parties.” DONAHEY, M. Scott. *The Independence and Neutrality of Arbitrators*. *Journal of International Arbitration*, Volume 9, Issue. 4. pp. 31-42. Kluwer International Law, 1992, p. 31-32.

17. Supra nota 10.

18. GUANDALINI, BRUNO. *Economic Analysis of the Arbitrator’s Function*. *International Arbitration Law Library*, Volume 55. Kluwer Law International 2020, pp. 363 - 364.

19. HUNTER, MARTIN. *Ethics of the International Arbitrator*. In: *Association Suisse de l’Arbitrage*. *ASA Bulletin*, Volume 4, Issue 4. pp. 173 - 196, Kluwer Law International, 1986, p. 189.

não seja neutro, contanto que ele continue sendo independente e imparcial, e o presidente do tribunal arbitral tenha todos os três requisitos, sendo equidistante das partes e dos próprios coárbitros<sup>20</sup>.

Aqui cabe nota da existência de árbitros *partisans*, que atuam como agentes das partes que os nomearam, defendendo abertamente os seus interesses sem ter dever de imparcialidade e independência. Referida prática é muito comum na arbitragem nacional nos EUA, mas não na arbitragem internacional, sendo que aquela vem perdendo força no país por influência desta<sup>21</sup>. Assim, como a maior parte dos países não permite a atuação de um árbitro que não seja imparcial, a atuação de árbitros *partisans* pode causar problemas para o reconhecimento da sentença arbitral, fator relevantíssimo a ser considerado pela parte no processo de seleção<sup>22</sup>.

Ou seja, o conteúdo exato dos deveres do árbitro será auferível somente no caso concreto, somados todos os fatores jurídicos e culturais trazidos ao processo pelos indivíduos que nele atuam. Assim, caberá à parte no processo de seleção e confirmação dos árbitros entender quais os requisitos são base do procedimento, fazer alterações e/ou demandas para incorporar a sua visão de forma a ter confiança no árbitro nomeado por ela própria e pela contraparte, e estudar como o candidato a árbitro – com sua bagagem específica – se encaixa nesse contexto, checando possíveis conflitos de interesses para então recepcionar ou recusá-lo.

#### d. Conhecimento técnico

O quarto fator a ser considerado no processo de seleção do árbitro é nada menos que a qualificação técnica do candidato. O primeiro passo será determinar qual é o tipo da arbitragem em mãos, o objeto e/ou aspectos técnicos da disputa pois, a depender dessas variáveis, poderá ser mais interessante designar um árbitro que seja um especialista técnico ou um advogado<sup>23</sup>. De fato, recomenda-se

20. “a party will strive to select an arbitrator who has some inclination or predisposition to favour that party’s side of the case such as sharing the appointing party’s legal or cultural background or by holding doctrinal views that, fortuitously, coincide with a party’s case. Provided the arbitrator does not ‘allow this shared outlook to override his conscience and professional judgment’, this need carry no suggestion of disqualifying partiality.” BISHOP e REED, *op. cit.*, p. 395 – 396.

21. BORN, *op. cit.*, §§ 12.5[B][3] e [4]

22. Nos termos do art. v(2)(b) da Convenção de Nova Iorque sobre o **Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras**.

23. “Even though some might argue that arbitrators should always be lawyers, as the expert witness provides the technical aspects, it is obvious that a technical expert within the arbitral tribunal may explain these issues to other arbitrators

que o árbitro único ou ao menos um dos árbitros de um painel, de preferência o presidente, tenha formação jurídica para poder proferir a sentença arbitral nos termos da lei<sup>24</sup>. Contudo, pode ser mais producente que os coárbitros sejam especialistas no mercado em que se insere a disputa, contanto que a lei aplicável permita tal situação.

Optando por um jurista, ainda assim deve-se prezar por alguém que tenha conhecimento específico no mercado em que se insere a disputa. É evidente que, à medida que a tecnologia se desenvolve e as transações internacionais se intensificam e se tornam cada vez mais complexas, há uma correlação relevante entre os negócios internacionais e os métodos de resolução de disputas internacionais<sup>25</sup>. Assim, um árbitro com mais exposição a um setor ou tipo de disputa pode auxiliar que o tribunal entenda com mais rapidez e precisão os pontos-chaves do caso<sup>26</sup>. No entanto, deve-se tomar cuidado redobrado na checagem de conflito para disputas em áreas ultra específicas, pois a mesma exposição que dá ao árbitro a sua *expertise* pode também condicioná-lo, causando situações de *bias* ou pré-julgamento<sup>27</sup>.

Ademais, optando-se por um jurista, não basta que ele tenha conhecimento do direito, mas sim da lei aplicável ao mérito da disputa e ao procedimento, assim como quanto ao próprio funcionamento da arbitragem. Quanto ao mérito: embora a maior parte dos profissionais que atuam no mercado internacional tenham familiaridade com os princípios legais de diversos países, fato é que as

*better than an expert witness, and even determine any errors or failure in the expert evidence.*" LOPEZ, *op. cit.*, p. 798.

24. BORN, *op. cit.*, § 12.4.

25. WEBSTER, Thomas H. *Selection of Arbitrators in a Nutshell*. In: SCHERER, Maxi. *Journal of International Arbitration*, Volume 19, Issue 3. pp. 261 – 274. *Kluwer Law International* 2002, § G.

26. "For example, there are arbitrators who are almost always appointed in construction-related arbitrations. These sector-focused arbitrators may have relevant legal as well as engineering or other technical backgrounds. Similarly, there are arbitrators who sit often in insurance-related arbitrations or maritime and shipping-related arbitrations. Sports arbitration is also a relatively specialised field in its own right and one can expect that as international arbitration becomes even more mainstream, sector-focused arbitrators would become increasingly prevalent." TAY, Yu-Jin. Reflections on the Selection of Arbitrators in International Arbitration. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed), *ICCA Congress Series No. 17 (Singapore 2012): International Arbitration: The Coming of a New Age? ICCA Congress Series*, Volume 17, pp. 112 – 132. *Kluwer Law International*, 2013, p. 127.

27. Isso foi o que aconteceu no caso *HI & Anor v W & Ors*, envolvendo uma apólice de seguro de produção cinematográfica emitida no âmbito da filmagem de uma série de televisão, cujo sinistro refere-se a acidente no set com um coquetel *molotov*, o qual resultou em queimaduras graves no ator principal. A cláusula de arbitragem na apólice de seguro previa que o árbitro único deveria ser um "experienced practitioner in film or television production", instrução que foi devidamente cumprida no ato de nomeação pelo British Film Institute. Contudo, os Requerentes requereram a destituição do árbitro com base na sua aparência de parcialidade devido à comentários feitos por ele relativos à prova dos peritos da seguradora, com quem havia trabalho e que tinha em altíssima estima (suas próprias palavras), pleito que foi acolhido pela corte comercial para Inglaterra e País de Gales. ENGLAND & WALES. *High Court of Justice (King's Bench Division – Commercial Court)*. *HI and H2 v W and Others* [2024] EWC 382. J. 22/02/2024.

partes cuidadosamente negociaram a lei que governa o seu negócio e redigiram o seu contrato para atender aos requisitos específicos daquela lei.<sup>28</sup>

Desta forma, o requisito mínimo é que árbitro disponha de conhecimento suficiente para julgar a demanda nos exatos contornos da lei contratual, ainda que para isso conte com o auxílio de assessores para preencher possíveis lacunas. No entanto, em casos nos quais grande parte da disputa se ancora na interpretação específica e detalhada da lei aplicável ao mérito ou a algum campo específico desta lei (ex. propriedade intelectual) é vantajoso selecionar árbitros com vasto conhecimento e que possam, de alguma forma, trazer alguma autoridade sobre o tema ao tribunal arbitral.<sup>29</sup>

Quanto ao procedimento: de fato, o conhecimento da *lex arbitri* é essencial para garantir que serão observados os requisitos de higidez do procedimento arbitral na sede, de forma que não haja erros *in procedendo* que justifiquem a anulação da sentença arbitral<sup>30</sup>. Não obstante, o conhecimento e a prática na arbitragem são tão importantes ou até mais. Isso porque, a escolha pela arbitragem se fundamenta também na flexibilidade e celeridade do procedimento, que será mais bem trabalhada por profissionais com experiência específica na área, seja como árbitros ou advogados<sup>31</sup>. Também, a depender da natureza do litígio e da disposição da parte, o atributo da criatividade pode ser benéfico para a reorganização do procedimento de forma mais eficiente e eficaz para a condução do procedimento<sup>32</sup>.

Nesse sentido, nota-se que o requisito de conhecimento específico em arbitragem acaba funcionando como uma barreira de entrada para novos profissionais no mercado de árbitros. Porém, há outras formas de se adquirir as competências necessárias para o bom desempenho da função. Primeiro, pela atuação como secretário do tribunal arbitral ou *case manager*, visto que tais posições permitem que o profissional tenha uma visão panorâmica de procedimentos e da forma de atuação de diversos árbitros, tenha contato com diversas disputas e sentenças

28. WEBSTER, *op. cit.*, § H.

29. TAY, *op. cit.*, p. 127.

30. LOPEZ, *op. cit.*, p. 789

31. “While a legal background is by no means essential, experience of arbitration is. Only a person with experience of arbitration, whether as arbitrator, counsel or expert, will be able to operate the process credibly. Experience will also help to determine how much weight is attached to an arbitrator’s views by other tribunal members.” DARLING, *op. cit.*, p. 21.

32. TAY, *op. cit.*, p. 128.

arbitrais, privilégio no mercado, visto que a maioria dessas sentenças não é publicada.

Segundo, os cursos tem valor inestimável na capacitação do profissional para assumir a função de árbitro. Neste ponto, cabe mencionar o *Chartered Institute for Arbitrators* (CIARB), instituição profissional de referência internacional, com participação inclusiva de diversas geografias, históricos e áreas de atuação, que tem por objetivo avançar a resolução de disputas através da comunhão de ideias, elaboração de diretrizes de boa conduta e cursos em parceria com as principais instituições do mundo. Nesse sentido, o título de *Fellow* do CIARB é por si só um indicador da competência do profissional e que pode colocá-lo em evidência no mercado da arbitragem internacional.

Por fim, a última competência técnica que se deve apreciar na seleção do árbitro, é a sua habilidade linguística. Ora, é intuitivo que para compreender os documentos, argumentos e testemunhos do caso, comunicar-se de forma eficaz e auxiliar na redação, dar ordens e decisões do procedimento, o profissional indicado deve ser fluente na língua da arbitragem. Também, em casos nos quais o contrato foi redigido em idioma diferente daquele nativo das partes, pode ser interessante nomear um árbitro que tenha conhecimento de ambas as línguas para que ele possa entender a intenção das partes na contratação.<sup>33</sup>

#### e. Fatores de identificação

O quinto fator a ser considerado no processo de seleção do árbitro é o da identificação entre candidato e parte, que pode operar de forma consciente ou inconsciente, referindo-se a fatores objetivos relacionados à tradição jurídica, à nacionalidade e posicionamento técnico, ou subjetivos como ideologia, raça, gênero, religião ou até mesmo idade.

É pacífico na literatura a existência de um *bias* cognitivo natural do julgador construído pela experiência pessoal daquele indivíduo que condiciona a sua forma de pensar e agir, e que necessariamente implicará em seu julgamento<sup>34</sup>. Desta

33. WEBSTER, *op. cit.*, § F.

34. “Every judge or arbitrator, however overtly or covertly impartial, brings to bear on his job some innate prejudice and personal preferences which affect his interpretations and assessment of situations and decisions. One’s past is often one of the sources of such prejudices and preferences”. OKEKEIFERE, Andrew. *Appointment and challenge of arbitrators under the UNICTRAL Model Law, Part 1: agenda for improvement. International Law Review*, 1999, p. 167. *Apud* DARLING, *op. cit.*, p. 21.

forma, o poder de escolher o árbitro vem imbuído do poder de determinar que fatores extralegais vão afetar o julgamento do caso<sup>35</sup>.

Ainda, em arbitragem internacional, a maior parte desses fatores extralegais se referem à nacionalidade/tradição jurídica do profissional, que transcende a mera dicotomia do *common law* e *civil law*, mas abrangem todas as especificidades dos vários sistemas de direito ao redor do globo<sup>36</sup>. O cerne da questão é que um árbitro que tenha o mesmo *background* jurídico/cultural da parte compreenderá melhor a sua posição no negócio e na arbitragem, sua forma de argumentação, *standard* e forma de apresentação de provas, etc.<sup>37</sup>. Porém, isso não se aplicará aos árbitros únicos e presidentes do tribunal arbitral, que em regra devem ser de origem distinta de ambas as partes a não ser que expressamente previsto o contrário<sup>38</sup>.

Para além dos fatos, é extremamente benéfico buscar um alinhamento entre a posição jurídica do árbitro e a tese da parte que o nomeia, expressada por meio de eventos, entrevistas, publicações acadêmicas, sentenças arbitrais publicadas, etc. De fato, o árbitro não é vinculado a esses posicionamentos anteriores, sendo que cada caso é singular na medida dos seus fatos. Contudo, na maior parte das vezes, esses materiais prenunciam a lógica jurídica que será empregada pelo

35. “It is also said that this is because the parties to an international arbitration are entitled to select as arbitrators people whom they trust, and who, in addition, may specialize in the subject matter of the relevant dispute. The right to nominate – at the very least – one co-arbitrator would supposedly be essential in reinforcing the party’s confidence in the entire process, assisting in the party’s acceptance of the legitimacy of even an unfavorable award against it, and, as a result, enhancing the legitimacy of the international arbitration system. In this setting, any inclination or predisposition of the co-arbitrator toward her or his appointor may well be the necessary price to pay for the parties’ apparently much-valued right to choose their arbitrators.” ROMERO, Eduardo Silva. *The Curious Phenomenon of the Proactive Co-arbitrator*. In: ZIADÉ, Nassib G. *BCDR International Arbitration Review*, Volume 7, Issue 2, pp. 383 – 396. Kluwer Law International, 2020, pp. 387- 388.
36. KIDANE, Won. *The Culture of International Arbitration*. Oxford University Press, 2017. § 3 *Apud* ROGERS, *op. cit.*, p. 190 – 191.
37. “For example, a Lebanese party that needs extensive document production to prove its case might focus on appointment of an arbitrator from the United States, where such procedures are relatively commonplace. By contrast, a U.S. party who has a trove of dirty documents may instead prefer a Brazilian arbitrator who is generally unaccustomed and perhaps even adverse to document production.” (ROGERS, *op. cit.*, p. 191); “Um bom exemplo é dado pela constituição dos painéis do Tribunal irano-americano para resolução de conflitos, em que um dos árbitros é nacional dos Estados Unidos, outro do Irã e o presidente do Tribunal arbitral é sempre de uma terceira nacionalidade. Assim, considerações geopolíticas também são levadas em consideração quando na nomeação de árbitros. Yves Derrains e Eric Schwartz, ao comentarem a prática da Corte de arbitragem da CCI, afirmam que: ‘in considering matters of nationality, the Court further attempts, insofar as it reasonably can to take into account broader regional or geopolitical considerations. Thus, for example, the Court has in the past refrained from appointing American sole arbitrator or chairmen in cases with parties from Iran, Iraq or Libya, while this countries have been subject to U.S. government sanctions.’” LEE, João Bosco. PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. *A Obrigação da Revelação do Árbitro – Está Influenciada por Aspectos Culturais ou Existe um Verdadeiro Standard Universal?* In: LEE, João Bosco. VERÇOSA, Fabiane (eds). *Revista Brasileira de Arbitragem*, Volume IV, Issue 14. pp. 9 – 22. Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2007, p. 19.
38. Nesse sentido, art. 6.1 das Regras de Arbitragem da LCIA de 2020, art. 13(5) das Regras de Arbitragem da ICC de 2021, art. 17(6) das Regras de Arbitragem da SCC, etc.

árbitro na solução da disputa em voga, dando um senso de previsibilidade à sua atuação e o enredo da resolução da disputa como um todo.

Nota-se que, embora seja benéfica uma predisposição por determinada tese jurídica, deve-se tomar cuidado para que a quantidade e substância do material do árbitro não configure uma circunstância de pré-julgamento, ou seja, uma convicção enraizada a ponto que os fatos do caso não terão qualquer consequência à resolução do litígio. Desta forma, deve-se evitar o perfil do árbitro “*ultra convicto*”, que em último grau se utilizará dos procedimentos para emplacar suas teses e das sentenças que as incorporam para agregar em sua reputação, prejudicando a resolução justa e eficiente do litígio.<sup>39</sup>

Os fatores subjetivos de identificação se referem ao fenômeno conhecido como *affinity bias* – uma tendência inconsciente de todo indivíduo em favor daqueles que lhe são similares, seja por aparência, gênero, crenças, idade, origem, etc., pela presunção de que terão igualmente um raciocínio semelhante<sup>40</sup>. Acontece que, infelizmente, mesmo que o mundo corporativo tenha se diversificado no geral, os cargos decisórios não sofreram tanta progressão, de forma que se replica na escolha de árbitros o estigma do “*male, pale and stale*”.

Somam-se agravantes: pela concentração das arbitragens internacionais na Europa e América do Norte, há uma preponderância de árbitros dessas regiões, e pela especificidade do ramo, há também algum elitismo e clubismo na comunidade de árbitros internacional que funciona como barreira de entrada para novos profissionais.<sup>41</sup>

Neste contexto, esse fator de identificação subjetiva tem gerado problemas crescentes de legitimidade da arbitragem internacional, vez que há uma diminuição geral na confiança das partes na independência dos árbitros – devido à nomeação recorrente, na qualidade técnica das sentenças arbitrais – por uma

39. “There are also others who may want to favor a position in order to become known for that. [...] This behavior can create a specific anecdotal reputation—not at all ideal, but profitable for the arbitrator—once the parties in such situations will tend to appoint this arbitrator, who would consequently have more cases and more compensation. The interest is clearly rational and led by an incentive with patrimonial purpose.” GANDALINI, *op. cit.*, p. 226.

40. Amanda J. Lee trata desse ponto um contexto de igualdade de gênero na arbitragem internacional numa palestra de mesmo nome do artigo hora citado no evento da CIARB para o Dia Internacional da Mulher em 8/5/2021. (LEE, Amanda. Children of the Revolution: Boldly Going Towards New Gender Diversity Frontiers in International Arbitration. In: BREKOUKAKIS, Stavros (ed). *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Volume 87, Issue 3. pp. 404 – 422. Kluwer Law International, 2021, p. 412.

41. SERAGLINI, Christophe. *Who Are the Arbitrators? Myths, Reality and Challenges*. VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). *ICCA Congress Series* No. 18 (Miami 2014): *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, *ICCA Congress Series*, Volume 18. pp. 589 – 611. *ICCA & Kluwer Law International*, 2015, pp. 591 – 595.

falta de diversidade de pensamento – e consequente pressão para extinção da prática de nomeação dos coárbitros pelas partes.<sup>42</sup>

Não por outro motivo, é aconselhável que se opte por árbitros fora do padrão. Embora seja um risco em potencial trabalhar com alguém que tem menos referências, esses profissionais não só podem agregar à flexibilidade e criatividade ao procedimento arbitral, como também potencializarão sua legitimidade e aumentarão a probabilidade de uma sentença arbitral robusta – espantando o fantasma das ações anulatórias.<sup>43</sup>

Assim, no processo de seleção do árbitro é importante que a parte tenha boa consciência dos motivos pelos quais se identifica com um árbitro e se é de fato benéfico que determinado elemento seja introduzido na arbitragem, ponderando a probabilidade que ele atue a favor ou contra a higidez do procedimento e justa resolução do litígio.

#### f. Disponibilidade e diligência

O sexto fator se refere à disponibilidade do árbitro em atuar ativamente na arbitragem, lendo as submissões, analisando as provas e colaborando positivamente na deliberação do tribunal arbitral ao longo do desenvolvimento da arbitragem, mas principalmente para participar das audiências do caso e para realizar as viagens que possivelmente serão necessárias. Neste ponto, o interesse da parte pode variar de acordo com a sua posição na arbitragem, se requerente ou requerido sendo que, no geral, o primeiro tem mais interesse na rapidez que o segundo.<sup>44</sup>

Contudo, deve-se considerar que a disponibilidade do árbitro pode ser um impedimento procedimental significativo, sendo que uma estratégia prote-

42. “Parties to a large international arbitration may well be alarmed to enter the room and find that everybody (including their own lawyers) knows one another except them. The people they see might be current or former partners of the same law firm, members of the same chambers, panelists at the same arbitral institution, sworn enemies or dear friends. It comes as no surprise, therefore, to see that by far the most common ground for bias challenge is the professional relationship between the arbitrator and a party or his or her counsel. LUTTRELL, Sam. **Bias Challenges in International Commercial Arbitration: The Need for a “Real Danger” Test**. *Kluwer Law International*, 2009, p. 6. “When an arbitrator is repeatedly appointed by different parties but on the same subject matter, he or she will indeed accumulate experience but may also logically tend to preconceive the decision to adopt and naturally tend to issue similar decisions in similar cases.” SERAGLINI, *op. cit.* p. 604.

43. “diversity is a sword as well as a shield: studies repeatedly show that diverse groups simply perform tasks better than overly specialized groups. Diverse groups bring a variety of perspectives to a task and are better able to cover each other’s blind spots. It is presumptuous and misguided to think that an arbitral tribunal ... should be any different.” LAMM, Carolyn (org.) **Report of the Cross-Institutional Task Force on Gender Diversity in Arbitral Appointments and Proceedings**. *International Council for Commercial Arbitration (ICCA)*, 2022, p. 15.

44. WEBSTER, *op. cit.*, § FI.

latória pode acabar tornando a arbitragem ineficiente para ambas as partes. Essa circunstância é mais latente quando há algum prazo estabelecido para a prolação de sentença arbitral, seja pelo acordo das partes ou regras da instituição de arbitragem. Nesse sentido, nomear os profissionais mais prestigiados, mais seniores de profissão e idade pode ser um desserviço ao procedimento, pois eles geralmente têm uma disponibilidade reduzida, por uma diversidade de fatores.<sup>45</sup>

Mas não só. Árbitros com menor disponibilidade tendem a depender mais dos seus times de apoio, tendo por vezes contato limitado com os documentos da arbitragem, mas vendo-os pela lente de seus assistentes. Aqui é importante ressaltar que um time de apoio não é um fato que opera em detrimento do árbitro, mas em seu favor, contanto que ele não delegue o seu dever de julgar a outro. Para além dessa preocupação, um time de apoio também levanta questões de conflito de interesses e manutenção da confidencialidade do procedimento, de forma que o mais coerente é que a parte busque conhecer a equipe do árbitro ou, na impossibilidade de obter essa informação, que pergunte a ele diretamente, considerando este fato na seleção do candidato.<sup>46</sup>

Intimamente ligada à disponibilidade está a diligência, a qual vai depender em larga escala do papel do árbitro dentro do tribunal arbitral. Isso porque, apesar da igualdade de todos os árbitros, as funções desempenhadas pelo presidente implicam em certas responsabilidades inerentes que as partes e os outros árbitros esperam que ele cumpra e que são amplamente vistas na prática, como: **(i)** organizar o procedimento de uma forma eficiente, consultando coárbitros e partes; **(ii)** conduzir as audiências e exercer um papel inquisitório, quando for o caso, segundo deliberação do tribunal; **(iii)** policiar e disciplinar o exercício dos poderes do tribunal arbitral; **(iv)** produzir a primeira minuta de documentos como ordens processuais e sentenças, ou delegar a algum dos árbitros funções nesse sentido, entre outros.<sup>47</sup>

45. "In some cases, schedules are not subject to change to accommodate arbitral hearings that extend for several weeks, or they allow this only at certain times of the year, as is the case of full-time professors or government officials. In this sense, a person whose main activity is to practice as an arbitrator, or who is retired, may be a better option than someone who has an active career and practices as an arbitrator sporadically. You must also take care not to choose arbitrators whose full availability is explained only because of their advanced age, since illness or death of an arbitrator can delay or truncate the arbitral process considerably." LOPES, *op. cit.*, p. 798.

46. Sobre os problemas de assistência não revelada pelo árbitro: HUGHES, Benjamin. Chapter 17: The Problem of Undisclosed Assistance to Arbitral Tribunals. In: SHAUGHNESSY, Patricia Louise. TUNG, Sherlin (eds). *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer*, pp. 161 – 168. *Kluwer Law International*, 2017.

47. DRAETTA, Ugo. *Cooperation among Arbitrators in International Arbitration*. In: *Indian Journal of Arbitration Law*. In: CHAUHAN, Aditya Singh. YASHPAL, *Aryan*. *Indian Journal of Arbitration Law*, Volume v, Issue 1. pp. 107-146. *National Law University*, 2016, p. 109.

Poucos são os profissionais que tem a experiência necessária, inclinação ou interesse de assumir tal encargo, motivo pelo qual a nomeação do presidente do tribunal arbitral é delicada, o que aumenta a expectativa na escolha do coárbitro e no seu papel na escolha do presidente. Assim, reflexamente, a diligência dos coárbitros se demonstra de duas formas principais: no fomento e controle da atividade do árbitro presidente, cobrando-lhe prazos e fundamentação que justifique a sua forma de agir, e participar ativamente das deliberações com uma postura construtiva, fator que se verá a seguir.

### g. Postura

Por postura entende-se a predisposição do árbitro em colaborar com os demais e com o bom andamento do procedimento arbitral sem, contudo, renunciar à sua voz no tribunal arbitral. Quanto ao primeiro ponto, de forma genérica, requer-se de um árbitro internacional que ele se sinta confortável com pessoas de outros países, que tem outras culturas e falam outras línguas – entendendo sua posição e respeitando-as –, que tenha uma predisposição a viagens e vivência no estrangeiro, e que tenha boa dinâmica interpessoal dentro do tribunal arbitral.<sup>48</sup>

Quanto ao segundo ponto, embora o árbitro deva ser agradável e até certo ponto flexível, ele deve também fazer valer a sua presença no tribunal arbitral. Isso pois, há na prática colegiada uma tendência ao *group thinking* e no mercado da arbitragem uma tendência ao *salomonismo* os quais devem ser evitados em respeito da confiança depositada pelas partes nos árbitros e em prol da justa resolução do litígio. Explica-se.

*Group thinking* pode ser definido como a forma de pensar que os indivíduos adotam ao estarem fortemente envolvidos em uma coesão grupal, de forma que em favor da unanimidade subjugam sua motivação para buscar abordagens

48. Nesse sentido, Carlos López aconselha que na seleção do árbitro se evite os seguintes perfis: “*First, the ‘egomaniac’, who will probably see the arbitration for which they are designated as an opportunity to support and apply their own legal criteria or favorite dogmatic postulates. Second, the ‘superlawyer’, who will be unable to resist the temptation to assume the role of attorney of one of the parties, or even both, forgetting their impartial position. Third, the ‘superjudge’, who was a bully when they worked in the judicial system, and have taken a liking to it, so they will often make lawyers jump through unnecessary hoops of their creation. Fourth, the ‘White Knight’, who in their search for Justice and Truth, decides to use (or not) the applicable procedural framework, and may even want to address issues that the parties have intentionally excluded, or to decide based on issues not discussed by the parties. Fifth, the ‘wimp’, who is unwilling, or unable, to maintain a sufficiently firm hand on the development of the arbitral proceedings, in order to make them progress quickly and without problems. Sixth, the ‘unemployed opportunist’, who, even though they may have the ability, lack the will to carry the procedure to a quick end, because in reality they have nothing more interesting or remunerative to do.*” (LOPEZ, *op. cit.*, p. 801.

diversas<sup>49</sup>. A relutância em divergir deriva de uma deferência perante os outros indivíduos (particularmente os mais seniores) com objetivo de evitar sanções sociais. Quando tais fatores estão presentes num grupo, exclui-se o fator de diversidade do colegiado e é produzida uma decisão de qualidade inferior ao esperado.

Em arbitragem internacional esse fenômeno é agravado, uma vez que os árbitros existem dentro de um sistema profissional internacional que afeta o seu desenvolvimento profissional e sucesso no ramo. Se sua confirmação depende também de seu relacionamento com os demais árbitros, há uma tendência a não querer contrariá-los para garantir uma futura participação em outro tribunal arbitral<sup>50</sup>. Assim, há um incentivo financeiro tácito relacionado à recontratação pelas partes e/ou indicação de coárbitros que diminui o embate no tribunal arbitral<sup>51</sup>.

Mas não só. Em casos em que há dificuldade em reconciliar as diferentes posições dos árbitros, estes podem ser levados a aplicar uma tática de *split the baby*, que corresponde a decidir dando um pouco de razão para cada parte sem que haja um fundamento para tal conclusão nas circunstâncias do caso, com objetivo de não desapontar/irritar nenhuma das partes<sup>52</sup>. Ugo Draetta nota que tais decisões se assemelham ao julgamento por equidade e que, mesmo que possam ser a melhor solução para em um determinado caso, também contrariam a vontade das partes que, se quisessem tal resultado, teriam optado por um *settlement*<sup>53</sup>.

Nesses termos, tem-se que a nomeação de um árbitro se embasa na confiança das partes de que ele participará ativamente das deliberações, expressando seu posicionamento e inclusive proferindo voto divergente se e quando discordar dos demais<sup>54</sup>. Em especial é o que se espera do coárbitro que naturalmente

49. JANIS, Irving. *Groupthink*. Houghton Mifflin, 1982. *Apud*. Rogers, op. cit., pp. 162.

50. ROGERS, op. cit., pp. 162 – 170.

51. “[t]he more these arbitrators serve on arbitration tribunals and the more intermingled they are in arbitration panels, the more one may expect collegiality between them.” KAPELIUK, Daphna. *The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators*. *Cornell Law Review*, Volume 96, Number. 1. Cornell Law Association, 2010, p. 68.

52. “This split-the-baby behavior may also be seen as an arbitrator’s alleged tendency to unconsciously seek an acceptable award. If this is true, arbitrators may want to split the decision for the sole purpose of pleasing both parties. Both parties would then accept the award. Indeed, any arbitrators’ tendency to split the baby may be explained by the financial motivation to gain and maintain reputation.” GUANDALINI 2020, op. cit., p. 225.

53. DRAETTA, op. cit., pp. 136-137.

54. Nesse sentido, John Fellas: “A reasoned dissent can improve the quality of the arbitration process. It might result in the other two arbitrators changing their minds, or in taking new steps in the proceedings to address an issue raised

carrega um *bias* de afiliação, devendo atuar de forma inteligente e cordial, apresentando sugestões ao longo do procedimento, fazendo perguntas difíceis e enfrentando a decisão da maioria, não por mera oposição, mas com o objetivo de que ela seja sempre sólida e bem fundamentada<sup>55</sup>.

Um último ponto importante é a inclinação do árbitro a propor métodos de resolução de disputas consensuais às partes. Ora, embora a arbitragem tenha por finalidade propiciar uma resolução de conflitos flexível e célere para a possível manutenção dos vínculos comerciais entre as partes, ela não deixa de ser adjudicação, sendo preferível para esse mesmo fim, quando possível, a adoção de medidas autocompositivas como mediação e conciliação<sup>56</sup>. Contudo, nem sempre a postura *pro-settlement* é adequada a determinada parte em determinada disputa, sendo fator importante a se considerar a favor e também contra determinado candidato.

## 2 Instrumentos para a seleção de árbitros na arbitragem internacional

Tendo determinado o perfil do árbitro que melhor se adequa às necessidades das partes e do caso, cabe à parte levantar as informações ao seu alcance para poder avaliar se o candidato poderá corresponder às suas expectativas. Neste ponto vemos que há um sobrevalor agregado à reputação do profissional que, infelizmente, pode vir a eclipsar o julgamento da parte, desviá-la da sua estratégia e de seus deveres para a constituição do tribunal arbitral.

Desta forma, ainda que haja uma tendência em favor dos *big shots* do mundo arbitral, para aumentar as suas chances de sucesso, as partes devem conduzir uma pesquisa compreensiva do histórico do profissional, checar a existência de potenciais conflitos de interesse e possivelmente fazer uma entrevista com os candidatos. Na realidade, embora o que chamamos aqui de *hallway file* seja uma forma válida de obter informações sobre um profissional, há hoje diversos

*in a draft dissent, or in preparing a more robust award, which in turn promotes the losing party's confidence that its arguments were taken seriously and addressed.*" FELLAS, John. *Dissenting Opinions in International Arbitration*. In: PARK, William W. (ed) *Arbitration International*, Volume 39, Issue 2. pp. 217 – 225. Oxford University Press, 2023.

55. É o que se chama de "*Devil's Advocate*", conceito bem trabalhado por Catherine Rogers. ROGERS, *op. cit.*, pp. 170 - 174.
56. Sobre o papel do árbitro em promover a resolução amigável da disputa: KRÖLL, Stefan M. Chapter 22: *Promoting Settlements in Arbitration: The Role of the Arbitrator*. In: SHAUGHNESSY, Patricia Louise. TUNG, Sherlin (eds). *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer*. pp. 209 – 224. Kluwer Law International, 2017.

meios de obter informações, plataformas especializadas para auxiliar as partes no processo de seleção de árbitros, *guidelines* de checagem de conflito e de realização de entrevistas, de forma que não há justificativa para não tirar o melhor proveito deles e do processo de seleção de árbitros em si.

#### a. Checagem de conflito:

Após a nomeação pela parte, para que o árbitro possa ser confirmado no cargo, há um momento específico para a checagem de conflitos de interesses quanto a atuação do árbitro em determinado procedimento, momento no qual ele deve pesquisar e revelar as circunstâncias que possam gerar uma dúvida justificada nas partes quanto a sua imparcialidade e/ou independência.

Porém, em prol da eficiência da fase administrativa, aconselha-se que a parte faça uma checagem de conflito de interesses preliminar para identificar possíveis situações insuperáveis ou de difícil acordo entre as partes, mantendo ou descartando o profissional como candidato.

Também, a maior parte das jurisdições e das instituições arbitrais reconhecem que as partes têm o dever de acessar os fatos notórios sobre o árbitro, indicando conflito de forma temporânea<sup>57</sup>. Assim, ao receber a nomeação da contraparte, caberá à parte interessada conduzir uma pesquisa abrangente sobre o profissional, elaborar eventual pedido de esclarecimentos à sua revelação e possível impugnação com fundamento em alguma situação de conflito.

Como trazido acima, não há um *standard* universal para a conduta do árbitro, sendo que a existência efetiva de conflitos de interesses só pode ser auferida no caso concreto, tendo em consideração o conteúdo da cláusula arbitral, a *lex arbitri* e jurisprudência que a interpreta, o regulamento/diretrizes da instituição arbitral e decisões sobre impugnações de árbitros por elas publicados, e outros instrumentos de *soft law* aplicáveis.

57. Sobre esse dever de curiosidade na prática Suíça: KYRIAKOU, Panagiotis A. THOMMEN, Charlene. *The Revision of Arbitral Awards on Independence and Impartiality-Related Grounds: Delimiting the Parties' "Duty of Curiosity" in the age of Social Media*. **Kluwer Arbitration Blog**. Disponível em: < <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/02/27/the-revision-of-arbitral-awards-on-independence-and-impartiality-related-grounds-delimiting-the-parties-duty-of-curiosity-in-the-age-of-social-media/> > Acesso em 21/06/2024;  
Na prática Francesa: BOUVARD, Vincent. *The Arbitrator's Duty of Disclosure: Case Law from the International Chamber of the Paris Court of Appeal*. **Kluwer Arbitration Blog**. Disponível em: <<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/04/10/the-arbitrators-duty-of-disclosure-case-law-from-the-international-chamber-of-the-paris-court-of-appeal/>> Acesso em 21/06/2024.  
Na prática Brasileira: OMIZZOLO, Bettina. *Arbitrator's Duty of Disclosure under Brazilian Law: The Case of Government Attorneys Seating as Arbitrators*. Disponível em: <<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/04/23/arbitrators-duty-to-disclose-under-brazilian-law-the-case-of-government-attorneys-seating-as-arbitrators/>> Acesso em 21/06/2024.

Nesse interim surgem as Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional como instrumento de *soft law* mais próximo que há de um consenso internacional quanto às situações que podem ou não gerar conflitos de interesses em procedimentos arbitrais internacionais e, por esse motivo, devem ser reveladas pelo árbitro para que as partes avaliem se confiam nele para exercer a função.

As Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses foram elaboradas em 2004, por um grupo de trabalho composto por arbitralistas internacionais de 14 nacionalidades diferentes, com o objetivo de “auxiliar o processo de decisão, legislações nacionais, decisões judiciais, regulamentos de arbitragem e considerações e aplicações práticas referentes à imparcialidade, independência e revelação na arbitragem internacional”<sup>58</sup> Essas diretrizes foram revisadas duas vezes, sendo a primeira em 2014 e a mais recente em fevereiro de 2024.

A versão mais recente das Diretrizes da IBA sobre Conflito de Interesses manteve a mesma estrutura das versões anteriores, sendo que na Parte I estão dispostos os princípios gerais referentes à independência e imparcialidade dos árbitros e na Parte II listas organizadas num sistema de sinais de tráfego, que identificam de forma não exaustiva situações concretas de conflitos de interesse que **(i)** não merecem ser reveladas (Lista Verde); **(ii)** situações que, devido a circunstâncias específicas, podem ensejar dúvida justificável e por isso recomenda-se que sejam reveladas (Lista Laranja); e **(iii)** aquelas que de forma objetiva dão ensejo a dúvidas justificadas quanto à imparcialidade e independência (Lista Vermelha), que podem ou não ser desconsideradas pelas partes.

Embora as alterações realizadas em 2024 sejam pontuais, elas trazem duas implicações significantes. A primeira refere-se ao papel das partes para uma checagem de conflito adequada e preclusão do seu direito à impugnação do árbitro, uma vez que foram inseridas previsões: **(i)** General Standard 4, reconhecendo a existência de um dever de curiosidade das partes segundo critério de razoabilidade<sup>59</sup>, o que sedimenta uma tendência internacional e prevê um parâmetro para que se desenvolvam os contornos desse dever; e **(ii)** no General Standard 7, indicando que as partes devem realizar um juízo de valor sobre

58. LEE e PROCOPIAK, *op. cit.*, p. 15.

59. “a party shall be deemed to have learned of any facts or circumstances [...] that a reasonable enquiry would have yielded if conducted at the outset or during the proceedings” International Bar Association Council.. IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration (2024). Disponível em: <<https://www.ibanet.org/document?id=Guidelines-on-Conflicts-of-Interest-in-International-Arbitration-2024>> Acesso em 21/06/2024.

peças e entidades que possam ser relevantes para o processo de checagem de conflito do árbitro, reconhecendo que estando a parte numa posição mais favorável para realizar tal exercício, é seu ônus fazê-lo de forma satisfatória<sup>60</sup>. Referidas alterações se refletem também nas listas.

A segunda alteração diz respeito à perspectiva segundo a qual devem ser analisados os conflitos de interesse e a necessidade de revelação. Comumente se diz que as Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses estabeleceram um exame duplo quanto a relevância e necessidade de revelação de determinado fato pelo árbitro, estabelecendo **(i)** um julgamento objetivo, segundo o qual devem ser avaliados os fatos relevantes que poderiam causar dúvidas a uma “*reasonable third person*”,<sup>61</sup> e **(ii)** um julgamento subjetivo, segundo o qual devem ser avaliados os fatos a partir dos olhos das partes envolvidas no caso em questão<sup>62</sup>. Contudo, na prática, a perspectiva das partes tendia a eclipsar a objetividade da análise de conflitos.

A nova versão dessas diretrizes trata de esclarecer que: “*the General Standards were developed to be the primary source for evaluating the existence of conflicts of interest (adopting an objective, ‘reasonable third person test’) and the obligation to disclose (adopting a subjective, ‘in the eyes of the parties’ test)*”<sup>63</sup>. Ou seja, o escopo do dever de revelação é maior do que aquele de

60. “(a) A party shall inform an arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties and the arbitration institution or other appointing authority (if any) of (i) any relationship, direct or indirect, between the arbitrator and • the party for ; • another company of the same group of companies; • a person or an individual entity having a controlling influence on the party in the arbitration); • a person or entity over which a party has a controlling influence; or between the arbitrator and • any person or entity with a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration; and The party shall do so on its own initiative at the earliest opportunity. (ii) any other person or entity it believes an arbitrator should take into consideration when making disclosures in accordance with General Standard 3. The party shall do so on its own initiative at the earliest opportunity. (b) In order to comply with General Standard 7(a), a party shall perform reasonable enquiries and provide all relevant information available to it.” (itens tachados foram retirados e sublinhados adicionados) Comparativo entre IBA Guidelines de 2014 e 2024. Disponível em: < <https://www.ibanet.org/document?id=Guidelines-on-Conflicts-of-Interest-in-International-Arbitration-comparison-2014-2024>> Acesso em 21/06/2024.
61. “2(c) Doubts are justifiable if a reasonable third person, having knowledge of the relevant facts and circumstances, would reach the conclusion that there is a likelihood that the arbitrator may be influenced by factors other than the merits of the case as presented by the parties in reaching his or her decision.” (International Bar Association Council. **IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2014)**. Disponível em: < <https://www.ibanet.org/resources>> Acesso em: 21/06/2024.)
62. “3 (a) If facts or circumstances exist that may, in the eyes of the parties, give rise to doubts as to the arbitrator’s impartiality or independence, the arbitrator shall disclose such facts or circumstances to the parties, the arbitration institution or other appointing authority (if any, and if so required by the applicable institutional rules) and the co-arbitrators, if any, prior to accepting his or her appointment or, if thereafter, as soon as he or she learns of them.” (Ibidem.).
63. “Doubts are justifiable if a reasonable third person, having knowledge of the relevant facts and circumstances, would reach the conclusion that there is a likelihood that the arbitrator may be influenced by factors other than the merits of the case as presented by the parties in reaching the arbitrator’s decision.” IBA Guidelines sobre Conflitos de Interesse de 2024, *op. cit.*

conflitos efetivos, sendo que a perspectiva subjetiva das partes por si só não seria suficiente para constituir um conflito de interesses insuperável.

Ante todo o exposto, fica claro que a checagem de conflito é uma etapa fundamental para que as partes exerçam seu direito de escolher e impugnar árbitros, de forma que possam ter a confiança de que o tribunal arbitral confirmado atuará de forma imparcial e independente no procedimento. Quanto antes ela for feita, mais cuidado as partes poderão empregar, trazendo eficiência ao processo de seleção de árbitro e ao procedimento arbitral como um todo.

#### b. Pesquisa do perfil do candidato a árbitro:

Pela estrutura e dinâmica do mercado de arbitragem, os arbitralistas tendem a focar sua pesquisa para seleção dos árbitros no que chamaremos aqui de *hallway file*: as impressões, percepções ou mesmo meras opiniões do seu círculo profissional em relação a um candidato. Embora essa indicação seja a forma mais confiável de se proceder, é de longe a mais eficiente. De fato, hoje há diversas ferramentas de pesquisa dos árbitros, que incorporam em certa medida o feedback do mercado sobre a sua atuação, dentre eles:

- i. *Arbitrator Intelligence* (AI)<sup>64</sup>: projeto idealizado pela Profa. Catherine Rogers e mantido pela *Penn State University*. O AI consiste em um banco de dados criado através dos *feedbacks* de partes e seus representantes sobre arbitragens (que são anonimizadas), os quais são compilados em relatórios sobre os árbitros nos quais se discrimina: sua tendência a conceder medidas de urgência, abordagem em produção de provas, forma de condução do procedimento e das audiências, metodologias aplicadas na redação das sentenças arbitrais e tempo para proferi-las. Interessante notar que os árbitros também podem submeter respostas a um questionário padrão sobre a sua própria prática.

64. Para mais informações: <https://arbitratorintelligence.vercel.app/> No período entre a redação deste artigo e publicação do livro, o Arbitrator Intelligence foi encerrado. Contudo, como a própria Profa. Rogers disse: “*Arbitrator Intelligence as an entity is ending. But the idea of arbitrator intelligence will live on, hopefully to be reincarnated as a more durable enterprise that can dramatically improve how we select international arbitrators.*” (ROGERS, Catherine. Arbitrator Intelligence is Dead! Long Live Arbitrator Intelligence! Kluwer Arbitration Blog. Publicado em 28/7/2024. Acesso em 30/10/2024. Disponível em <<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/07/28/arbitrator-intelligence-is-dead-long-live-arbitrator-intelligence/>>)

- ii. Kluwer Arbitration Practice Plus (KAPP)<sup>65</sup>: extensão da plataforma de pesquisa líder no mercado de arbitragem Wolters Kluwer Arbitration. O KAPP é uma ferramenta que integra inteligência artificial e *machine learning* com o banco de dados do Kluwer, integrando diversos materiais – desde dados de instituições de arbitragem à coleção de artigos e sentenças publicadas no Kluwer – permitindo que se descubra e compare árbitros, pelo seu histórico e posicionamento teórico, ou mesmo tome conhecimento de conflitos de interesse, pela sua conexão com outros indivíduos que atuam na arbitragem.
- iii. Arbitrator Research Tool (ART)<sup>66</sup>: ferramenta do Global Arbitration Review (GAR), que é a principal fonte de notícias e análises do mercado de arbitragem internacional. O ART é um banco de dados contendo perfil de mais de 30.000 indivíduos, que integra informações do GAR e aquelas disponibilizadas por terceiros, dentre eles os próprios árbitros, permitindo acesso ao currículo, experiência e conhecimento específico, forma de atuação, preferências procedimentais, gênero, conexões profissionais, permitindo feedback sob medida quanto à diversos profissionais que atuam como árbitros.

Ademais, há outras iniciativas na arbitragem internacional que também tem um diretório de profissionais que pode permitir a descoberta e familiarização de profissionais com o perfil desejado, como por exemplo: **(i)** conhecimento sobre arbitragem – o diretório de membros do próprio CIARB<sup>67</sup>, ou outros comitês e iniciativas de capacitação de arbitralistas; **(ii)** gênero – ERA Pledge Female Arbitrator Tool<sup>68</sup>, Arbitral Women<sup>69</sup> e GAR Compendium of Unicorns<sup>70</sup>; **(iii)** diversidade racial – REAL Real Equality for Arbitration Lawyers<sup>71</sup>; dentre outros.

Não obstante, para além dessas ferramentas, não se pode também desconsiderar os bons e velhos métodos de pesquisa como as publicações relevantes para

65. Para mais informações: <https://www.wolterskluwer.com/en/solutions/kluwarbitration/practical-tools>

66. Para mais informações: <https://globalarbitrationreview.com/tools/arbitrator-research-tool>

67. Para mais informações: <https://www.ciarb.org/member-directory/>

68. Para mais informações: <https://www.arbitrationpledge.com/arbitration-search>

69. Para mais informações: <https://www.arbitralwomen.org/find-practitioners/>

70. Para mais informações: <https://globalarbitrationreview.com/guide/compendium-of-unicorns-global-guide-women-arbitrators/1st-edition>

71. Para mais informações: <https://letsgetrealarbitration.org/>

o mercado em que se insere a arbitragem, seja o litígio ou o procedimento<sup>72</sup>, os sites dos escritórios e faculdades em que os árbitros trabalhem, e as suas redes sociais. Novamente, reitera-se que a mera conexão pode ou não constituir um conflito de interesses efetivo<sup>73</sup>. Em suma, os meios de pesquisa são variados e altamente especializados, na mesma medida que a arbitragem em si, sendo mais que boa prática da parte, mas seu dever empregar esses meios na seleção do árbitro.

### c. Entrevista com coárbitro:

Embora muito se possa descobrir por meios próprios, há informações que somente o candidato em si será capaz de prover e inferências que somente as próprias partes podem tirar mediante consulta prévia. Não há, em regra, normas específicas referentes à consulta prévia dos árbitros. Contudo, tendo em vista que se trata de uma comunicação *ex parte*, deve-se tomar cuidado para não implicar a imparcialidade e independência do profissional nomeado. Nesse sentido temos que, novamente, o formato dessa consulta dependerá das leis e

72. Para ilustrar a essencialidade desse meio de pesquisa, cita-se o caso *SBA v. Audi Volkswagen*, que trata de ação anulatória com fundamento na aparência de parcialidade de um coárbitro, o qual deixou de revelar que o seu escritório prestava serviços para uma afiliada da parte que o nomeou durante o decorrer da arbitragem, informação da qual a contraparte tomou ciência através de um diretório de advogados alemães (mercado do coárbitro) chamado JUVE. As cortes francesas fundamentaram que, pelo fato de ter sido publicada antes da confirmação do coárbitro, a edição de 2010/2011 deveria ser de conhecimento da contraparte, uma vez que se tratava de publicação de relevância no mercado em que se inseria a arbitragem, tendo ela falhado no seu dever de curiosidade. Inobstante, tendo em vista que na edição de 2015/2016 houve reafirmação desse fato, contradizendo alegação do coárbitro de que sua firma havia deixado de representar referida parte desde 2011, e considerando que o dever de curiosidade da parte não se estende ao longo do procedimento, a sentença arbitral foi anulada. FRANÇA. Corte de Apelação de Paris (1º Departamento, 1ª Câmara). *SBA v. AVME* [16/09386]. J. 27/03/2018, confirmada por FRANÇA. Corte de Cassação (1ª Câmara Cível). *SBA v. AVME* [18-15756]. J. 3/10/2019.
73. Nota-se isso no caso *DIT v. Port Autonome de Douala*, que trata de ação anulatória com fundamento na aparência de parcialidade de um coárbitro pela sua amizade próxima com o representante da parte que o nomeou. Referido vínculo veio à tona pela homenagem feita pelo coárbitro em favor do representante devido à sua morte. Embora as cortes francesas não entendessem que uma simples homenagem poderia, por si só, configurar um conflito de interesses, trechos da homenagem demonstravam amizade profunda entre os profissionais que maculavam a aparência de imparcialidade do árbitro, especialmente sua menção expressa ao fato de que consultava o advogado “*before making any important decisions*”. FRANÇA. Corte de Apelação (5º Departamento, 16ª Câmara). *DIT v. Port Autonome de Douala* [20/18330] J. 10/01/2023, confirmada por FRANÇA. Corte de Cassação (1ª Câmara Cível). *DIT v. Port Autonome de Douala* [23-10.972]. J. 19/07/2024.

regulamentos aplicáveis<sup>74</sup>, assim como das práticas jurídicas/culturais das pessoas envolvidas<sup>75</sup>.

Mais uma vez, as Diretrizes da IBA têm papel singular neste tema. Primeiro, as Diretrizes sobre Conflitos de Interesse preveem que não dão azo a dúvidas justificáveis da independência e imparcialidade do árbitro as comunicações *ex parte* que se limitem a qualificação e adequação do árbitro ao caso ou a nomeação do presidente do tribunal arbitral.<sup>76</sup>

Ademais, as Diretrizes da IBA para a Representação de Partes em Arbitragem Internacional são mais específicas ao prever os tópicos de conversa entre árbitro e representante das partes, permitindo a disponibilização das informações necessárias para checagem de conflito pelo árbitro, assim como uma descrição da disputa de forma geral, mas nunca com detalhes suficientes para que o condicione e nunca com qualquer indicação do posicionamento do árbitro sobre o mérito do procedimento.<sup>77</sup>

74. Nino Sievi traz alguns poucos exemplos de regulamentos de instituições internacionais que tocam no assunto: “*The ICDR Rules and the SIAC Rules contain the exact same provision on this issue. They allow pre-appointment communication only in order to “advise the candidate of the general nature of the controversy and of the anticipated proceedings and to discuss the candidate’s qualifications, availability, or impartiality and independence in relation to the parties” and to discuss the appointment of the presiding arbitrator. The WIPO Rules seem slightly more restrictive stating that only a “candidate’s qualifications, availability or independence in relation to the parties” may be discussed. Thus, discussions on the appointment of the presiding arbitrator are not permitted under the WIPO Rules. The LCIA Rules, on the other hand, do not foresee a restricted set of permissible topics of discussion for ex parte communications with prospective arbitrators. It merely states that, in relation to the selection of the presiding arbitrator, an arbitrator “may consult any party in order to obtain the views of that party as to the suitability of any candidate or nominee as presiding arbitrator.”* SIEVI, Nino. *Pre-Appointment Communications with Prospective Arbitrators – Limits, Disclosure and Documentation*. In: RISSE, Jörg. PICKRAHN, Guenter. et al. (eds). **Schiedsvz | German Arbitration Journal**, Volume 19, Issue 1, pp. 1 – 6. *Kluwer Law International*. p. 3.
75. Nesse sentido, consultar: ELOFSSON, Niklas Elofsson. *Ex Parte Interviews of Party-Appointed Arbitrator Candidates: A Study Based on the Views of Counsel and Arbitrators in Sweden and the United States*. In: SCHERER, Maxi. **Journal of International Arbitration**, Volume 30, Issue 4, pp. 381 – 405. *Kluwer Law International*, 2013.
76. “4.4 Contacts between the arbitrator and one of the parties: 4.4.1 The arbitrator has had an initial contact with a party, or an affiliate of a party (or their counsel) prior to appointment, if this contact is limited to the arbitrator’s availability and qualifications to serve, or to the names of possible candidates for a chairperson, and did not address the merits or procedural aspects of the dispute, other than to provide the arbitrator with a basic understanding of the case.” (IBA Guidelines, *op. cit.*)
77. “8. It is not improper for a Party Representative to have Ex Parte Communications in the following circumstances: (a) A Party Representative may communicate with a prospective Party-Nominated Arbitrator to determine his or her expertise, experience, ability, availability, willingness and the existence of potential conflicts of interest. (b) A Party Representative may communicate with a prospective or appointed Party-Nominated Arbitrator for the purpose of the selection of the Presiding Arbitrator. (c) A Party Representative may, if the Parties are in agreement that such a communication is permissible, communicate with a prospective Presiding Arbitrator to determine his or her expertise, experience, ability, availability, willingness and the existence of potential conflicts of interest. (d) While communications with a prospective Party-Nominated Arbitrator or Presiding Arbitrator may include a general description of the dispute, a Party Representative should not seek the views of the prospective Party-Nominated Arbitrator or Presiding Arbitrator on the substance of the dispute.” *International Bar Association. IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration (2013)*. Disponível em <<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=6FoC57D7-E7A0-43AF-B76E-714D9FE74D7F>> Acesso em: 21/06/2024.

Contudo, o *guideline* mais completo sobre a matéria na arbitragem internacional são as Diretrizes do CIARB sobre Entrevistas com Prospectivos Árbitros<sup>78</sup>. Em seu artigo 2º as Diretrizes do CIARB aconselham que a consulta prévia se restrinja a três tópicos: **(i)** experiências passadas em arbitragem internacional e atitude geral na condução do procedimento; **(ii)** expertise na matéria da disputa; e **(iii)** disponibilidade.

Contudo, vão mais além e especificamente estipulam as matérias que não devem ser discutidas direta ou indiretamente: **(i)** fatos e circunstâncias que deram azo a disputa; **(ii)** posição e argumentos das partes; **(iii)** mérito do caso; **(iv)** a posição do candidato em qualquer um desses pontos. Ressalta-se que, mesmo as questões hipotéticas sobre potenciais argumentos e contra-argumentos em questões de direito devem ser evitadas.<sup>79</sup>

Para além de escopo da consulta, as Diretrizes do CIARB estipulam regras de conduta pré e pós entrevista para respaldar os candidatos à árbitro e as partes. A primeira, pronunciada acima, é que antes de concordar com uma consulta, os árbitros devem questionar sobre a sede da arbitragem e regras aplicáveis, de forma a entender a possibilidade e limites da comunicação ex parte<sup>80</sup>. Segundo, o árbitro e partes devem acordar, por escrito, os parâmetros da entrevista, assim como local, horário, participantes e escopo<sup>81</sup>.

Não é demais reforçar que o árbitro não deve receber nenhuma remuneração ou hospitalidade pela entrevista, sendo que para evitar uma aparência de favorecimento financeiro, referida entrevista deve ser sempre conduzida em local profissional, nunca em restaurantes e/ou bares ou afins<sup>82</sup>. Por fim, essencial que o árbitro e as partes tenham uma forma de controle do desenrolar da entrevista, sendo controvertido se poderiam gravar a conversa, como sugerido na versão anterior das diretrizes, mas no mínimo que tenham notas completas do que se passou<sup>83</sup>.

78. *Chartered Institute of Arbitrators. International Arbitration Practice Guideline – Interview of Prospective Arbitrators*. Disponível em: <<https://www.ciarb.org/media/ov4pnwao/1-interviews-for-prospective-arbitrators-2015.pdf>> Acesso em 24/06/2024.

79. Comentário no Art. 3 das *Guidelines do CIARB*.

80. Art. 1(2) das *Guidelines do CIARB*.

81. Art. 1(4) das *Guidelines do CIARB*.

82. Art. 1(5) das *Guidelines do CIARB*.

83. Art. 1(6) das *Guidelines do CIARB*.

Ademais, toda precaução é pouco para evitar que a estratégia implique a higidez do processo, sendo que na eventualidade da situação sair do esperado, deve-se encerrar a entrevista e descartar de possível futura nomeação, ou no mínimo revelar qualquer questão delicada. Para aumentar a segurança do procedimento, sempre pode-se recorrer à instituição de arbitragem que administra o procedimento, para que seja criado um parâmetro singular de aplicação por ambas as partes, prerrogativa estabelecida pela American Arbitration Association.<sup>84</sup>

## Considerações Finais

A despeito das nuances pessoais dos candidatos a árbitro, o processo de seleção não é um exercício de futurologia na medida que há diversos fatores tangíveis a serem considerados e outros tantos passos a serem tomados para entender a adequação do profissional ao encargo de atuar em determinado procedimento arbitral. Não só é possível controlar muitos dos aspectos do procedimento arbitral pela seleção do árbitro, como legítimo no instituto e benéfico para o desenrolar da arbitragem que as partes o façam de forma consciente e competente. De fato, a arbitragem só atingirá seu objetivo enquanto instrumento de resolução de litígios sofisticado na medida que as partes empregarem técnica e estratégia na sua concepção e condução.

## Referências

American Arbitration Association. **Enhanced Arbitrator Selection Process for Large Complex Cases**. Disponível em: [https://go.adr.org/rs/294-sfs-516/images/Enhanced\\_Arbitrator\\_Selection\\_Process\\_LargeCase.pdf](https://go.adr.org/rs/294-sfs-516/images/Enhanced_Arbitrator_Selection_Process_LargeCase.pdf). Acesso em 21/06/2024.

BISHOP, Raymond Doak. REED, Lucy F. **Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration**. In: PARK William W. (ed). *Arbitration International*, Volume 14, Issue 4, pp. 395 – 430. Oxford University Press, 1998.

BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**. 3rd edition. Kluwer Law International, 2021.

84. “The AAA will work with parties to develop an interview protocol in order for the parties to have an opportunity to present questions to a select number of potential arbitrator candidates, either through a telephone conference, or in writing. Examples of interview question topics might include: industry expertise, relative experience in similar disputes, the arbitrator’s procedural handling practices, and any other questions that the parties would find helpful to the selection process.” American Arbitration Association. *Enhanced Arbitrator Selection Process for Large Complex Cases*. Disponível em: [https://go.adr.org/rs/294-sfs-516/images/Enhanced\\_Arbitrator\\_Selection\\_Process\\_LargeCase.pdf](https://go.adr.org/rs/294-sfs-516/images/Enhanced_Arbitrator_Selection_Process_LargeCase.pdf). Acesso em 21/06/2024. p. 1

BOUVARD, Vincent. **The Arbitrator's Duty of Disclosure: Case Law from the International Chamber of the Paris Court of Appeal.** Kluwer Arbitration Blog. Disponível em: <<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/04/10/the-arbitrators-duty-of-disclosure-case-law-from-the-international-chamber-of-the-paris-court-of-appeal/>> Acesso em 21/06/2024.

Chartered Institute of Arbitrators. **International Arbitration Practice Guideline – Interview of Prospective Arbitrators.** Disponível em: <<https://www.ciarb.org/media/ov4pnwao/i-interviews-for-prospective-arbitrators-2015.pdf>> Acesso em 24/06/2024.

DARLING, Paul. **Who do you want? What do you get? Appointing the right arbitrator.** In: WEERAMANTRY, Romesh. CHOONG, John (eds). *Asian Dispute Review*, Volume 12, Issue 1. pp. 19-20. Hong Kong International Arbitration Centre, 2010.

DONAHEY, M. SCOTT. **The Independence and Neutrality of Arbitrators.** *Journal of International Arbitration*, Volume 9, Issue. 4. pp. 31-42. Kluwer International Law, 1992.

DRAETTA, Ugo. **Cooperation among Arbitrators in International Arbitration.** In: *Indian Journal of Arbitration Law.* In: CHAUHAN, Aditya Singh. YASHPAL, Aryan. *Indian Journal of Arbitration Law*, Volume V, Issue 1. pp. 107-146. National Law University, 2016.

ELOFSSON, Niklas Elofsson. Ex Parte Interviews of Party-Appointed Arbitrator Candidates: A Study Based on the Views of Counsel and Arbitrators in Sweden and the United States. In: SCHERER, Maxi. **Journal of International Arbitration**, Volume 30, Issue 4, pp. 381 – 405. Kluwer Law International, 2013.

ENGLAND & WALES. High Court of Justice (King's Bench Division – Commercial Court). HI and H2 v. W and Others [2024] EWC 382. J. 22/02/2024.

FELLAS, John. Dissenting Opinions in International Arbitration. In: PARK, William W. (ed) **Arbitration International**, Volume 39, Issue 2. pp. 217 – 225. Oxford University Press, 2023.

FRANÇA. Corte de Apelação (5º Departamento, 16ª Câmara). *DIT v. Port Autonome de Douala* [20/18330] J. 10/01/2023, confirmada por FRANÇA. Corte de Cassação (1ª Câmara Cível). *DIT v. Port Autonome de Douala* [23-10.972]. J. 19/07/2024.

FRANÇA. Corte de Apelação de Paris (1º Departamento, 1ª Câmara). *SBA v. AVME* [16/09386]. J. 27/03/2018, confirmada por FRANÇA. Corte de Cassação (1ª Câmara Cível). *SBA v. AVME* [18-15756]. J. 3/10/2019.

GOMEZ-ACEBO, Alfonso. **Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration.** *International Arbitration Law Library*, Volume 34. Kluwer Law International, 2016.

GUANDALINI, Bruno. **Economic Analysis of the Arbitrator's Function.** *International Arbitration Law Library*, Volume 55. Kluwer Law International 2020.

GUANDALINI, Bruno. **O aprimoramento da função do árbitro no Brasil**: as estratégias de *debiasing*. In: GUANDALINI, Bruno. ELIAS, Carlos Eduardo Stafen. *A Função do Árbitro no Brasil*. Almedina 2022.

HUGHES, Benjamin. **Chapter 17**: The Problem of Undisclosed Assistance to Arbitral Tribunals. In: SHAUGHNESSY, Patricia Louise. TUNG, Sherlin (eds). *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer*, pp. 161 – 168. Kluwer Law International, 2017.

HUNTER, Martin. **Ethics of the International Arbitrator**. In: Association Suisse de l'Arbitrage. *ASA Bulletin*, Volume 4, Issue 4. pp. 173 – 196, Kluwer Law International, 1986.

ICC. 2021 Arbitration Rules. Disponível em <<https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/rules-procedure/2021-arbitration-rules/>>. Acesso em 30/10/2024.

International Bar Association Council. **IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration (2024)**. Disponível em: <<https://www.ibanet.org/document?id=Guidelines-on-Conflicts-of-Interest-in-International-Arbitration-2024>> Acesso em 21/06/2024.

International Bar Association Council. **IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2014)**. Disponível em: <<https://www.ibanet.org/resources>> Acesso em: 21/06/2024.

International Bar Association. **IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration (2013)**. Disponível em <<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=6FoC57D7-E7A0-43AF-B76E-714D9FE74D7F>> Acesso em: 21/06/2024.

JANIS, Irving. **Groupthink**. Houghton Mifflin, 1982.

KAPELIUK, Daphna. **The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators**. *Cornell Law Review*, Volume 96, Number. 1. Cornell Law Association, 2010.

KIDANE, Won. *The Culture of International Arbitration*. Oxford University Press, 2017.

KRÖLL, Stefan M. Chapter 22: Promoting Settlements in Arbitration: The Role of the Arbitrator. In: SHAUGHNESSY, Patricia Louise. TUNG, Sherlin (eds). **The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer**. pp. 209 – 224. Kluwer Law International, 2017.

KYRIAKOU, Panagiotis A. THOMMEN, Charlène. **The Revision of Arbitral Awards on Independence and Impartiality-Related Grounds: Delimiting the Parties' "Duty of Curiosity" in the age of Social Media**. *Kluwer Arbitration Blog*. Disponível em: <<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/02/27/the-revision-of-arbitral-awards-on-independence-and-impartiality-related-grounds-delimiting-the-parties-duty-of-curiosity-in-the-age-of-social-media/>> Acesso em 21/06/2024;

LAMM, Carolyn (org.) **Report of the Cross-Institutional Task Force on Gender Diversity in Arbitral Appointments and Proceedings**. International Council for Commercial Arbitration (ICCA), 2022.

LCIA. LCIA Arbitration Rules 2020. Disponível em: <[https://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx](https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx)>. Acesso em 30/10/2024.

LEE, Amanda. **Children of the Revolution: Boldly Going Towards New Gender Diversity Frontiers in International Arbitration**. In: BREKOULAKIS, Stavros (ed). *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Volume 87, Issue 3. pp. 404 – 422. Kluwer Law International, 2021.

LEE, João Bosco. PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. **A Obrigação da Revelação do Árbitro – Está Influenciada por Aspectos Culturais ou Existe um Verdadeiro Standard Universal?** In: LEE, João Bosco. VERÇOSA, Fabiane (eds). *Revista Brasileira de Arbitragem*, Volume IV, Issue 14. pp. 9 – 22. Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2007.

LOPEZ, Carlos Alberto Matheus. Practical Criteria for Selecting International Arbitrators. In: SCHERER, Maxi. **Journal of International Arbitration**, Volume 31, Issue 6, pp. 795 – 806. Kluwer Law International, 2014.

LOWENFELD, Andreas. **The Party-Appointed Arbitrator in International Controversies: Some Reflections**. In: *Texas International Law Journal*, Vol. 30, Issue 1. pp. 59 – 70. UT Law Publications, 1995.

LUTTRELL, Sam. **Bias Challenges in International Commercial Arbitration: The Need for a “Real Danger” Test**. Kluwer Law International, 2009.

OKEIFERE, Andrew. *Appointment and challenge of arbitrators under the UNICTRAL Model Law, Part 1: agenda for improvement*. *International Law Review*, 1999.

OMIZZOLO, Bettina. **Arbitrator’s Duty of Disclosure under Brazilian Law: The Case of Government Attorneys Seating as Arbitrators**. Disponível em: <<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/04/23/arbitrators-duty-to-disclose-under-brazilian-law-the-case-of-government-attorneys-seating-as-arbitrators/>> Acesso em 21/06/2024.

RAU, Alan Scott. **On Integrity in Private Judging**. In: PARK, William W. (ed). *Arbitration International*, Volume 14, Issue 2. pp. 115 – 156. Oxford University Press, 1998.

REINO UNIDO. Suprema Corte do Reino Unido. *Jivraj v. Hashwani* [2011] UKSC 40. J. 27/07/2011.

ROGERS, Catherine A. **Reconceptualizing the Party-Appointed Arbitrator and the Meaning of Impartiality**. In: MEDINA, Ennely (ed.) (et. al.). *Harvard International Law Journal*, Volume 64, Number 1. pp. 137 – 202. Harvard Law School, 2023.

ROGERS, Catherine. Arbitrator Intelligence is Dead! Long Live Arbitrator Intelligence! Kluwer Arbitration Blog. Disponível em <<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/07/28/arbitrator-intelligence-is-dead-long-live-arbitrator-intelligence/>>. Acesso em 30/10/2024.

ROMERO, Eduardo Silva. **The Curious Phenomenon of the Proactive Co-arbitrator.** In: ZIADÉ, Nassib G. BCDR International Arbitration Review, Volume 7, Issue 2, pp. 383 – 396. Kluwer Law International, 2020.

SCC. SCC Rules 2023. Disponível em: <https://sccarbitrationinstitute.se/en/resource-library/scc-rules> Acesso em 30/10/2024.

SERAGLINI, Christophe. **Who Are the Arbitrators? Myths, Reality and Challenges.** VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). ICCA Congress Series No. 18 (Miami 2014): Legitimacy: Myths, Realities, Challenges, ICCA Congress Series, Volume 18. pp. 589 – 611. ICCA & Kluwer Law International, 2015.

SIEVI, Nino. Pre-Appointment Communications with Prospective Arbitrators – Limits, Disclosure and Documentation. In: RISSE, Jörg. PICKRAHN, Guenter. et al. (eds). **Schiedsvz | German Arbitration Journal**, Volume 19, Issue 1, pp. 1 – 6. Kluwer Law International.

TAY, Yu-Jin. **Reflections on the Selection of Arbitrators in International Arbitration.** In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed), ICCA Congress Series No. 17 (Singapore 2012): International Arbitration: The Coming of a New Age? ICCA Congress Series, Volume 17, pp. 112 – 132. Kluwer Law International, 2013.

WEBSTER, Thomas H. **Selection of Arbitrators in a Nutshell.** In: SCHERER, Maxi. Journal of International Arbitration, Volume 19, Issue 3. pp. 261 – 274. Kluwer Law International 2002.



# 2 | A PARTICIPAÇÃO DO *AMICUS CURIAE* NA ARBITRAGEM: um paralelo entre a arbitragem internacional de investimentos e arbitragem com a administração pública no Brasil<sup>1</sup>

Cesar Pereira FCIARB<sup>2</sup>  
Maria Victoria Ferraz<sup>3</sup>

## Introdução

A participação do *amicus curiae* na arbitragem está associada aos princípios da publicidade e transparência, que contrastam com a confidencialidade frequentemente avançada pelas partes nas arbitragens comerciais. O objetivo da participação do *amicus curiae* é a contribuição com informações necessárias para que os tribunais tomem decisões com uma compreensão mais completa de todas as circunstâncias potencialmente relevantes.

Por essa razão, a participação de terceiros aptos a contribuir para a solução da demanda tem se consolidado, partindo do universo das arbitragens internacionais de investimento para as arbitragens comerciais envolvendo a administração pública no Brasil. Para se avaliar as consequências da participação de terceiros é necessário partir de duas premissas: (i) o *amicus curiae* não é parte, e, portanto,

1. Os autores agradecem a Sarah Pais dos Santos, de Justen, Pereira, Oliveira & Talamini (São Paulo), pela assistência na pesquisa de alguns dos temas objeto deste artigo.
2. Sócio de Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Fellow e Presidente do *Chartered Institute of Arbitrators – CIARB Brazil Branch*. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP.
3. Advogada na VLMA Advogados em Curitiba/PR. Antiga *Student member do Chartered Institute of Arbitrators (CIARB)*. Aluna do Núcleo de Arbitragem da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

(ii) cabe levar em conta o impacto da participação de terceiros em relação às partes e ao procedimento em si. O presente artigo tem como objetivo analisar a convergência da interpretação das regras aplicáveis pelos tribunais arbitrais na tomada de decisões à luz dessas premissas.

## **I A transparência v. confidencialidade na arbitragem internacional de investimento**

### **a. Regras de Arbitragem e *Additional Facility Rules* do ICSID**

As Regras de Arbitragem do Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos (ICSID) são aplicáveis a arbitragens em que ambos, o país de origem do investidor e o estado recebedor do investimento, são signatários da Convenção de Washington de 1965, considerando também a existência de previsão em tratado bilateral ou multilateral ou em outro instrumento, como lei de proteção de investimentos, de que as disputas relacionadas a Investimento Estrangeiro Direto sejam submetidas à jurisdição do ICSID. As *Additional Facility Rules* do ICSID são as regras aplicáveis caso apenas uma das partes seja signatária da convenção de Washington e também esteja prevista a sua aplicação em um instrumento como os acima referidos.

Ambos os regulamentos preveem a admissão de terceiros ao procedimento, a critério do tribunal arbitral e após consulta a ambas as partes (Regra 37 de Arbitragem da ICSID, e Artigo 41 das *Additional Facility Rules*, nas versões publicadas em 2006). As previsões que guiam o tribunal em suas decisões incluem assegurar que:

- » A submissão escrita esteja dentro do escopo da disputa;
- » O terceiro assista o tribunal arbitral na determinação de questões de fato e de direito relacionadas à disputa, trazendo uma perspectiva, conhecimento ou *insight* diferente daqueles que poderiam ser trazidos pelas partes;
- » O terceiro enderece matéria dentro do escopo da demanda;
- » O terceiro tenha um interesse significativo na disputa;
- » A participação do terceiro não cause disfunções ao procedimento ou prejuízo indevido a qualquer das partes;

- » Seja observado o princípio do contraditório em relação às alegações feitas pelas partes.

**b. Regras da UNCITRAL sobre Transparência em Arbitragens Investidor-Estado baseadas em Tratados**

As *UNCITRAL Rules on Transparency on Treaty-based Investor-State Arbitration* (“Regras”) são diretrizes disponibilizadas às partes, que podem ser vinculantes se assim se dispuser em tratado ou acordo específico, para que se dê transparência e publicidade aos procedimentos envolvendo entes estatais sem que haja prejuízo à preservação de informações sigilosas, cuja divulgação seja contrária ao interesse público e prejudicial às partes. A versão publicada em 2014 das Regras contém as seguintes previsões:

- » O tribunal arbitral poderá admitir ou, em consulta às partes, solicitar manifestações relacionadas a problemas de interpretação de tratados de partes não signatárias do tratado;
- » O tribunal arbitral, depois de consultar as partes, poderá admitir manifestações sobre matérias dentro do escopo da disputa, de uma parte não signatária do tratado. Na decisão sobre a admissão dessa submissão, o tribunal arbitral deverá levar em consideração que a parte tenha um interesse significativo na demanda, e, para maior certeza, a necessidade de se evitar manifestações que suportariam a demanda do investidor de uma forma análoga à proteção diplomática;
- » Não extrair inferências pela ausência de manifestação diante de uma solicitação;
- » O tribunal deve assegurar que a manifestação não acarrete perturbações ao procedimento ou prejuízo indevido a qualquer das partes;
- » O tribunal deve observar o princípio do contraditório em relação às alegações feitas pelas partes.

Assim, observa-se a convergência entre as diretrizes dadas pelos regulamentos da UNCITRAL e do ICSID, bem como a sua ligação com as premissas propostas

no presente artigo, no tocante à participação do *amicus curiae* nas arbitragens internacionais envolvendo investidores e estados.

## 2 A transparência v. confidencialidade na arbitragem com a administração pública

Algumas das principais instituições de arbitragem do Brasil adotaram regulamentos específicos para reger as arbitragens envolvendo a administração pública. Nota-se que estes regulamentos têm por objetivo, dentre outros, a incorporação das previsões da Lei 13.129/2015, que tornou expressa a previsão legal de possibilidade de participação de entes da administração pública em procedimentos arbitrais, e os princípios que devem nortear essas arbitragens, incluindo o da publicidade (Art. 2º, § 3º da Lei de Arbitragem).

No entanto, nem todos os regulamentos a serem aplicados especificamente a essas arbitragens contêm previsões específicas sobre a possibilidade de participação e critérios de admissibilidade de *amicus curiae* a serem adotados pelos árbitros.

A disciplina do CAM-CCBC contém previsões expressas nesse sentido, contidas na Resolução Administrativa 09/2014 da instituição:

**Enunciado 5.** É permitida a participação de *amicus curiae* no procedimento arbitral, desde que previamente autorizado pelo Tribunal Arbitral, que deverá considerar, em seu juízo de conveniência e oportunidade, a relevância da matéria e a representatividade do postulante.

Considerando que o *amicus curiae* tem por objetivo prestar assistência aos árbitros. Considerando ainda que o *amicus curiae* não é parte e, portanto, não possui os mesmos direitos e obrigações das partes e não está sujeito aos efeitos da sentença. É pertinente o esclarecimento ao Regulamento do CAM/CCBC de que, para as arbitragens com a participação da Administração Pública, é permitida a participação de *amicus curiae* no procedimento arbitral, desde que previamente autorizado pelo Tribunal Arbitral que, como esclarece o enunciado 5, deverá considerar, em seu juízo de conveniência e oportunidade, a relevância da matéria e a representatividade do postulante.<sup>4</sup>

Dessa previsão extraem-se os seguintes requisitos:

- » Conveniência e oportunidade;

4. CAM-CCBC, Resolução Administrativa 09/2014, 20.10.2014, Disponível em: < <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-09-2014-arbitragens-com-a-adm-publica-brasileira/> > Acesso: 09.12.2021.

- » Relevância da matéria;
- » Representatividade do postulante.

Soma-se aos requisitos a assertiva contida nos comentários que ilustram o Enunciado 5 da Resolução no sentido de que o objetivo do *amicus curiae* é prestar assistência aos árbitros, uma vez que não é parte na demanda.

Observa-se a que as iniciativas de regulamentar os procedimentos envolvendo a administração pública, e especificamente a participação de terceiros datam aproximadamente da edição da Lei 13.129/2015, que consolidou a permissão expressa da possibilidade dessa participação com adições à Lei de Arbitragem.

Diferentes abordagens foram adotadas nas iniciativas de regulamentação. O regulamento da CAMFIEP que entrou em vigor em 01.01.2014, anteriormente à edição da Lei 13.129/2015, menciona especificamente a participação de agências reguladoras como *amicus* em procedimentos envolvendo relações jurídicas sujeitas à sua regulação.<sup>5</sup>

Alguns dos regulamentos de instituições com previsões específicas para procedimentos envolvendo a administração pública, incluindo os da CAMARB, CCI, ICDR, CAM-B3 e ARBITAC, em suas versões atualmente vigentes, não dispõem expressamente sobre a participação de *amicus curiae* – embora isso não impeça que a figura seja admitida por aplicação de suas regras gerais sobre a participação de terceiros no procedimento. Já o da CIESP/FIESP contém previsões relativas à divulgação de informações em resolução específica<sup>6</sup>. Conclui-se que a participação do *amicus curiae* até o momento não se destacou nas previsões expressas relativas à arbitragem com a administração pública no Brasil.

Os atos normativos da administração, incluindo os decretos estaduais do Rio de Janeiro<sup>7</sup> e de São Paulo<sup>8</sup> e o decreto federal para determinados procedimen-

5. **Art. 26 – *Amicus curiae***

A Convenção de Arbitragem relativa a litígio objeto desta Seção poderá prever a possibilidade de participação da respectiva Agência Reguladora, na qualidade de *amicus curiae*, em Arbitragens envolvendo relações jurídicas sujeitas a regulação por ela editada. No caso de aplicação do presente dispositivo, a Agência Reguladora não integrará o Processo como Parte, apenas se manifestará com a finalidade de prestar esclarecimentos e informações não vinculantes relacionadas ao litígio, mediante solicitação ou autorização do Tribunal Arbitral. Regulamento de Arbitragem, 2015, CAMFIEP, disponível em [https://www.fiept.org.br/camfiep/sobre/regulamentocodigodectica/uploadAddress/Regulamento-2015\[99387\].pdf](https://www.fiept.org.br/camfiep/sobre/regulamentocodigodectica/uploadAddress/Regulamento-2015[99387].pdf) Acesso: 21.12.2021.

6. Resolução 9/2021.

7. DECRETO NO 46.245 DE 19 DE FEVEREIRO DE 2018, disponível em: < <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTM3NzA%2C> > . Acesso: 21.12.2021.

8. Decreto n. 64.356/2019, disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2019/decreto-64356-31.07.2019.html> Acesso: 21.12.2021.

tos envolvendo a administração pública federal<sup>9</sup> também não contêm previsões relativas ao *amicus curiae*.

Dessa forma, é possível concluir que a prática de participação de *amicus curiae* nas arbitragens envolvendo a administração pública no Brasil está alinhada aos critérios e premissas adotados para a sua admissibilidade no âmbito da arbitragem internacional de investimento.

Assim, passa-se a traçar um panorama da aplicação desses requisitos de admissibilidade pelos tribunais, nas duas esferas.

### 3 O *amicus curiae* na arbitragem internacional de investimento

A participação de *amicus curiae* na arbitragem internacional de investimento e seus critérios de admissibilidade se consolidaram através das decisões dos tribunais arbitrais e passaram a ser expressamente previstos nos regulamentos aplicáveis. Inicialmente, diante da ausência de previsão expressa em regulamento, e, em especial, em caso de não concordância das partes, os tribunais passavam a não admitir a participação de terceiros, como foi o caso do *Águas del Tunari*<sup>10</sup>. As regras de arbitragem do ICSID foram atualizadas após essa decisão, e se passou a prever expressamente a possibilidade de participação de terceiros.

#### iv.a O *amicus curiae* realiza função diversa do perito

Ressalta-se o entendimento consolidado de que, diferentemente da função dos peritos nomeados pelo tribunal ou pelas partes, é o próprio indivíduo ou entidade que busca e solicita a participação no procedimento, e quase sempre para defender uma posição que corresponda aos seus interesses, porém que também transcenda tais interesses próprios e tenha caráter mais geral. De forma oposta, os peritos não interferem de forma significativa na estratégia das partes em relação ao andamento do procedimento e devem se manter imparciais em suas manifestações.<sup>11</sup>

O tribunal em *Methanex* reconheceu a diferença entre a função do *amicus* e a do perito da seguinte forma:

9. Decreto 10.025/2019, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D10025.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10025.html), Acesso: 21.12.2021.

10. *Aguas del Tunari v. Bolivia*, ICSID Case no. ARB/02/3, Award, 2006.

11. BORN, Gary, FORREST, Stephanie. *Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration*, ICSID Review, *Foreign Investment Law Journal*, Volume 34, Issue 3, Oxford University Press, 2019, pp. 626-665.

“Os *amici* não são *experts*; estes terceiros advogam (no sentido não-pejorativo) e não são independentes, de forma que eles apresentam um caso perante o tribunal”

Dessa forma, ressalta-se que não há requisito de imparcialidade em relação a *amicus curiae*, mas de independência, que foi extraída por alguns tribunais arbitrais que a entendem estar implícita, por exemplo, na Regra 37(2) da ICSID, que exige uma perspectiva diferente, e no Art. 4 das Regras da UNCITRAL, que determina a revelação de qualquer conexão, direta ou indireta que o terceiro tenha com qualquer das partes, assim como organizações públicas ou privadas com as quais tenha ligações jurídicas ou financeiras. Conclui-se que imparcialidade seria a ausência de defesa de um posicionamento específico e a independência a ausência de ligação econômico-financeira com as partes.

Em razão do requisito de que o terceiro tenha um interesse significativo na demanda, que tem sido aplicado por tribunais de forma a combinar a decisão em *Suez* com a Regra 37 do ICSID, exige-se que as credenciais do peticionário, incluindo experiência e independência, sejam apresentadas no momento do requerimento de ingresso.<sup>12</sup>

Em *Pac Rim*, o ICSID publicou uma nota contendo requisitos formais de admissibilidade de requerimentos de manifestação de terceiros. O pedido deve<sup>13</sup>:

- » Descrever a identidade e *background* do peticionário, a natureza da associação, caso se trate de uma pessoa jurídica, e a natureza de qualquer relação com as Partes ou Partes Contratantes (da Convenção);
- » Revelar se o peticionário recebeu, direta ou indiretamente, qualquer assistência financeira ou material de qualquer das Partes, das Partes Contratantes (da Convenção), ou de qualquer pessoa relacionada com o objeto do procedimento;
- » Especificar a natureza do interesse do peticionário na demanda que ensejou o requerimento.

Dessa forma, pode-se entender que há um dever de revelação, comparável aos dos árbitros, por parte dos indivíduos e entidades que requerem ingresso como

12. TRIANTAFILOU, Epaminontas E. Triantafilou, *Amicus Submissions in Investor-State Arbitration After Suez v. Argentina: The Gillis Wetter Prize*, in William W. Park (ed), *Arbitration International*, Oxford University Press 2008, Volume 24, Issue, 4, pp. 571 – 586.

13. ICSID NEWS RELEASE ISSUED ON 02.02.2011 (in *Pac Rim Cayman v. El Salvador*), ICSID Case No. Arb/09/12.

*amicus curiae* em procedimentos, o que está de acordo com as regras adotadas pelas instituições arbitrais.

Os tribunais em *Von Pezold*<sup>14</sup> e *Glamis Gold*<sup>15</sup> aplicaram os requisitos de independência e chegaram a conclusões diferentes. Em *Von Pezold*, o tribunal entendeu que o ECCHR (Centro Europeu de Direito Constitucional e Direitos Humanos), entidade especializada no *benchmarking* e avaliação do *compliance* e práticas relativas a direitos humanos por empresas, não estaria em condição de contribuir suficientemente para a resolução da demanda. A demanda envolvia disputas relacionadas à reforma agrária e conflitos fundiários no país. Entendeu-se que o ECCHR detinha expertise e experiências diversas daquelas necessárias para uma contribuição efetiva.

Em relação às comunidades indígenas, o tribunal acatou a afirmação dos requerentes de que as circunstâncias do requerimento de submissão dariam margem a “dúvidas legítimas”, em especial diante das relações dos petionários com indivíduos e entidades diretamente ligadas à reforma agrária, e que detinham conexões diretas com o requerente, o governo do Zimbábue. A ligação entre camponeses representados pelas entidades petionárias, que seriam afetados pela decisão, e o governo do Zimbábue enquanto parte deu margem a “dúvidas legítimas”, de forma similar aos requisitos de “dúvidas justificáveis” introduzidos pelas IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration e demais regulações adotadas em procedimentos.

Já em *Glamis Gold*, o tribunal entendeu que não configura ausência de independência ou conflito de interesse o fato de o requerente, Glamis Gold, ser membro da petionária American Mining Association e admitiu a participação da entidade em uma arbitragem que discutiu a implicação de alterações da regulação de licenças de mineração pelo Estado da Califórnia.

#### iv.b O *amicus curiae* não é parte na demanda: deve-se levar em conta o impacto da participação de terceiros sobre as partes e o procedimento em si

Há o entendimento de que a aceitação de manifestações tem sido flexibilizada pelos tribunais, de modo a não se exigir mais de forma expressa e estrita o consentimento das partes, como se viu nas decisões em *Aguas del Tunari* e *Vonz*

14. *Bernard Von Pezold and Others v Republic of Zimbabwe*, ICISID Case No. ARB/10/25, Procedural Order N. 2, 2012.

15. *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, Award, 2018.

*Pezold*, o que é alvo de críticas<sup>16</sup>. O terceiro adquire uma posição similar à de parte e passa a, eventualmente, ter acesso a documentos, realizar manifestações orais e escritas e participar de audiências.

Apesar de não possuir o mesmo poder decisório e de participação, o terceiro tem uma função muito importante de decisão e petição, e a sua participação adquire características análogas. Portanto, é importante que os tribunais mantenham a premissa de que o *amicus* não é parte. Não se pode negligenciar o consentimento das partes na tomada de decisões sobre admissão de manifestações orais e escritas, acessos a documentos e participação em audiências. É o que se pretende preservar com as disposições no regulamento aplicável que se referem à não perturbação do procedimento ou ônus excessivo a uma das partes.

A participação de terceiros pode afetar a estratégia adotada pelas partes no procedimento, além de acrescentar ao tempo e recursos necessários, o que é ressaltado nas decisões de tribunais arbitrais relativas à admissibilidade de solicitações de manifestação<sup>17</sup>. Dessa forma, deve haver uma contrapartida. Também se extrai do regulamento aplicável o requisito de interesse transcendente ao das partes, ou seja, que a contribuição do *amicus curiae* sirva para preservar um interesse mais amplo, geral e comum ao público, e não apenas interesses privados das partes e do terceiro interessado<sup>18</sup>.

16. *The consensual nature of arbitration imposes important limits on who may participate in the arbitral process. Just as a non-party to an arbitration agreement cannot be required to arbitrate without its consent, a party to an arbitration cannot be obliged to arbitrate, without its consent, with a non-party. Simply put, parties cannot be compelled to arbitrate with strangers, with whom they have not agreed to arbitrate their disputes. As one commentator aptly explained, parties have 'the last word on how the process is structured, including under what circumstances non-signatories of the arbitration [agreement] should be able to participate in it. The consensual character of arbitration bears directly on amicus participation in investment arbitration. Amici are, by definition, not party to the arbitration agreement or the arbitration. However, amicus participation in an arbitration entails actions and involvement that are very similar to those arising from the joinder of additional parties to an arbitration. That type of joinder can, of course, be authorized only if the new participant is bound by the arbitration agreement (or with all parties' consent). Although amici lack the full procedural rights possessed by parties to an arbitration, they nonetheless are permitted to exercise some of the most significant rights of parties (including the fundamental right to be heard by the tribunal by presenting their arguments and evidence on issues in dispute). Moreover, as noted above, this amicus participation necessarily, and intentionally, has a potentially material impact on both the arbitral process and the tribunal's eventual decision.* p. 640, p. 639  
BORN, Gary, FORREST, Stephanie, *Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration*, ICSID Review, Foreign Investment Law Journal, Volume 34, Issue 3, Oxford University Press, 2019, pp. 639-640.  
Gomez, Katia Fach, *Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest*, Fordham International Law Journal, 2012, nº 35, v. 2, pp. 510-564
17. *Electrabel SA v Republic of Hungary*, ICSID Case No ARB/07/19, Procedural Order No 4, 2009.  
*Resolute Forest Products Inc v Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No 2016-12, Procedural Order No 1 (29 June 2016) para 16.
18. MOURRE, Alexis, *Are Amici Curiae the Proper. Response to the Public's Concerns on Transparency in Investment Arbitration?* Law and Practice international Courts and Tribunals, vol. 5, no. 2, 2005, pp. 257-272.

Um caso em que se reconheceu que a participação contribuiria para que o tribunal pudesse melhor decidir matéria de interesse da população em geral, foi a participação da Organização Mundial da Saúde em *Phillip Morris v. Uruguay*, em que se discutiu a legalidade das medidas governamentais que tornaram obrigatória a inclusão de imagens e avisos quanto aos riscos à saúde representados pelo cigarro e o hábito do fumo.<sup>19</sup>

Dessa forma as premissas de que o *amicus curiae* não é parte, e do consentimento enquanto fundamento da arbitragem diante do impacto da participação de terceiros, são premissas sobre as quais se construiu a análise de admissibilidade.

Dito isso, denota-se que:

Como não é parte, o *amicus curiae* tem se transformado em uma opção para os árbitros se socorrerem do conhecimento técnico-jurídico de terceiros sem, contudo, terem de enfrentar os limites dos padrões legais ligados às clássicas formas de intervenção de terceiros. [...].<sup>20</sup>

Em conclusão, apesar da relevância da condição de terceiro do *amicus curiae*, este pode ser admitido pelo tribunal de forma semelhante à figura do *expert*. No entanto, a ausência de relação contratual com as partes não remuneração do *amicus* também são aspectos que alteram significativamente a natureza de sua participação.

#### 4 O *amicus curiae* na arbitragem com a administração pública no Brasil

A participação de *amicus curiae* na arbitragem comercial com a administração pública no Brasil seguiu as mesmas premissas da participação de terceiros na arbitragem internacional de investimentos. Após a inclusão e diretrizes expressas para a arbitragem envolvendo a administração pública pela Lei 13.129/2015, muitos esforços têm sido empregados na evolução do instituto para acomodar os princípios da publicidade, transparência e proteção ao interesse transcendente<sup>21</sup>. Dessa forma, o instituto se desenvolveu de forma a unir a jurisprudência dos

19. *Phillip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Phillip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Procedural Order No. 3.

20. MENEZES, Caio Campello de. O papel do *amicus curiae* nas arbitragens. In: WALD Arnaldo (organizador), **Doctrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação**, vol. 2, Revista dos Tribunais, 2014 [livro eletrônico]

21. PEREIRA, Cesar, A Participação das Câmaras de Arbitragem como *Amicus Curiae* em Processos do Tribunal de Contas da União Relativos a Processos Arbitrais, **Revista Brasileira de Arbitragem**, Vol. III Issue 12, p. 44.

tribunais superiores à da arbitragem internacional de investimento, no tocante aos critérios de admissibilidade:

Denota-se que a jurisprudência das cortes superiores brasileiras e o costume das arbitragens de investimentos encaram a intervenção de *amicus curiae* de modo similar. Ambos percebem a intervenção de *amicus curiae* como uma oportunidade de ventilar e democratizar os procedimentos, em resposta aos anseios da sociedade por maior transparência e legitimidade – tanto na esfera local quanto global. Da mesma forma, nos dois sistemas, a intervenção é admitida em estágios delimitados do procedimento e é analisada de acordo com a relevância da matéria e a representatividade da entidade interessada.<sup>22</sup>

As premissas que tem sido adotadas em ambos os contextos são as mesmas. A primeira é de que o terceiro não é parte, e a segunda a de que se deve considerar o impacto de sua participação nas partes. A doutrina brasileira também tem se desenvolvido nesse sentido<sup>23</sup>. Reconhece-se a diferença entre a figura do *amicus* e do *expert*, em especial em relação às circunstâncias de remuneração e o requisito de imparcialidade.

#### IV. A distinção entre o papel do *amicus curiae* e demais terceiros intervenientes na arbitragem

A despeito da distinção entre as duas figuras, alude-se também a semelhanças em relação à sua função de instrução processual:

Diante da impossibilidade humana do juiz de conhecer todas as áreas do saber, é imprescindível o auxílio de pessoas habilitadas para o julgamento das questões técnicas controversas. Ambos podem fornecer elementos úteis à formação da convicção do órgão julgado. Há, pois, forte relação entre a atuação do *amicus* e a instrução processual, na medida em que, em sua essência, é o portador de informações não jurídicas importantes na solução do litígio.<sup>24</sup>

22. OLIVEIRA, Gustavo Justino de, Especificidades do processo arbitral envolvendo a administração pública, Tomo de Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, abril de 2017, Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/49/edicao-1/especificidades-do-processo-arbitral-envolvendo-a-administracao-publica>, Acesso: 20.12.2021.

23. “Dentro desse contexto, conclui-se que o *amicus curiae* não é parte, mas sim um terceiro que, vale ressaltar, diferencia-se daquele que intervém na arbitragem sob as formas permitidas, na medida em que seu papel se restringe unicamente a prestar assistência aos árbitros. Obviamente, não tem os mesmos direitos e obrigações das partes, tampouco está sujeito aos efeitos da sentença arbitral. De um modo geral, árbitros têm tratado o *amicus curiae* como *expert*, na medida em que expressa sua opinião sobre aspectos técnicos e jurídicos, apresentando conclusões para auxiliar os árbitros a formarem sua opinião. Conforme salienta o professor Loukas Mistelis, 4 existem, contudo, diferenças entre o *amicus* e o *expert*: (i) o *amicus* não é remunerado pela assistência prestada; e (ii) o *amicus* não tem nenhuma relação contratual com as partes.” MENEZES, Caio Campello, O papel do *amicus curiae* nas arbitragens, **Revista de arbitragem e mediação**, vol. 12, 2007, pp. 95-96.

24. CAMBI, Eduardo. *Amicus curiae* e o processo coletivo. **Revista de Processo**, v. 36, n.192, p. 23.

No entanto, observa-se na doutrina brasileira divergência de entendimento em relação à sujeição do *amicus* às exceções de impedimento ou suspeição, atreladas ao requisito de independência já consolidado no âmbito da arbitragem internacional de investimentos.<sup>25</sup>

Distingue-se aqui, para fins do presente artigo, a análise de admissibilidade feita por juízes e tribunais arbitrais de requerimentos de manifestação por terceiros em geral, cuja intervenção não está prevista em lei, da intervenção de órgãos reguladores e com poder decisório na esfera administrativa como o CADE, a CVM e o INPI, cujas participações em processos envolvendo matéria de sua competência está prevista nas leis 6.375/1976, 8.884/1994 e 9.279/1996 respectivamente.

Diante das diferentes modalidades de intervenção e finalidades dessa pretensão, propôs-se classificar o *amicus curiae* a partir de três critérios: (i) a natureza jurídica do interveniente, que pode ser público ou privado, (ii) a iniciativa da intervenção, que pode ser provocada ou espontânea, (iii) a razão concreta da intervenção, que pode ser vinculada, procedimental e atípica, que varia em razão da existência ou ausência de previsão legal e da obrigatoriedade da intervenção.<sup>26</sup>

Não se pretende comentar em exaustão as modalidades, nem restringir o estudo da participação e admissibilidade da intervenção a uma dessas categorias. O que se pretende demonstrar é que, ainda que não atingido, o legislador tem um objetivo comum ao do julgador no tocante à participação de *amicus*, o de determinar a possibilidade de participação de acordo com as características do indivíduo ou entidade e a razão da intervenção.

A título ilustrativo, tem-se o art. 12 do Decreto 64.356/2019, que regulamenta o uso da arbitragem com a administração pública no âmbito do estado de São Paulo<sup>27</sup>. Nele está determinada a aplicação do princípio da publicidade, e como consequência o acesso de terceiros apenas a documentos sobre os quais

25. *Ibidem*, p. 24.

26. BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 519-531.

27. Artigo 12 - Os atos do procedimento arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo ou segredo de justiça.

§ 1º - Para fins de atendimento deste dispositivo, consideram-se atos do procedimento arbitral as petições, laudos periciais, Termo de Arbitragem ou instrumento congêneres e decisões dos árbitros.

§ 2º - A Procuradoria Geral do Estado disponibilizará os atos do procedimento arbitral na rede mundial de computadores.

§ 3º - As audiências do procedimento arbitral poderão ser reservadas aos árbitros, secretários do Tribunal Arbitral, partes, respectivos procuradores, testemunhas, assistentes técnicos, peritos, funcionários da câmara arbitral e pessoas previamente autorizadas pelo Tribunal Arbitral.

não recaiam proteção legal ou segredo de justiça, e restrição da participação em audiências aos previamente autorizados pelo tribunal arbitral.

Também se distingue a participação do *amicus curiae* da intervenção de terceiros ou assistência litisconsorcial prevista no código de processo civil<sup>28</sup>, uma vez que a razão da participação do *amicus* é o interesse que deve transcender o individual das partes e litisconsortes envolvidos:

Visto isso e nessa mesma esteira, razão tampouco há para entender o *amicus curiae* como assistente litisconsorcial, uma vez que não pode ser configurado em qualquer das hipóteses legais. É como bem exemplifica Luís Sérgio Marmari Filho: “[...] o *amicus curiae* se diferencia das clássicas modalidades de intervenção de terceiros no processo judicial previstas no Código de Processo Civil, assim como do instituto da assistência e do litisconsórcio em função de seu caráter público, isto é, transcende as motivações dos litigantes. Como participante extraordinário do processo, não se legitima por possuir interesse jurídico particular no deslinde da demanda.”<sup>29</sup>

Entende-se que o assistente litisconsorcial intervém no procedimento diante de evidente e iminente risco de prejuízos a seus direitos juridicamente tutelados, enquanto o *amicus curiae* se propõe a fornecer uma visão completa da repercussão da decisão em interesses transcendentess<sup>30</sup>.

Há também, derivado da distinção entre a assistência litisconsorcial e o *amicus curiae*, o reconhecimento de que o litisconsorte se torna parte no procedimento, enquanto o *amicus* permanece não sendo parte<sup>31</sup>.

#### iv.b Os requisitos de admissibilidade

Faz-se na doutrina brasileira, a clara distinção entre o interesse público e o interesse que meramente transcende o das partes<sup>32</sup>. Entende-se que não é necessário que o terceiro represente os interesses coletivos da sociedade como um todo, pois a demanda pode dizer respeito apenas a um grupo específico de indivíduos ou uma determinada região. No entanto, não é admissível que o

28. CAMBI, Eduardo. *Amicus curiae* e o processo coletivo. **Revista de Processo**, v. 36, n.192, p. 22.

29. DA SILVA, Eduardo, BRONSTRUP, Felipe. O requisito da representatividade do *amicus curiae*, **Revista de processo**, vol. 207/2012, p. 159.

30. PEREIRA, Milton, *Amicus curiae*: intervenção de terceiros. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v.4 n. 20, 2002, p. 8.

31. ABRAÃO, Pauliane do Socorro Lisboa. Algumas considerações críticas sobre a natureza jurídica do *amicus curiae* no direito brasileiro. **Revista dialética de direito processual**, n. 105, 2011, p. 83.

32. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 51.

interesse representado pelo *amicus* se restrinja ao seu próprio ou ao de uma das partes.

O Código de Processo Civil de 2015, em linha com a redação do Código de 1973 apresenta como requisitos a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou repercussão social da controvérsia.

Extraí-se a mesma lógica de que é necessário demonstrar a repercussão em interesses que transcendam o das partes, a condição efetiva desse terceiro de representar tais interesses e de contribuir para a resolução da controvérsia.<sup>33</sup>

Considerando a aplicabilidade dos requisitos de participação de entes da administração pública, tem-se também o requisito da representatividade, que pode ser compreendido como a avaliação da capacidade efetiva desse indivíduo ou entidade de representar efetivamente o interesse transcendente que afirma representar, por suas características<sup>34</sup>. A análise envolve autoridade, respeitabilidade, reconhecimento científico e perícia<sup>35</sup>.

O requisito de representatividade é tradicionalmente apontado no âmbito do Supremo Tribunal Federal como fundamento para não admissão de indivíduos enquanto *amicus curiae*<sup>36</sup>. Em complementação a isso, tem-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal pela não recorribilidade por parte do *amicus curiae* de decisões judiciais que dizem respeito às partes, à exceção da decisão que não admite a sua participação com *amicus curiae*<sup>37</sup>.

Esse entendimento é reforçado pelo disposto no art. 138, § 1º e 3º do Código de Processo Civil de 2015, em que se delimita a legitimidade para recorrer do *amicus* à oposição de embargos de declaração da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas. Dito isso, a possibilidade de apresentação de recurso de decisão não resultante diretamente do pedido de intervenção de terceiro implica em maior autonomia e impacto de sua participação em se tratando de matéria de grande repercussão. Também se incluem a possibilidade

33. PINTO, Rodrigo Strobel. *Amicus curiae* no projeto de Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 38, n. 220, 2013, p. 233-234.

34. MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 314-320  
POTSCH, Bernard. A atuação de amici curiae em arbitragens comerciais. **Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAR)**. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/en/a-atuacao-de-amici-curiae-em-arbitragens-comerciais/> Acesso em: 26.01.2022.

35. *Ibidem*, p. 168.

36. *Ibidem*, p. 196.

37. AMORIM, Aderbal Torres. *Amicus curiae*, ações constitucionais e recurso extraordinário: inconstitucionalidades flagrantes. **Revista de Processo**, v. 35, n. 188, p. 279. STF, EDcl na Adin 3615, Rel.Min. Carmen Lúcia, DJE 05.04.2008, STF, EDcl na Adin 3105, Rel. Min. Cezar Peluso, DJE 23.02.2007.

de interposição de recurso do julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas e oposição de embargos de declaração.<sup>38</sup>

Por fim, para ilustrar o controle exercido pelos tribunais superiores à administração pública no Brasil, passa-se à análise do RESP 1.009.520/SP<sup>39</sup>, de relatoria do Ministro Luiz Fux. Nesse caso, se admitiu a participação da ANEEL como *amicus curiae* em ação ordinária de rescisão contratual entre companhia do setor industrial de papéis e embalagens e concessionária de distribuição de energia elétrica. Decidiu-se que a agência reguladora não possuía interesse processual no resultado da demanda, que dizia respeito apenas às partes contratantes.

No entanto, enquanto terceiro em condição de prestar assistência à Corte, realizou esclarecimento em relação às implicações da migração da concessionária do ambiente de contratação regulado para o livre, para que a Corte pudesse interpretar as disposições contratuais à luz dessas informações. Trata-se de um exemplo que reúne os requisitos de independência, em razão da ausência de relação da agência reguladora com as partes, da contribuição efetiva, interesse transcendente – uma vez que o caso afetou inúmeros contratos de fornecimento de energia – e da representatividade, diante da inquestionável condição da agência reguladora de prestar informações sobre a implicação da alteração do regime regulatório.

Nos procedimentos arbitrais 26042/PFF e 249457/PFF, da ICC<sup>40</sup>, a União pleiteou sua intervenção como interveniente anômala. Ambas as arbitragens tem por objeto pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão. A primeira é relativa à concessão do aeroporto de Viracopos, em decorrência da de cinco eventos: perdimento de carga, não desapropriação, tarifas TECA-TECA, TAV e Covid-19. O segundo diz respeito à concessão de trechos da rodovia BR 163/MS, cuja tarifa sofreu alteração e redução pela ANTT.

Em ambos os procedimentos, as agências reguladoras responsáveis pela aprovação do cálculo tarifário foram incluídas no polo passivo da demanda, e a

38. FARIA, Marcela Kohlbach de. **Participação de Terceiros na Arbitragem**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 176.

39. STJ, Resp. 1.009.520/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 18.05.2010.

40. Aeroporto Brasil Viracopos S.A. vs. Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, ICC, Procedimento arbitral 26042/PFF, Ata de Missão, 24.08.2021. Disponível em: < <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/nea-dir/arquivos/CASOVIRACOPOSICC26042PFFATADEMISSO.pdf>>. Acesso: 01.01.2022. Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S.A. MSVIA, v. Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, Procedimento Arbitral N. 24957/GSS/PFF, Ordem Procedimental nº4, 22.04.2021. Disponível em: < [https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/nea-dir/arquivos/copy\\_of\\_CASOMSVIAICC24957ORDEMPROCEDIMENTALN.4.pdf](https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/nea-dir/arquivos/copy_of_CASOMSVIAICC24957ORDEMPROCEDIMENTALN.4.pdf)>. Acesso: 01.01.2022.

União manteve a posição de não fazer parte da relação jurídica em questão, embora seja responsável solidaria por algumas obrigações previstas nos contratos. No entanto, em razão do “patente interesse econômico”, requereu a participação como interveniente anômala.

Os tribunais ponderaram que a Lei 9.469 que dispõe sobre a intervenção da União em que sejam réis autarquias federais não prevê especificamente a participação como *amicus curiae*, porém, diante da concordância das partes e ilegitimidade passiva da União, os tribunais admitiram sua participação como interveniente. No caso Viracopos, foi permitida a participação de audiências e apresentar manifestações, observando os prazos da Requerida. No caso da concessão da BRT63/MS com expresse reconhecimento de impossibilidade de alocação de custas à União.

Em resumo:

Denota-se que a jurisprudência das cortes superiores brasileiras e o costume das arbitragens de investimentos encaram a intervenção de *amicus curiae* de modo similar. Ambos percebem a intervenção de *amicus curiae* como uma oportunidade de ventilar e democratizar os procedimentos, em resposta aos anseios da sociedade por maior transparência e legitimidade – tanto na esfera local quanto global. Da mesma forma, nos dois sistemas, a intervenção é admitida em estágios delimitados do procedimento e é analisada de acordo com a relevância da matéria e a representatividade da entidade interessada.<sup>41</sup>

## Considerações Finais

Da análise conjunta das regras aplicáveis à participação de *amicus curiae* na arbitragem extraem-se as claras conexões da aplicação dos princípios da transparência e publicidade e das premissas de não condição de parte do terceiro e da necessidade de análise dos impactos gerados pela sua participação no desenvolvimento do procedimento.

As tradições da arbitragem internacional de investimentos e dos tribunais superiores brasileiros consolidaram a distinção entre o *amicus curiae* e o litisconsorte necessário ou o perito. Por fim, sedimentaram-se os requisitos de interesse transcendente aos das partes, representatividade, independência, inclusive com um dever de revelação análogo ao do árbitro ou perito, e do endereçamento

41. OLIVEIRA, Gustavo Justino de e SCHWARSTMANN, Guilherme Baptista. Arbitragem Público-Privada no Brasil: A especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2015, p. 9.

de matérias limitadas ao escopo da demanda, de modo a assistir o tribunal na determinação de questões de fato e de direito que permaneçam controvertidas entre as partes no âmbito do procedimento arbitral.

Dessa forma, pode-se resumir, de forma simplificada, que a análise da admissibilidade do terceiro, que une a prática da arbitragem internacional de investimentos às tradições que tem sido transmitidas do processo civil brasileiro para a arbitragem com a administração pública exige que se avalie a motivação ou a necessidade da participação desse terceiro e a sua condição de contribuir para uma resolução ainda mais adequada de demanda, tendo em vista aspectos que transcendem os interesses específicos das partes.

## Referências

ABRAÃO, Pauliane do Socorro Lisboa. Algumas considerações críticas sobre a natureza jurídica do *amicus curiae* no direito brasileiro, **Revista dialética de direito processual**, n. 105, 2011, pp. 78-87

Aeroporto Brasil Viracopos S.A. vs. Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, ICC, Procedimento arbitral 26042/PFF, **Ata de Missão**, 24.08.2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/CASOVIRACOPO-SICC26042PFFATADEMISSO.pdf>>. Acesso: 01.01.2022.

**Aguas del Tunari v. Bolívia**, ICSID Case no. ARB/02/3, Award, 2006.

AMORIM, Aderbal Torres, *Amicus curiae*, ações constitucionais e recurso extraordinário: inconstitucionalidades flagrantes, **Revista de Processo**, v. 35, n.188, p. 277-289.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**, 15 ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Bernard Von Pezold and Others v Republic of Zimbabwe, ICISID Case No. ARB/10/25, Procedural Order N. 2, 2012.

BORN, Gary, FORREST, Stephanie. *Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration*, *ICSID Review, Foreign investment Law Journal*, Volume 34, Issue 3, Oxford University Press, 2019.

CAMBI, Eduardo. *Amicus curiae* e o processo coletivo, **Revista de Processo**, v. 36, n.192, pp-13-45.

CAM-CCBC, **Resolução Administrativa** 09/2014, 20.10.2014, Disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-09-2014-arbitragens-com-a-adm-publica-brasileira/>> Acesso: 09.12.2021.

Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S.A. MSVIA, v. Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, Procedimento Arbitral N. 24957/GSS/PFF, **Ordem Procedimental nº4, 22.04.2021**. Disponível em: < [https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/copy\\_of\\_CASOMSVIAICC24957ORDEMPROCEDIMENTALN.4.pdf](https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/copy_of_CASOMSVIAICC24957ORDEMPROCEDIMENTALN.4.pdf)>. Acesso: 01.01.2022.

DA SILVA, Eduardo, BRONSTRUP, Felipe. O requisito da representatividade do *amicus curiae*, **Revista de processo**, vol. 207/2012, p. 159.

FARIA, Marcela Kohlbach de. **Participação de Terceiros na Arbitragem**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, UNCITRAL, Award, 2018.

GOMEZ, KATIA FACH, *Rethinking the Role o of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest*, **Fordham International Law Journal**, 2012, nº 35, v. 2, pp. 510-564

ICSID NEWS RELEASE ISSUED ON 02.02.2011 (in *Pac Rim Cayman v. El Salvador*), ICSID Case No. Arb/09/12

*Electrabel SA v Republic of Hungary*, ICSID Case No ARB/07/19, Procedural Order No 4, 2009

MOURRE, Alexis. *Are Amici Curiae the Proper. Response to the Public's Concerns on Transparency in Investment Arbitration?* **Law and Practice international Courts and Tribunals**, vol. 5, no. 2, 2005, pp. 257-272.

MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e Administração Pública**: fundamentos teóricos e soluções práticas. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MENEZES, Caio Campello de. O papel do *amicus curiae* nas arbitragens. In: Arnaldo Wald (organizador). *Doutrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação*, vol, 2, **Revista dos Tribunais**, 2014 [livro eletrônico].

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Especificidades do processo arbitral envolvendo a administração pública**, Tomo de Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, abril de 2017, Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/49/edicao-1/especificidades-do-processo-arbitral-envolvendo-a-administracao-publica>, Acesso: 20.12.2021.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de e SCHWARSTMANN, Guilherme Baptista. Arbitragem Público-Privada no Brasil: A especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2015.

PEREIRA, Cesar, A Participação das Câmaras de Arbitragem como *Amicus Curiae* em Processos do Tribunal de Contas da União Relativos a Processos Arbitrais, **Revista Brasileira de Arbitragem**, Vol. III Issue 12, pp. 43-51.

PEREIRA, Milton. *Amicus curiae*: intervenção de terceiros, Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, v.4 n. 20, 2002, pp.5-10 PEREIRA, Milton, *Amicus curiae*:

intervenção de terceiros, **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v.4 n. 20, 2002, p. 8.

Phillip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Phillip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay). V. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, **Procedural Order No. 3**.

PINTO, Rodrigo Strobel. Amicus curiae no projeto de Código de Processo Civil, **Revista de Processo**, v. 38, n. 220, 2013, pp.231-237.

POTSCH, Bernard. A atuação de *amici curiae* em arbitragens comerciais. **Comitê Brasileiro de Arbitragem** (CBar). Disponível em: <https://cbar.org.br/site/en/a-atuacao-de-amici-curiae-em-arbitragens-comerciais/> Acesso em: 26.01.2022

*Resolute Forest Products Inc v Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No 2016-12, *Procedural Order No 1* (29 June 2016) para 16

STF, EDcl na ADin 3615, Rel.Min. Carmen Lúcia, DJE 05.04.2008,

STF, EDcl na Adin 3105, Rel. Min. Cezar Peluso, DJE 23.02.2007.

STJ, Resp. 1.009.520/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 18.05.2010.

TRIANTAFILOU, Epaminontas E. Triantafilou, *Amicus Submissions in Investor- State Arbitration After Suez v. Argentina; The Gillis Wetter Prize, in William W. Park (ed), Arbitration International, Oxford University Press 2008, Volume 24, Issue, 4, pp. 571 - 586*



# 3 | ARBITRAGEM INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS EM PROJETOS DE ENERGIA RENOVÁVEL: os casos da Espanha, Itália, Canadá e México

Christian Carbajal Valenzuela<sup>1</sup>

Izabela Moriggi Costa<sup>2</sup>

Arthur Tochetto Dal Piva<sup>3</sup>

Maria Victoria Ferraz<sup>4</sup>

## Introdução

O investimento em energias renováveis tem sido uma parte relevante no enfrentamento global às mudanças climáticas, de modo que muitos Estados dispõem de incentivos bem delineados que servem para estimular e acelerar o crescimento deste setor em seus países. Ao mesmo tempo, contudo, percebe-se

1. Advogado formado pela Pontifícia Universidade Católica do Peru, com Mestrado em Direito Internacional Econômico pela *University of Warwick* - Inglaterra, com especialização em Direito Internacional, Arbitragem Internacional e Proteção ao Investimento Estrangeiro. *Fellow do Chartered Institute of Arbitrators (FCIarb)*. Sócio do escritório Todde Advogados, Brasil e do escritório Wöss & Partners, México. Secretário Geral da Câmara do Comércio Brasil - República Dominicana. Professor de Arbitragem Internacional na PUCPR e UNIVALI (Brasil) e ULIMA e UESAN (Peru). Presidente do Comité de Direito Internacional da Inter-American Bar Association (IABA), Washington DC.
2. Advogada formada pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Brasil. Associada no escritório Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, em São Paulo, Brasil, atuando nas áreas de Arbitragem, Mediação, Infraestrutura e Regulatório. LL.M. pela *Pepperdine University* (2024). *Student member do Chartered Institute of Arbitrators (CIARB)*, Brasil.
3. Advogado formado pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Brasil. Associado no escritório Célio Milano Advocacia, atuando nas áreas de Direito Administrativo e Regulatório. Pós-graduando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), Brasil. *Student member do Chartered Institute of Arbitrators (CIARB)*, Brasil.
4. Advogada formada pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Brasil. Associada no escritório VLMA Advogados. *Student member do Chartered Institute of Arbitrators (CIARB)*, Brasil.

no cenário global que alguns Estados impactaram negativamente este setor com determinadas mudanças regulatórias. Por isso, é crescente o número de arbitragens de investimento referidas a projetos de energia renovável.

O que se vê, na prática, são disputas nas quais os investidores estrangeiros iniciam ou poderiam iniciar ações contra Estados, questionando a execução de atos governamentais que causaram mudanças em projetos de energia renovável, medidas estatais que deveriam servir como incentivo ao mercado e a projetos que correspondem a políticas de desenvolvimento sustentável. É a experiência de países como Espanha, Itália, Canadá e atualmente, México.<sup>5</sup>

Estes são os cenários que este artigo pretende analisar. No primeiro item são feitos comentários gerais sobre casos de arbitragem de investimento em projetos de energia renovável da Espanha, Itália e Canadá. O segundo item aborda os aspectos dessa mesma indústria no cenário atual do México. Na sequência, há um aprofundamento dos cenários de cada país, pelo qual se analisam os principais argumentos de defesa dos investidores nos casos correlacionados (quais sejam, a violação do trato justo e equitativo, não arbitrariedade, legítimas expectativas, trato nacional, não discriminação, proibição de expropriação, entre outros). O quarto item está referido aos principais argumentos de defesa dos Estados nas arbitragens de energia renovável. Já no quinto item, faz-se referência à relação entre os Tratados de Investimento e os Tratados de Proteção Ambiental, Mudança Climática e Direitos Humanos nas sentenças arbitrais de investimento de energia renovável. Por último, apresentam-se algumas considerações a partir das análises dispostas nos tópicos anteriores.

## **1 Comentários gerais sobre casos de arbitragem de investimento em projetos de energia renovável da Espanha, Itália e Canadá**

No caso da Espanha, o Estado aprovou leis especiais para subsidiar novos investimentos em energia renovável. Por isso, nos anos 2000, foi promulgado o *Spanish Promotion Plan for Renewable Energy*, revisado em 2005, que continha

5. Ainda que este artigo não tenha o objetivo de tratar dos efeitos do COVID-19 especificamente, o número de controvérsias de investimento poderá aumentar, por ações governamentais adotadas durante a pandemia ou em períodos posteriores, mas vinculados a ela. Os efeitos destas ações foram significativamente sentidos por países do mundo todo (sejam economias emergentes, ou não). Para mitigar esses danos, os governos foram forçados a adotar medidas que afetaram diretamente os investidores estrangeiros – por isso, o aumento potencial do número de disputas de investimentos em energia renovável. Sobre isso, leia: LINKLATERS LLP. *Foreign investment protection and investor-state arbitration in times of Covid-19*. 04.06.2020. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=92f3e3bc-3b96-4017-b7d1-ee14f11016a> Acessado em: 10.12.2021.

previsões sobre determinados subsídios, incentivos fiscais, empréstimos e garantias que impulsionassem a realização desses investimentos<sup>6</sup>. Como resultado, o plano atraiu investidores, rendendo bilhões de euros, e a Espanha se tornou um dos maiores mercados para investimentos em energia renovável no mundo<sup>7</sup>.

Contudo, a partir de 2008, o governo espanhol passou a reduzir esses incentivos, sob a justificativa de que haveria um significativo déficit tarifário. Isto é, a receita estatal foi insuficiente para cobrir os custos desses incentivos, de modo que, em 2012, a Espanha já havia eliminado significativamente todos os incentivos no setor de energia eólica, solar, entre outros. A medida contava também com a emissão de decretos reais que impunham impostos consideráveis sobre a geração de energia renovável<sup>8</sup>. Em resposta à revogação dos incentivos por Espanha e em conformidade com o *Energy Charter Treaty* (ECT), diversos investidores iniciaram arbitragens de investimento sob alegações de que houve violação de suas legítimas expectativas de que o cenário regulatório se mantivesse<sup>9</sup>. Os investidores argumentavam, dentre outros pontos, como será melhor explorado no terceiro item deste artigo, que a Espanha não havia dado um tratamento justo e equitativo conforme exigido pelo ECT.

Já no caso da Itália, a política de incentivos tarifários aos produtores de energia solar surgiu a partir de Diretrizes da Comissão Europeia para produção de energia renovável. Isto estimulou a criação do programa *Feed-in Tariff* (FIT), implementado em 2003, o qual representou um dos marcos de incentivos ao setor de energia renovável, contribuindo para o crescimento do setor e, mais especificamente, do sistema fotovoltaico. No entanto, com o passar do tempo o sistema se demonstrou ineficiente.

Em 2014, o governo implantou a *Spalmaincentivi*, um decreto determinando a redução no FIT para usinas fotovoltaicas maiores que 200 kW e obrigando que os investidores escolhessem apenas um dos incentivos predeterminados. Também no mesmo ano, a Itália retirou-se do ECT sob a justificativa de que

6. Hyder Ali, Arif. *In the Eye of the Storm: Spain's Nexus to Investment Disputes*. *Spain: Arb. Rev.* 5 to 36, 2013.

7. TIMOFEYEV, Igor V et al. *Investment Disputes Involving the Renewable Energy Industry under the Energy Charter Treaty*. 10.11.2020. Disponível em: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-energy-arbitrations/4th-edition/article/investment-disputes-involving-the-renewable-energy-industry-under-the-energy-charter-treaty#footnote-119-backlink> Acessado em: 10.12.2021.

8. *Ibidem*.

9. Exemplificativamente, de acordo com dados publicados na *Global Arbitration Review*, somente em agosto de 2020, investidores estrangeiros haviam ajuizado mais de trinta arbitragens contra a Espanha na ICSID, UNCITRAL ou SCC. Mais em: TIMOFEYEV, Igor V et al. *Ibidem*.

desejava reduzir os custos de participação em organizações internacionais. No entanto, o risco de novas disputas sob o ECT potencialmente influenciou esta decisão. O tratado ainda continua a se aplicar aos investimentos feitos antes de janeiro de 2016, por mais 20 anos.<sup>10</sup>

Já em 2016, a despeito dos argumentos dos investidores de que o decreto de 2014 interferia nos contratos de longo prazo, o Tribunal Constitucional Italiano confirmou as alterações do governo ao regime de incentivos. Assim como ocorreu na Espanha, isto fez com que investidores iniciassem diversas arbitragens de investimento contra a Itália.

No Canadá, o sistema de energia elétrica foi reestruturado em 2002 e 2004. Por meio do *Electricity Restructuring Act*, o governo canadense criou a *Ontario Power Authority* (OPA), responsável pelo planejamento e regulação do sistema de energia e pela promoção da diversificação do fornecimento de energia em Ontário, o que incluía o incentivo às energias renováveis. Foi a partir disso que o governo canadense passou a promover uma série de incentivos ao mercado de energia elétrica renovável.<sup>11</sup>

Em 2009, o governo canadense editou o *programa FIT* destinado à promoção da geração e consumo de energia renovável, que deveria ser implementado pela OPA<sup>12</sup>. No entanto, como nos demais casos, o programa se demonstrou insuficiente, fazendo com que muitos investidores iniciassem arbitragens de investimento contra o Canadá.

No ano seguinte, enquanto o programa ainda estava vigente, Ontário entrou no *Green Energy Investment Agreement (GEIA)* com um consórcio liderado pela

10. *Ibidem*. Sobre os casos envolvendo a Itália, Igor V. Timofeyev *et al* pontuam o seguinte: “The first of these arbitrations began in 2014. Since then, at least seven arbitrations have been filed against Italy at ICSID, with multiple other cases pending before the SCC. In December 2016, the first award in these arbitrations – the Blusun ICSID arbitration – rejected the investor’s claim against Italy. The tribunal concluded that Italy did not violate the guarantee of FET or commit an indirect expropriation because it did not promise investors that its regulatory framework would remain unchanged, nor did it modify that framework in discriminatory ways. Likewise, the SCC tribunal in the Sun Reserve Luxco Holdings arbitration determined that Italy did not violate the ECT’s FET standard – which the tribunal noted was higher than that imposed under international law – because the investors failed to demonstrate that they possessed a legitimate set of expectations that protected their investments against subsequent changes in the regulatory regime. [58] By contrast, the SCC tribunal in the Greentech Energy arbitration issued a divided decision in December 2018, in which the majority found that Italy violated the ECT’s FET standard and awarded damages to the investors”.
11. Cita-se, exemplificativamente, o *Renewable Energy Standard Offer Program (RESOP)*, de 2006, e o *Green Energy and Green Economy Act*, de 2009. Veja-se mais sobre o cenário canadense em: LEVINE, Matthew. *NAFTA tribunal dismisses claims against Canada on green energy Feed-In Tariff program*. In: *Investment Treaty News*, 2016. Disponível em: <https://www.iisd.org/itn/en/2016/08/10/mesa-power-group-llc-v-government-of-canada-uncitral-pca-case-no-2012-17/> Acessado em: 12.01.2022.
12. ONTARIO. *Feed-in Tariff Program*. In: *Government of Ontario official website*, 2019. Disponível em: <https://www.ontario.ca/document/renewable-energy-development-ontario-guide-municipalities/40-feed-tariff-program> Acessado em: 12.01.2022.

Samsung, pela qual a multinacional deveria se estabelecer e operar instalações de fabricação de equipamentos de energia eólica e solar em Ontário. Em contrapartida, a Samsung teria garantido acesso prioritário à capacidade de transmissão. Isto fez com que se iniciassem arbitragens de investimentos nos termos do Capítulo 11 do NAFTA, a exemplo do caso *Mesa Power*. Em suma, alegou-se que o governo havia tratado a Mesa e seus investidores de forma menos favorável e desigual do que a outros investidores. Este e outros casos são mais bem explorados nos itens três e quarto deste artigo.

## 2 A situação da indústria de energia renovável no México, a pandemia do COVID-19 e os atos governamentais

De acordo com o Programa para o Desenvolvimento do Sistema Elétrico Nacional (PRODESEN) 2019-2033 da Secretaria de Energia do México (SENER), as principais fontes renováveis de energia no México são a solar, eólica, hidrelétrica (com geração menor ou igual a 30 MW), oceânica, geotérmica e bioenergia.<sup>13</sup>

A partir de 2008, o governo mexicano passou a modificar o marco regulatório para incentivar o uso da energia renovável. Com a promulgação da Lei para o Aproveitamento de Energias Renováveis e Financiamento da Transição Energética (LAERFTE), houve o incentivo para a construção de obras de infraestrutura voltadas para fontes de energia renovável.

Em 2013, o México também passou por reformas no setor de energia. Por meio de emendas constitucionais, passaram a permitir a participação de investidores estrangeiros na exploração e extração de óleo e gás, bem como de fontes de energia renováveis. Ao final de 2014, o governo mexicano passou a implementar os *Certificates of Clean Energy* (CELS), com a intenção de, em concordância com o plano de desenvolvimento nacional do México, promover novos investimentos em projetos de energia renovável.<sup>14</sup>

Os CELS poderiam ser oferecidos a empresas que gerassem energia apenas de fontes renováveis, as quais poderiam ser vendidas aos fornecedores, participantes ou outros usuários. Visava-se a redução dos riscos, a partir de contratos de

13. SENER, 2019, Programa de Desarrollo del Sistema Eléctrico Nacional 2019 – 2033. Capítulo 5 – Infraestructura del Sistema Eléctrico Nacional. **Secretaría de Energía**. Cidade do México, México.

14. PÉREZ-LOZADA, Fernando. *Change of clean energy rules in Mexico: Potential Impact for Investors*. *Kluwer Arbitration Blog*, 13.01.2020. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/13/change-of-clean-energy-rules-in-mexico-potential-impact-for-investors/> Acessado em: 10.12.2021.

longo prazo, pelos quais os consumidores se obrigavam a adquirir uma certa quantidade de energia limpa por ano, assegurando uma remuneração fixa.

Nos termos do Acordo de Paris sobre as Mudanças Climáticas e do plano estratégico nacional, a meta do México era a de que, até 2021, ao menos 30% da energia utilizada no país fosse renovável, chegando a 35% em 2024, 37.7% em 2030 e 50% em 2050. Pelo regime das CELS, os investidores se comprometeram com o valor de US\$8.6 bilhões e o México passou a se tornar um dos mais relevantes países da América Latina em energia renovável.<sup>15</sup>

Apesar destas mudanças favoráveis à energia renovável no México, ao final de 2019, logo após uma mudança ideológica no governo, a SENER modificou as diretrizes de 2014 que estabeleciam os critérios para emissão dos CLES. Dentre as mudanças, instaurou-se a possibilidade de usinas hidrelétricas estatais também poderem adquirir CELS sem a condição anteriormente necessária de que fizesse um investimento em energias renováveis, bem como a de que o Estado poderia adquirir CELS com relação a toda energia renovável gerada. A medida causou insatisfação no setor privado, uma vez que a SENER modificou as diretrizes sem realizar uma análise de impacto regulatório - a *Regulatory Impact Analysis*<sup>16</sup>. Por isso, investidores passaram a contestar a constitucionalidade e a legalidade dessas modificações através de ações constitucionais internas (ações de amparo) e potencialmente por arbitragens de investimentos.

Em 2020, o Ministro da Energia emitiu, pela SENER, a Ordem para a Política de Confiabilidade, Segurança e Qualidade no Sistema Elétrico Nacional (“Ordem”)<sup>17</sup>. A Ordem modificava significativamente a política energética do México. Dentre as mudanças, estabeleceu-se um novo critério de confiabilidade para o fornecimento de energia elétrica, com o fim de garantir a consistência e o controle na frequência e tensão das usinas.<sup>18</sup>

A Ordem menciona, dentre outros argumentos, que as centrais elétricas de energia limpa intermitente (energia eólica e solar) dependeriam de grande parte do clima, o que comprometeria a estabilidade do sistema elétrico mexicano e supostamente prejudicaria o consumidor final. Objetivando reduzir esses pro-

15. *Ibidem*.

16. *Ibidem*.

17. HK LAW. *Foreign Investment Protection Mechanisms in Mexico for Renewable Energy Investments*. In: **Hollant & Knight Alert**, 2020. Disponível em: <https://www.hklaw.com/en/insights/publications/2020/05/foreign-investment-protection-mechanisms-in-mexico-for-renewable> Acessado em: 12.01.2022.

18. *Ibidem*.

blemas e riscos, criaram-se outros: a Ordem acabou criando inúmeras barreiras de entrada e continuidade para as usinas, desagradando os investidores do setor, ao mesmo tempo em que concedeu amplo controle sobre a viabilidade das usinas ao Centro Nacional de Controle de Energia (CENACE).<sup>19</sup>

O cenário de instabilidade causado pela reforma energética promovida pelo governo Mexicano afetou muitos projetos já em andamento iniciados no México por investidores estrangeiros neste setor. Não bastasse isso, a pandemia do Covid-19 e (as determinações do governo mexicano sob a sua justificativa) também colocou o sistema energético mexicano em situação de extrema incerteza<sup>20</sup>. Em meados de 2020, seguindo determinações da SENER, o CENACE determinou, por meio do Acordo para garantia da eficiência, qualidade, confiabilidade, continuidade e segurança do Sistema Elétrico Nacional (“Acordo”), a suspensão de diversos projetos supostamente em razão da pandemia do COVID-19<sup>21</sup>. Dentre as graves disposições do Acordo, houve o impedimento, por tempo indeterminado, da entrada em operação de usinas de energia renovável, dando-se preferência às usinas não intermitentes. A medida sofreu duras críticas: a CENACE havia desrespeitado seu objetivo de resguardar e incentivar o Sistema Elétrico Nacional Mexicano, impactando negativamente milhares de investidores e consumidores do setor de energia elétrica<sup>22</sup>.

O acordo também gerou os seguintes efeitos: as usinas de geração intermitente que não realizaram testes operacionais também não poderiam comercializar a energia gerada no Sistema Elétrico Nacional e a CENACE poderia limitar o despacho de todas as fontes de geração, colocando em risco a estabilidade do Sistema Elétrico Nacional<sup>23</sup>. Estima-se que as medidas tenham impactado 44

19. *Ibidem*.

20. CIAR GLOBAL (Redacción). México Se Arriesga Al Arbitraje Por La Política Energética de AMLO. In: *CIAR Global*, 2020. Disponível em: <https://ciarglobal.com/mexico-se-arriesga-al-arbitraje-por-la-politica-energetica-de-amlo/> Acessado em: 12.01.2022; VEJAR, Kate Brown de; FERNÁNDEZ, Marcelo Páramo. *Proyectos de energías renovables en México afectados por nuevas medidas*. In: *DLA Piper*, 2020. Disponível em: [https://www.dlapiper.com/en/latinamerica/insights/publications/2020/05/proyectos-de-energias-renovables-en-mexico-afectados-por-nuevas-medidas?utm\\_source=linkedin\\_company&utm\\_medium=social&utm\\_campaign=coronavirus&utm\\_term=latam&utm\\_content=publication-coronavirus&linkId=89003817](https://www.dlapiper.com/en/latinamerica/insights/publications/2020/05/proyectos-de-energias-renovables-en-mexico-afectados-por-nuevas-medidas?utm_source=linkedin_company&utm_medium=social&utm_campaign=coronavirus&utm_term=latam&utm_content=publication-coronavirus&linkId=89003817) Acessado em: 12.01.2022.

21. *Ibidem*.

22. CULLELL, Jon Martín. *México asfixia el crecimiento de las energías renovables. La suspensión de nuevas plantas eólicas y solares mientras dure la crisis del coronavirus suscita el rechazo y el temor de la iniciativa privada*. In: *El País*, 2020. Disponível em: <https://elpais.com/economia/2020-05-08/mexico-asfixia-el-crecimiento-de-las-energias-renovables.html> Acesso: 12.01.2022.

23. DLA Papier, *op. cit.*

projetos de energia renovável, 28 campos eólicos e solares já em operação e 16 projetos de energia renovável que estavam em fase de construção<sup>24</sup>.

A temporalidade das resoluções dispostas no Acordo é incerta, desequilibra gravemente a relação com os investimentos estrangeiros, causando efeitos negativos e potenciais impactos à concorrência econômica<sup>25</sup> e sérios impactos econômicos e ambientais ao setor de energia elétrica. É previsível que as medidas façam com que investidores estrangeiros iniciem arbitragens de investimento sob tratados bilaterais de investimento ratificados pelo México, bem como tratados multilaterais de investimento, incluindo o NAFTA<sup>26</sup>.

### 3 Análise dos principais argumentos dos investidores nas arbitragens de energia renovável envolvendo a Espanha, Itália e Canadá

As decisões regulatórias tomadas pelos Estados no âmbito energético têm o grande desafio de conciliar os objetivos de interesse público e metas assumidos internacionalmente por meio de tratados, com a garantia de que haverá geração, transmissão e distribuição de energia suficiente e a baixo custo para atender às crescentes demandas de economias cada vez mais globalizadas e desenvolvidas. As premissas regulatórias, e políticas públicas elaboradas a partir dessa realidade são a base e a diretriz para a tomada de decisão dos investidores, que calculam os custos e as expectativas de retorno a partir da regulamentação tarifária, entre outras, estabelecidas pelos Estados.

A busca pela sustentabilidade na geração de energia tem se consolidado fortemente nos últimos anos, e se começam a observar as primeiras consequências e impactos nos investimentos de decisões tomadas por Estados desde o início dos anos 2000. As arbitragens internacionais de investimento têm por objeto

24. Nesse sentido, matéria do El País apontou que: “*El freno operativo afecta a 28 plantas solares y eólicas ya listas para arrancar, según un recuento de la iniciativa privada. Las centrales aglutinan una capacidad de 3.270 MW, suficiente para cubrir las necesidades eléctricas de casi tres millones de hogares. Es una cantidad similar a la que entró en vigor en 2019, cuando las renovables batieron récords de generación. Otros 16 proyectos en construcción con una potencia de 2.067 MW tampoco podrán conectarse a la red si la suspensión se alarga. En suma, estas plantas representan el 50% de la capacidad prevista para este año y 6.400 millones de dólares en inversión directa. Entre las empresas afectadas están los gigantes Enel e Iberdrola. Ambas contaban con varios proyectos en periodo de pruebas antes de la suspensión.*” Mais em CULLELL, Jon Martín. *op. cit.*
25. Em 07.05.2020, a COFECE emitiu uma opinião sobre o tema, indicando os possíveis impactos negativos na concorrência: OPN-006-2020, issued by COFECE. OPN-006-2020, 2020. In: *COFECE Website*. Disponível em: <https://www.cofece.mx/cfcre resoluciones/docs/Opiniones/V132/28/15125826.pdf> Acessado em: 12.01.2022.
26. RAMOS, Ariel; VALERA, Jose L. *CENACE Measures Impact Renewable Energy Projects in Mexico*. In: *Mayer Brown*, 2020. Disponível: <https://www.mayerbrown.com/en/perspectives-events/publications/2020/05/cenace-measures-impact-renewable-energy-projects-in-mexico> Acessado em: 12.01.2022.

medidas regulatórias adotadas por países como Espanha, Itália, Canadá e potencialmente México, no contexto de compromissos internacionais com objetivos de produção energética sustentável.

## Itália

No caso da Itália, se tem a política de incentivos tarifários dados aos produtores de energia solar, que partiu de Diretrizes da Comissão Europeia (“Diretrizes”) para produção de energia renovável. As Diretrizes levaram o país a editar decretos entre 1993 e 2003 que estabeleceram a política de estímulos à produção de energia renovável, em especial através de incentivo tarifário, criando um programa de *FIT*. Ressalta-se que as políticas públicas de regulação não são influenciadas apenas por compromissos regionais, mas por tratados internacionais de larga escala, como o Protocolo de Kyoto, sobre Mudança Climática, assinado pela Itália em 1998. Entre 2001 e 2009, a União Europeia estabeleceu mais objetivos vinculantes e obrigatórios de redução de emissão de dióxido de carbono aos países membros do bloco.

Nesse contexto, a Itália estabeleceu que os investidores em produção de energia renovável teriam prioridade de acesso à rede e contratariam para transmissão e distribuição com a estatal GSE, dedicada especificamente a administrar os programas de incentivo à energia sustentável. Diante disso, foram editados os decretos Conto Energia a partir de 2006, que previram incentivos tarifários por um período de 20 anos, e que depois foram alterados pelo decreto que ficou conhecido como *Spalmaincentivi*, em 2014. O referido decreto alterou as condições previstas de pagamento de incentivos tarifários aos investidores em energia fotovoltaica, que passaram a alegar, no âmbito de arbitragens de investimento, que esperavam razoavelmente que essas tarifas se manteriam imóveis por 20 anos, de acordo com dispositivos dos decretos Conto Energia.

O que deve ser ressaltado em relação ao contexto de política energética da Itália, e que se aplica a qualquer Estado, é que as decisões tomadas pelo Estado devem garantir o abastecimento de energia, mas também o atingimento de metas ambientais relacionadas a emissão de gases nocivos. Portanto, deve-se estabelecer prioridades para os incentivos, tendo em conta os recursos naturais e econômicos disponíveis, as fontes de investimento disponíveis para se estimular

a adoção de outras fontes de geração de energia renovável, de modo a garantir o abastecimento e o cumprimento de metas e compromissos internacionais.

## Espanha

A regulação da geração de energia elétrica é feita pela Lei da Eletricidade, promulgada em 1997, e ela diferencia o regime de remuneração entre as fontes renováveis e não renováveis de energia. A regulamentação é implementada através de decretos reais. De todo modo, a diretriz do regime regulatório é a de que se deveria garantir uma remuneração adequada aos investidores. Foi implementado um sistema de *FIT* análogo ao da Itália, que também nasceu a partir das diretrizes da Comissão Europeia. No sistema implementado em 2007 na Espanha, os investidores poderiam optar por receber uma tarifa regulada medida por quilowatts/hora produzidos, ou vendê-la no mercado e receber a remuneração de acordo com a venda no mercado livre de energia. O Decreto Real 661/2007 estabeleceu critérios para reajustes das tarifas de acordo com os objetivos aos que o país se comprometeu internacionalmente, a contribuição de cada regime para o atendimento da demanda por produção energética, e a gestão financeira e econômica do sistema, de modo a viabilizar o atendimento constante da demanda.

A regulamentação do regime de tarifas previa que não haveria reajustes para as plantas já operacionais, que receberam a outorga antes do dia 1º de janeiro do ano seguinte ao ano em que foi promulgada a regulação prevendo o reajuste (2008). Dessa forma, os investidores com projetos em funcionamento até a data limite estipulada – antes do dia 1º de janeiro de 2008 – partiram da premissa de que não haveria reajuste de tarifa aplicável a eles. Tem-se a situação análoga à legislação italiana, que previu estabilidade tarifária por 20 anos. As alterações feitas por ambos os Estados às regras do regime de *FIT* geraram frustrações em investidores que recorreram ao instituto da arbitragem de investimento previsto no ECT.

## Canadá

As demandas contra o Canadá que envolvem energia renovável até o momento são baseadas no NAFTA, e tem aspectos em comum com os casos da Espanha e Itália, porém, tem-se também casos análogos em que se investiu na produção de

energia fotovoltaica, por incentivo do sistema de FIT. No entanto, a origem da disputa, em casos como *Mesa Power*<sup>27</sup>, deu-se por investidores entenderem que houve arbitrariedade nos critérios de elegibilidade para o sistema FIT e outorga de locais de acesso à rede energética, e alegação de favorecimento a investidores específicos. A investidora *Mesa Power Group LLC* alegou que o consórcio Coreano, composto pelas empresas SMA, Canadian Solar, Siemens e CS Wind, teria sido indevidamente beneficiado pelos critérios de elegibilidade adotados pelo Canadá para o sistema FIT. Em especial, foi alegado pelos investidores que o decreto conhecido como GEIA dava ao consórcio acesso significativamente melhor à malha energética. O tribunal no caso *Mesa Power* não identificou violação ao tratamento mínimo previsto no NAFTA. A investidora questionou também a razoabilidade dos critérios adotados pelo Estado para que o investidor pudesse se beneficiar de contratos FIT.

Em *Mercer International*<sup>28</sup>, em que diferentemente dos casos envolvendo a Espanha e a Itália, e *Mesa Power*, se discutiu incentivos à produção de energia hidrelétrica na província de British Columbia. A BC Hydro, principal geradora e distribuidora estatal da província, que reporta ao Ministério da Energia, ficou responsável por fomentar a produção adicional de energia para complementar a energia disponível na rede e garantir o atendimento da demanda. Aqueles consumidores com capacidade de autogeração poderiam vender o excesso aos preços praticados pelo mercado. Uma linha de base, com índices médios de produção e consumo seriam acordados com os consumidores autoprodutores.

O objetivo da regulação era dividir entre a energia já produzida e existente e àquela adicional ou incremental, para que se averiguasse a remuneração paga por esta produção. A disputa se deu por entendimento de que haveria diferença de tratamento entre os investidores nacionais e estrangeiros, e que apenas investidores específicos estariam sendo compensados por atender à linha de base estabelecida e regulamentação diferenciada de compra e venda de energia. A investidora *Mercer* entendeu que foram oferecidas melhores condições de compensação, pelo fornecimento de energia à rede, aos investidores nacionais do que aos estrangeiros, em violação ao dever de tratamento mínimo previsto no Capítulo 1105 do NAFTA. O tribunal não identificou discriminação ou violação

27. *Mesa Power Group LLC v. Canada*, PCA Case No. 2012-17, Award, 2016.

28. *Mercer International Inc., v. Canada* ICSID Case No. ARB AF/12/3, Award, 2018.

ao tratamento mínimo a que o Estado se comprometeu enquanto parte do NAFTA.

Em *Windstream Energy*<sup>29</sup>, em 2004, a província de Ontário alterou a sua Legislação da Eletricidade de 1998, que criou a *Ontario Power Authority*, responsável pela outorga de áreas em torno de lagos, conhecidas como *Crown Land*. Os critérios adotados e atos seguidos pela OPA foram objetos de impugnação e disputa. A investidora *Windstream Energy* alegou que apenas os investidores que se encaixavam nos critérios para obtenção de contratos prevendo o sistema de FIT também preencheriam os requisitos para a obtenção de terras para produção de energia. Em suma, os investidores alegaram que houve concessão de vantagem indevida aos investidores que atendiam aos critérios irrazoáveis adotados pelo Estado para a outorga de contratos FIT.

Passa-se a especificar as alegações de violação dos tratados (ECT e NAFTA), trazidas pelos investidores e as análises do tribunal.

### Tratamento Justo e Equitativo (*Fair and Equitable Treatment* - FET) Legítimas expectativas (*Legitimate Expectations*)

Há, no âmbito dos investimentos em energia renovável a afirmação recorrente de que houve quebra das expectativas legítimas dos investidores, conhecido elemento do dever de Tratamento Justo e Equitativo (FET), presentes tanto no ECT, NAFTA e em inúmeros tratados bilaterais e multilaterais relacionados à proteção de investimentos. O que se afirma é que haveria expectativa legítima por parte dos investidores de que uma determinada regulação permaneceria constante ao longo de períodos estendidos.

De 8 sentenças analisadas, em casos envolvendo os investimentos em energia fotovoltaica na Itália, apenas em *CEF Energia BV* e *Greentech Energy Systems A/S v. Italia*<sup>30</sup> os tribunais entenderam que houve violação ao dever de tratamento justo e equitativo, por ter havido compromisso específico por parte do Estado de que o sistema de incentivo tarifário se manteria estável, ou o mesmo durante

29. *Windstream Energy LLC v. Canada, PCA Case No. 2013-22, Award, 2016.*

30. *ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. Italy, ICSID Case No. ARB/16/5, Award, 2020; Eskosol S.p.A. in Liquidation v. Italy, ICSID Case No. , Belenergia S.A. v. Italy ARB/15/50, Award, 2019; Silver Ridge Power BV v. Italy, ICSID Case No. ARB/15/37, Award, 2021; Blusun SA, Jean-Pierre Lecorciere and Michael Stein v. Italy, ICSID Case No. ARB/14/03, Award, 2016, Sun Reserve Luxco Holdings SRL v. Italy, SCC Case No. 32/2016, 2021; CEF Energia BV v. Italy, SCC Case No. 158/2015 Award, 2019; Greentech Energy Systems A/S, et al v. Italy, SCC Case No. V 2015/095, 2018; Eskosol S.p.A. in Liquidazione v. Italy, ICSID Case No. ARB/15/50, Award, 2020.*

20 anos, o que foi violado pelo Decreto *Spalmaincentivi*, que reduziu ou zerou os incentivos tarifários de acordo com critérios.

Nos casos NAFTA envolvendo o Canadá, os investidores não alegaram que houve violação pelo Estado de expectativa legítima de estabilidade regulatória, mas focaram suas alegações na existência de discriminação por parte do Canadá. Não houve alegação de violação a expectativa legítima de estabilidade regulatória.

Nos casos da Espanha, decididos sobre a *Energy Charter Treaty*, as alegações de violação das expectativas legítimas dos investidores permearam a esperança de que se mantivesse o cenário regulatório na época em que se realizou o investimento. No caso *Charanne v. Reino da Espanha*, o investidor alegou que o quadro regulatório estabelecido pela Espanha antes da crise de 2008 os induziu a investir no país e gerou a expectativa de que os termos não seriam alterados. Mais especificamente, a alegação de estabilidade advém do texto do artigo 10(1) do ECT, que requer que se encoraje e crie condições estáveis para o investimento<sup>31</sup>. As alegações do investidor decorrem da seguinte maneira:

*According to the Claimants, the formation of legitimate expectations does not require the existence of a stabilization clause in a contract, and the precedents cited by the Respondent in this regard are irrelevant as they refer to different circumstances and have been cited only partially. In fact, the main element that defines legitimate expectations of an investor is the legal framework in force at the time of investment.*<sup>32</sup>

Contudo, o tribunal decidiu que o cenário legal não poderia levar a criação de expectativas legítimas porque a legislação não era específica o suficiente para se permitir a estagnação do ordenamento jurídico estatal conforme solicitado pela requerente.<sup>33</sup>

No caso *Novenergia v. Reino da Espanha*, o investidor alegou que as alterações legais ocorridas entre 2012 e 2014 violaram as expectativas legítimas dos investidores na medida em que impossibilitaram a concretização dos investimentos conforme lhes havia sido anunciado antes do investimento acontecer.

O tribunal ao analisar a questão apontou o que segue:

31. *Charanne B.V. (The Netherlands) & Construction Investments S.A.R.L. (Luxembourg) v. The Kingdom of Spain, SCC Case No. V 062/2012, Award, 2016, § 293.*

32. *Ibidem*, § 296.

33. *Ibidem*, § 504.

*In fact, the sources referenced by the Respondent includes wording that gives investors the impression that the Spanish regulator was eager to incentivize investors to invest heavily in the RE sector and that it was committed to creating a stable and predictable framework for investors to attain such investment. The overwhelming impression created by these sources is rather the exact opposite of that claimed by the Respondent; they constitute a bait rather than a deterrent.<sup>34</sup>*

Os tribunais de *Eiser v. Reino da Espanha* e *Isolux v. Reino da Espanha* se compararam com os mesmos cenários do tribunal de *Novenergia v. Reino da Espanha* e atingiram decisões similares no tema das expectativas legítimas.

### Dever de Transparência e consistência (*Duty of Transparency and consistency*)

O dever de oferecer um tratamento regulatório transparente e consistente também está presente no art. 10(1) do ECT, com previsão análoga no NAFTA. Nos casos em que houve alegação de violação a esse dever, dentre os analisados, em relação ao *Spalmaincentivi* da Itália, não se identificou violação. No entanto, no caso *Windstream Energy vs. Canadá* o tribunal entendeu que a província de Ontario falhou em esclarecer a incerteza regulatória e direcionar a Ontario Power Authority em relação ao desenvolvimento do projeto e a possibilidade de outorga de concessão para o empreendimento, que se daria em *Crown Land*.

No que se refere aos casos envolvendo a Espanha, a alegação de transparência e consistência é atrelada à expectativa legítima de que o marco legal existente antes da realização do investimento se manterá ao longo de sua consolidação. Nesse sentido, o cenário acima demonstrado denota que a expectativa de que o dever de manter transparência e consistência no investimento está diretamente conectado às garantias concedidas na fase prévia ao investimento.

O tribunal do caso *Isolux vs. Reino da Espanha* apenas declarou que o padrão de razoabilidade exige que a conduta de um Estado tenha uma relação razoável com alguma política racional<sup>35</sup>. Por outro lado, o tribunal de *Charanne vs. Reino da Espanha* considerou a questão com mais profundidade e forneceu um limite detalhado e bastante alto. Em primeiro lugar, declarou que consideraria se as medidas da Espanha eram desarrazoadas, desproporcionais ou contrárias ao

34. *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain, SCC Case No. 2015/063, Final Award, 2018, § 674.*

35. *Isolux Netherlands, BV v. Kingdom of Spain, SCC Case V 2013/153, Final Award, July 17, 2016, § 882.*

interesse público<sup>36</sup>. Quanto à proporcionalidade, ponderou-se que este critério seria satisfeito desde que as mudanças não fossem caprichosas ou desnecessárias, não elimina repentina e imprevisivelmente as características essenciais do marco regulatório existente.<sup>37</sup>

Em *Novenergia vs. Reino da Espanha*, no entanto, o tribunal aplicou um teste aparentemente mais restrito, afirmando que o padrão FET protege os investidores de uma mudança “radical ou fundamental” na legislação em vez de simplesmente uma mudança “irracional ou desproporcional”, como foi declarado em *Charanne vs. Reino da Espanha*<sup>38</sup>. O tribunal de *Novenergia* falhou em definir os limites do teste que propôs, ilustrando mais uma fonte de incerteza para os Estados. Além disso, embora o tribunal de *Eiser vs. Reino da Espanha* tenha considerado que a Espanha agiu de forma irracional e violou o FET, não forneceu nenhuma informação sobre como estava julgando a razoabilidade das medidas da Espanha. Isso explica por que a Espanha pediu recentemente a anulação da decisão por falta de fundamentação e manifesto excesso de poder<sup>39</sup>.

### ECT Cláusula Paraguas (*ECT Umbrella Clause*)

As chamadas *umbrella clauses*, são previsões em tratados internacionais que criam o dever do Estado de cumprir com os compromissos e obrigações específicas feitas com investidores, na maioria dos casos por meio de contratos, em relação à legislação e regulação aplicáveis ao investimento.

Das 8 sentenças analisadas envolvendo os decretos *Conto* e *Spalmaincentivi*, em *ESPF Beteiligungs GmbH vs. Italia* e *Greentech Energy Systems vs. Italia*, os tribunais identificaram violação da *umbrella clause*, por entender que eles foram *specific commitments* pelo Estado de estabilidade regulatória, e que, portanto, houve descumprimento contratual por parte do Estado ao alterar o funcionamento do regime de incentivos tarifários, reduzindo ou removendo incentivos de investidores de acordo com o contexto de sua produção de energia fotovoltaica (localização, produtividade, investimento).

36. *Charanne B.V. (The Netherlands) & Construction Investments S.A.R.L. (Luxembourg) v. The Kingdom of Spain*, SCC Case No. V 062/2012, Award, 2016, § 515.

37. *Isolux Netherlands, BV v. Kingdom of Spain*, SCC Case V 2013/153, Final Award, July 17, 2016, § 517.

38. *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*, SCC Case No. 2015/063, Final Award, 2018, § 681.

39. *POWER, Richard. Novenergia v. Kingdom of Spain, the ECT and the ECJ: Where to now for intra-EU ECT claims?*, *Kluwer Arbitration Blog*, Available At: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/20/novenergia-v-kingdom-of-spain/>

Nos demais casos, entendeu-se que as normas foram editadas de maneira genérica e não houve compromisso específico por parte do Estado para com o investidor. Nos casos envolvendo o Canadá não houve discussão sobre a *umbrella clause*. Contudo, em *Mesa Power vs. Canada*<sup>40</sup> e *Windstream Energy vs. Canada*<sup>41</sup> os investidores se referiram à cláusula de *minimum standard of treatment* como uma *Umbrella clause*, na qual o *fair and equitable treatment* está incluso.

Dentre estes dois casos que trouxeram a lógica exposta acima, apenas o *Windstream Energy* achou uma violação do standard de *fair and equitable treatment*. A interpretação dessa violação foi no sentido de que o Governo Canadense não atuou de forma coerente com o tratamento justo e equitativo ao, após a imposição na nova regulamentação, não consagrar e esclarecer o limbo jurídico e contratual em que o investidor se encontrou<sup>42</sup>. Não houve análise direta da *umbrella clause* pelos tribunais envolvidos nas demandas canadenses.

Em relação aos casos da Espanha, o tribunal em *9REN Holdings* apontou que não se sustenta a alegação de que as medidas realizadas de alteração normativa poderiam contar, por si mesmas, como uma violação da *umbrella clause*:

*The ECT uses the term “any obligation”. The term “any obligation” must be interpreted according to the words used in Article 10(1) of the ECT. It is used in the context of an obligation “entered into” by the State “with an Investor”. That context is apt for a bilateral contract, such as a concession or licence agreement. It is not apt to describe a State’s public legislation or administrative regulations. A State does not “enter into” such legislation with a private party.*<sup>43</sup>

Ademais, os tribunais em *Charanne BV vs. Reino da Espanha* e *Cube Infrastructure vs. Reino da Espanha* e entenderam que as medidas realizadas pelo governo espanhol não foram *specific commitments* e, portanto, não poderiam ser utilizadas como parâmetro para violação da *umbrella clause*. Mais especificamente, o tribunal de *Charanne BV v. Reino da Espanha* e de *Isolux v. Reino da Espanha* apontam:

*Even if RD 661/2007 and 1578/2008 were addressed to a limited group of investors, that does not turn them into commitments specifically addressed to each of those investors. Having a specific scope does not mean that the disputed provisions lose the general nature that characterizes any legislative or regulatory measure.*

40. *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case n° 2012-17, Award, 2016, § 491.

41. *Windstream Energy LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case n° 2013-22, Award, 2017, § 292.

42. *Ibidem*, § 379.

43. *9REN Holdings S.À.R.L. v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/15/15, Award, 2019, § 362.

*Turning a regulatory provision, due to the limited number of persons that may be subject thereto, into a specific commitment entered into by the State towards each and every one of those persons would be an excessive limitation of the capacity of States to regulate the economy according to the public interest.*<sup>44</sup>

No mesmo sentido, o tribunal de *Cube Infrastructure*:

*Following the approach in the Charanne v. Spain award, 313 the Tribunal does not regard the registration of the various facilities with RAIPRE as itself constituting an implied engagement between the Respondent and the Claimants or their investments such as would engage the obligation in the final sentence of Article 10(1) ECT. It was an administrative measure required by law in order that facilities could benefit from the Special Regime, and to publicize the list of those that were qualified to do so.*<sup>45</sup>

Em nenhum dos casos acima citados o tribunal encontrou uma violação da *umbrella clause* sob o regulamento da ECT.

Dever de não causar prejuízo ao investimento (*Non-Impairment obligation*)

Os dois *substandards* do dever de não causar prejuízo ao empreendimento presentes no ECT são os deveres de razoabilidade e não discriminação regulatória. Em nenhum dos casos envolvendo o *Spalmaincentivi da Itália* houve identificação de violação a esse dever de *non-impairment*. Os tribunais entenderam ser análogo ao dever de tratamento justo e equitativo previsto no ECT, e que o Estado utilizou de sua discricionariedade regulatória de forma razoável, de modo que não se identificou prejuízo indevido aos investidores.

Nos casos envolvendo o governo espanhol, a análise dos argumentos de *non-impairment* gerou a discussão de que a medida não poderia ser discriminatória por não estar direcionada a todos os tipos de fontes de energia, mas sim para as energias renováveis. Nesse sentido, o tribunal de *Cube Infrastructure vs. Reino da Espanha* determina o que segue:

*The Tribunal finds no evidence whatever that the Spanish measures violated the prohibition on discriminatory treatment. We reject the Claimants' contention that the measures were discriminatory because they applied to renewable sources of electricity and not to other sources. The entire point of the Special Regime, of*

44. *Charanne B.V. (The Netherlands) & Construction Investments S.A.R.L. (Luxembourg) v. The Kingdom of Spain, SCC Case No. V 062/2012, Award, 2016, § 493; Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v The Kingdom of Spain, SCC Case V 2013/153 2018, Award, 2016, §§ 771-772.*

45. *Cube Infrastructure Fund SICAV and others v. Kingdom of Spain, ICSID Case nº ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 2019, § 453.*

*which the Claimants were and remain a beneficiary, was to discriminate precisely in that way. The Claimants cannot be heard to complain that such discrimination continued. The measures in question were general legislative measures that did not discriminate against the Claimants or their investments, compared with other investors in PV or hydro plants.*<sup>46</sup>

Mais especificamente, acerca das alegações da requerente sobre as medidas não razoáveis do governo da Espanha para evitar o aumento de preços para os consumidores finais de energia foi refutado pelo tribunal nos seguintes termos:

*The Claimants' argument that "Spain's choice to unreasonably target renewable energy investors was a politically motivated endeavor to avoid raising prices for end-consumers of electricity,"<sup>310</sup> even if correct, would not establish that the measures were either discriminatory or unreasonable. The 'choice' is, on the face of it, a reasonable public policy choice; and the means for its implementation did not discriminate against the Claimants or their investments.*<sup>47</sup>

Ademais, em *gREN Holdings vs. Reino da Espanha* o tribunal aponta que a alta complexidade da regulamentação estatal não pode ser confundida com falta de transparência do Estado<sup>48</sup>. Nesse sentido, o tribunal adiciona que uma medida estatal racionalmente conectada com um objetivo do Estado e performada com meios razoáveis para se atingir os fins determinados, não pode ser considerada desarrazoada ou arbitrária<sup>49</sup>.

Por fim, no caso *Isolux vs. Reino da Espanha* o tribunal determinou que o *standard* para se consolidar uma violação de *non-impairment* é a comprovação de um prejuízo efetivamente negativo no investimento.

*El Tribunal Arbitral nota que la obligación cuya violación está alegada por la Demandante es, antes de todo, una obligación de no perjudicar "... la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación" de la inversión. Para que la violación tuviera lugar, sería necesario que las medidas calificadas de exorbitantes o discriminatorias tuvieran un efecto negativo sobre la inversión.*<sup>50</sup>

46. *Cube Infrastructure Fund SICAV and others v. Kingdom of Spain, ICSID Case n° ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 2019, §448.*

47. *Ibidem*, §450.

48. *gREN Holdings S.A.R.L. v. The Kingdom of Spain, ICSID Case n° ARB/15/15, Award, 2019, § 320. "The Claimant's case rests on RD 661/2007 (and perhaps RD 1578/2008) being a clear, specific, and binding representation. Thus, they are 'transparent'. The fact that under the New Regulatory Regime, regulated tariffs now may be varied from time to time in accordance with stated criteria under MO 1045, does not mean the New Regulatory Regime lacks transparency. Different regulators adopt different methodologies. Complexity is not necessarily the enemy of transparency. Complexity may simply be a function of the subject matter".*

49. *Ibidem*, § 323.

50. *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v The Kingdom of Spain, SCC Case V 2013/153 2018, Award, 2016, § 821.*

As sentenças arbitrais do Canadá não analisam o *standard* de *non-impairment* nos casos analisados.

### Proteção e Segurança Constantes (*Constant Protection and Security*)

Nos casos analisados em que houve, por parte do investidor, alegação de violação da proteção constante e segurança, os tribunais em *Eskosol vs. Italia*<sup>51</sup> e *Belenergia vs. Italia*<sup>52</sup> confirmaram a aplicabilidade do *substandard* de prover proteção e segurança constantes ao investimento no ECT, porém não identificaram violação por parte do Estado na aprovação específica do decreto *Spalmaincentivi*.

O único caso Canadense que analisou o *standard* de proteção e segurança foi o *Mesa Power v. Canada; Windstream Energy v. Canada* e *Mercer International v. Canada* não analisaram o *standard* por não ter sido contemplado pelas partes em suas alegações, atendo-se apenas ao *standard* de *fair and equitable treatment*.<sup>53</sup>

O tribunal em *Mesa Power* considerou que não houve violação do *standard* em questão porque as medidas do governo Canadense não foram arbitrárias e mantiveram um ordenamento jurídico estável e transparente. Contrariamente à alegação do investidor de que o Estado teria um dever de *due diligence* elevado em relação à transparência e estabilidade, o tribunal entendeu que as medidas foram coerentes com o *standard* requerido pelo artigo 1105 do NAFTA e não vislumbraram violação.<sup>54</sup>

Na situação espanhola, o tribunal em *Isolux v. Reino da Espanha* se deparou com a alegação de que a determinação do marco jurídico pelo governo da Espanha que atraiu o investimento foi alterada e que isso constituiu uma violação do *standard* em análise. Mais especificamente:

*[...] una obligación de mantener ese marco jurídico dentro de la estabilidad. En el caso que nos ocupa, en el cual el Reino de España se comprometió a un régimen (un FIT fijo a largo plazo, respaldado por el Régimen Especial), pero muy pocos años después lo abolió pura y llanamente, la conducta de la Demandada no se compadece con el concepto de “estabilidad”, independientemente de cómo se quiera entender este término.*<sup>55</sup>

51. *Eskosol S.p.A. in Liquidazione v. Italy*, ICSID Case No. ARB/15/50, Award, 2020.

52. *Ibidem*, §§ 478-483; *Belenergia S.A. v. Italy*, ICSID Case No. ARB/15/40, Award, 2019, §§ 620-623.

53. *Windstream Energy LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case nº 2013-22, Award, 2017, § 358.

54. *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Award, 2016, § 681.

55. *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v The Kingdom of Spain*, SCC Case V 2013/153 2018, Award, 2016, §816.

O tribunal, contudo, apontou que as alegações do investidor se confundiam com o *standard* de *fair and equitable treatment* e que, por isso, o investidor não preenchia o *standard* requerido para a sua violação.<sup>56</sup>

### Expropriação (*Expropriation*)

Os investidores, por entenderem que houve perda de parte significativa ou total do valor de seus investimentos com a redução dos incentivos tarifários, demandaram perante os tribunais arbitrais a reparação dos danos decorrentes dessa regulação. Nos casos analisados em que houve alegação de expropriação por parte do investidor, os tribunais em *Eskosol vs. Italia* e *Blusun vs. Italia*<sup>57</sup> aplicaram o estandarte de privação de título de propriedade para a verificação da expropriação direta, e rejeitaram o pedido em relação à regulação *Spalmaincentivi*.

O tribunal em *Silver Ridge v. Italia*<sup>58</sup> aplicou o entendimento de que quando a regulação foi editada, a manutenção da tarifa é uma mera expectativa de direito, e não direito adquirido, e, diante disso, concluiu pela inexistência de expropriação indireta.

No tribunal de *Charanne v. Reino da Espanha* o investidor alegou que ao reduzir os retornos das usinas, as normas de 2010 teriam expropriado tais retornos<sup>59</sup>. Tal argumento foi refutado pelo tribunal na medida em que para se consolidar uma expropriação indireta o investimento precisa ser substancialmente privado de seu proveito econômico<sup>60</sup>.

A conclusão foi idêntica em *Isolux v. Reino da Espanha* na medida em que os *experts* providenciaram quantificação da taxa interna de retorno aproveitada pelo investidor e constataram que ela era maior do que a estabelecida na normativa espanhola. Portanto, não houve privação substancial do investimento.<sup>61</sup>

56. *Ibidem*, §§818-819.

57. *Blusun SA, Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italy*, ICSID Case No. ARB/14/03, Award, 2016.

58. *Silver Ridge Power BV v. Italy*, ICSID Case No. ARB/15/37, Award, 2021.

59. *Charanne B.V. (The Netherlands) & Construction Investments S.A.R.L. (Luxembourg) v. The Kingdom of Spain*, SCC Case No. V 062/2012, Award, 2016, § 459.

60. *Ibidem*, § 461.

61. *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v. The Kingdom of Spain*, SCC Case V 2013/153 2018, Award, 2016, § 850: “El TIR real y actual de las Plantas fue calculado por los peritos de la Demandada a partir de los métodos de cálculo utilizados por los peritos de Deloitte en el 2011, actualizados para tomar en consideración los métodos de cálculo previstos por las últimas evoluciones legislativas. Llegaron a la conclusión de que la ‘TIRp media ponderada después de impuestos de las plantas del RD 661/2007’ asciende al 7,11% y para las 34 plantas objeto del presente proceso arbitral, al 7,19% y que esta TIR ‘es superior a la rentabilidad establecida en la Normativa Española en el momento en que los promotores de las plantas acometieron su inversión’”.

Nos casos *Cube Infrastructure v. Reino da Espanha*<sup>62</sup>, *9REN Holdings v. Reino da Espanha*<sup>63</sup> e *RREEF Infrastructure vs. Reino da Espanha*<sup>64</sup> a conclusão foi a mesma dos casos acima citados.

Acerca do governo canadense, os casos não demonstraram nenhuma expropriação.

#### 4 Análise dos argumentos de defesa dos Estados nas arbitragens de investimento

A defesa dos Estados nos procedimentos arbitrais envolvendo energia renovável na Espanha, Itália e Canadá trazem, de forma geral, argumentos semelhantes que podem ser interpretados de forma conjunta. Quase a totalidade dos casos tiram seus *standards* de tratamento do investimento, de expropriação e *right to regulate* da *Energy Charter Treaty*, nos casos da Espanha e Itália e do NAFTA, no caso do Canadá, gerando consonância na lei interpretada e aplicada aos fatos.

Os argumentos de defesa dos Estados visam, em primeiro momento, determinar a legalidade das medidas tomadas e, em segundo, que as medidas tomadas eram previsíveis, não violaram expectativas legítimas dos investidores (ou que a legislação inicial do investimento não permitia a criação destas), que o Estado forneceu um ordenamento jurídico estável e não incorreu em medidas que anulassem a capacidade de geração de lucro das empresas ou que tivessem efeito semelhante.

A discussão do *standard* de tratamento justo e equitativo volta-se, em maioria, para a determinação das expectativas legítimas dos investidores e para a estabilidade do ordenamento jurídico no qual o investimento está inserido<sup>65</sup>. Em *Charanne B.V. v. Reino da Espanha*, o governo espanhol, inicialmente, objeti-

62. *Cube Infrastructure Fund SICAV and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 2019, §§ 455-457.

63. *9REN Holdings S.A.R.L. v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/15/15, Award, 2019, §§ 369-372.

64. *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. the Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/13/30, Award, 2019, § 68.

65. *Belenergia S.A. v. Italy*, ICSID Case No. ARB/15/40, Award, 2019; *Eskosol S.p.A. in Liquidazione v. Italy*, ICSID Case No. ARB/15/50, Award, 2020; *ESPF Beteiligungs GmbH*, *ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH*, and *InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. Italy*, ICSID Case No. ARB/16/5, Award, 2020; *Silver Ridge Power BV v. Italy*, ICSID Case No. ARB/15/37, Award, 2021; *Blusun SA, Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italy*, ICSID Case No. ARB/14/03, Award, 2016; *Sun Reserve Luxco Holdings SRL v. Italy*, SCC Case No. 32/2016, Award, 2016; *CEF Energia BV v. Italy*, SCC Case No. 158/2015, Award, 2015; *Greentech Energy Systems ALS, et al v. Italy*, SCC Case No. V 2015/095, Award, 2015; *Charanne B.V. (The Netherlands) & Construction Investments S.A.R.L. (Luxembourg) v. The Kingdom of Spain*, SCC Case No. V 062/2012, Award, 2016.

vou determinar qual o escopo do *standard* de tratamento justo e equitativo<sup>66</sup>. O demandado apontou que o referido *standard* deveria considerar, conjuntamente, as expectativas legítimas dos investidores, sopesadas pelo direito de regular dos Estados<sup>67</sup>.

Nesse caso, o governo da Espanha alegou que o referido *standard* fornece aos investidores a premissa de que o ordenamento jurídico será estável. Contudo, isso não pressupõe a vigência de uma *stabilization clause* e que os Estados podem continuar a regular a legislação de forma que não seja irrazoável e inequitativa<sup>68</sup>. Afirmam ainda que as medidas, à época da crise, foram tomadas em épocas de incertezas econômicas e com o fim de garantir o déficit tarifário existente<sup>69</sup>.

Ainda, a defesa dos casos espanhóis, no que tange as expectativas legítimas dos investidores, é a de que não houve, em momento algum, *specific commitment* por parte do governo e que, portanto, o requisito para se estabelecer uma expectativa legítima não estava presente<sup>70</sup>. Igualmente se aduz dos casos italianos, nos quais a defesa do Estado consistiu em descaracterizar a existência dessas expectativas legítimas<sup>71</sup>.

Pode-se, acerca do tema, trazer à luz a defesa da Espanha no caso *Antin Infrastructure e Antin Energia v. Reino da Espanha*, que apontou o seguinte:

*Therefore, in order for legitimate expectations under the ECT to exist regarding the immutability of the regulatory framework, (i) specific commitments must have been made to an investor that the regulation in force is going to remain immutable; (ii) the investor's expectations must be reasonable and justified in relation to any changes in the laws of the host country; (iii) a comprehensive*

66. *Charanne B.V. (The Netherlands) & Construction Investments S.A.R.L. (Luxembourg) v. The Kingdom of Spain*, SCC Case No. V 062/2012, Award, 2016, §§ 348-349.

67. *Ibidem*. Instead, the Respondent suggests that a balanced assessment must be struck between the legitimate interest of the State to regulate its own legal order and the interest of foreign investors regarding the investment. § 348.

68. *Ibidem*, § 355.

69. *Ibidem*, § 356.

70. *Ibidem*, §§ 357-363; *PV Investors v. the Kingdom of Spain*, PCA Case No. 2012-14, Final Award, 2020, §§ 364-367; *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v. The Kingdom of Spain*, SCC Case V 2013/153 2018, Award, 2016, §§ 519-563; *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.A.R.L. And Antin Energia Termosolar B.V. v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/13/31, Award, 2018, §§ 440-441; *Eiser Infrastructure Limited Y Energia Solar Luxembourg S.A. R.L. v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/13/36, Award, 2017, §§ 359-361; *9ren Holding S.A.R.L., v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/15/15, Award, 2019 §§ 234-241.

71. *Belenergia S.A. v. Italy*, ICSID Case No. ARB/15/40, Award, 2019; *Eskosol S.p.A. in Liquidazione v. Italy*, ICSID Case No. ARB/15/50, Award, 2020. *ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. Italy*, ICSID Case No. ARB/16/5, Award, 2020; *Silver Ridge Power BV v. Italy*, ICSID Case No. ARB/15/37, Award, 2021; *Blusun SA, Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italy*, ICSID Case No. ARB/14/03, Award, 2016; *Sin Reserve Luxco Holdings SRL v. Italy*, SCC Case No. 32/2016, Award, 2016; *CEF Energia BV v. Italy*, SCC Case No. 158/2015, Award, 2015; *Greentech Energy Systems AIS, et al v. Italy*, SCC Case No. V 2015/095, Award, 2015;

*analysis of the applicable regulatory framework must have been completed; and (iv) the investor must consider the due diligence exercised and the circumstances surrounding its investment, and structure the investment so as to adapt to potential changes of the legal framework that may be anticipated.*<sup>72</sup>

Dessa forma, a defesa desempenhada pela Itália e pela Espanha nos casos em tela visou a descaracterização das expectativas legítimas, para se asseverar que o desenvolvimento das faculdades regulatórias pelo Estado deve ser estável, mas não pode ser totalmente restringido; ou como no caso *Charanne B.V. v. Reino da Espanha*, não pode ser presumida a existência de uma cláusula de estabilização.

Ademais, as defesas dos Estados alegam, em sua maioria, que as medidas tomadas pelos governos não promoveram a aniquilação da possibilidade de rentabilidade do investimento, ou seja, que as medidas tomadas não resultaram em expropriação indireta dos investimentos<sup>73</sup>. Grande parte das alegações perpassam a premissa de que o investimento não fora aniquilado e, no caso da Espanha, que o governo agiu coerentemente com a normativa estabelecida nos decretos promulgados, no que se refere aos *standards* de retorno razoável do investimento.

Não obstante, a análise dos casos demonstra a presença do direito de regular do Estado em relação ao decreto *Spalmaincentivi* e outras medidas contestadas de forma mais geral, e insiste que apenas um “retorno justo”/”remuneração” foi garantido aos requerentes. Nesse contexto, o caso *ESPF Beteiligungs GmbH v. Itália*<sup>74</sup> alude à discussão na medida em que considera que as expectativas legítimas dos investidores não podem ser consideradas um impeditivo à aplicação de uma regulamentação razoavelmente imposta pelo Estado<sup>75</sup>. Mais especificamente, pontua-se que:

*The Respondent argues that “an absolute inhibition to further legislate is contrary to a fundamental principle of international law,” as the power of a state to “progressively modify its legislation is related to the essence of statehood, subject to the*

72. *Antin Energia Termosolar B.V. v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case nº ARB/13/31, Award, 2018, §§ 440-441

73. *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v. The Kingdom of Spain*, SCC Case V 2013/153 2018, Award, 2016, §§ 519-563; *Yren Holding S.A.R.L., v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case nº ARB/15/15, Award, 2019, §§ 365-367; *Charanne B.V. (The Netherlands) & Construction Investments S.A.R.L. (Luxembourg) v. The Kingdom of Spain*, SCC Case No. V 062/2012, Award, 2016, §§ 342-343.

74. *ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/16/5, Award, 2020, § 410.

75. *Ibidem*.

*requirement that such modification be made in a reasonable and proportional way and by respecting its own law.*<sup>76</sup>

Quantitativamente, as defesas realizadas nos casos da Espanha e da Itália são munidas de um argumento de duas fases. A duplicidade referida é nítida na medida em que o direito de regular dos Estados configura o cerne do argumento do Estado espanhol, não obstante, o argumento de superação do déficit tarifário consubstancia boa parte da argumentação. Por outro lado, os casos da Itália agrupam a defesa do direito de regular dos Estados com o interesse público de reduzir a carga sobre os usuários finais e proteger e garantir a preservação do próprio sistema.

No caso referido acima, a alegação de interesse público utilizada para justificar as medidas do governo italiano, qual seja, a obrigação de “*adapt progressively domestic legislation and secondary regulations to an evolving scenario*”<sup>77</sup>, fora discutida pelas partes sobre a ótica da defesa de necessidade. Não obstante, o tribunal continua sua análise para demonstrar que as partes, em momento algum do procedimento, alegaram a defesa de necessidade sob a ótica do Direito Internacional de forma específica e, tampouco, anteciparam este argumento ao tribunal. Deste modo, o colegiado utilizou-se deste fato para afastar a apreciação da defesa em questão<sup>78</sup>.

O conjunto de decisões proferidas sob o regime do Tratado de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA) sobre as alterações legislativas realizadas no Canadá merecem, certamente, menção à parte. Tendo como marco normativo original o NAFTA, as discussões dos casos permearam, primordialmente, os *standards* de proibição ao tratamento discriminatório, tratamento justo e equitativo (artigo 1105(1) do tratado)<sup>79</sup>, obrigação de propiciar tratamento não-menos-fa-

76. *Ibidem*, § 413.

77. *Ibidem*, § 428.

78. *Ibidem* § 429. “*The Tribunal finds that the Respondent has not pleaded a defense of necessity under international law and has confirmed that it is not advancing that defense. Consequently, the Tribunal need not address any such defense. (§430) Rather, the Tribunal understands that the Respondent has referred to what it considered to be the need to reduce the cost of electricity to end-users, which it considers to be a legitimate public policy goal of regulation. Further, the Respondent’s arguments speak to its need to maintain the sustainability of the incentives regime as factors explaining why it adopted the Challenged Measures and what it maintains was the reasonableness of those measures. These arguments in defense of the claims will be addressed, as necessary, in the analysis that follows.*”

79. *Windstream Energy LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case nº 2013-22, Award, 2016; *Mercer International Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/3, Award, 2018; *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Award, 2016.

vorável (artigos 1102 e 1103 do tratado)<sup>80</sup> e a proibição à expropriação (artigo 1110 do tratado)<sup>81</sup>.

No caso *Mesa Power v. Canadá* a discussão sobre o *standard* de tratamento justo e equitativo circunda a sua fonte de interpretação. O Estado alega que a nota promulgada pela Comissão de Livre Comércio do NAFTA, atrelando o *standard* ao *minimum standard of treatment do customary international law*, é vinculante ao tribunal para que se decida a matéria<sup>82</sup>. O tribunal concordou com o Estado neste tema<sup>83</sup>.

Ademais, o Estado alegou o que segue acerca da interpretação do *standard*:

*It sets an objective standard of treatment, or in Canada's words, it "prescribes no more and no less than the customary international law minimum standard of treatment of aliens." 211 According to the Respondent, the threshold for demonstrating a violation of Article 1105 is high. To breach Article 1105, the impugned state conduct must be "sufficiently egregious and shocking, such as a complete lack of due process, evident discrimination or a manifest lack of reasons."<sup>84</sup>*

*Mesa Power* alegou que o governo de Ontário agiu de maneira arbitrária e discriminatória com relação à concessão de contratos de compra de energia sob seu programa de FIT para energia renovável. Em particular, o requerente afirmou que o Programa FIT de Ontário impõe requisitos de conteúdo nacional inadmissíveis e que irregularidades na tomada de decisão com relação à avaliação e concessão de FIT e outros contratos de aquisição de energia renovável resultaram em discriminação contra a *Mesa Power*. Também alegou o investidor que Ontário impôs mudanças repentinas e discriminatórias ao esquema estabelecido para energia renovável, o que constituiu um tratamento arbitrário e injusto e, em última análise, impediu ao inversor de desenvolver quatro projetos de energia eólica.

O tribunal, sob a ótica supracitada do *standard* de tratamento, concordou com a alegação do respondente e concluiu que não houve violação ao artigo 1105 do NAFTA, na medida em que não houve discriminação e, portanto, que o tratamento não foi arbitrário.

No caso *Mercer International v. Canadá*, o investidor, em resumo, aponta que:

80. *Windstream Energy LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case n° 2013-22, Award, 2016.

81. *Ibidem*.

82. *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Award, 2016, § 469-471.

83. *Ibidem*, § 483.

84. *Ibidem*, § 488.

*[t]hat BC has permitted the persistence of a completely non-transparent, idiosyncratic, and arbitrary regulatory regime - one that had no lacking written rules or standards governing self-generators' access to embedded cost utility power, and where the BCUC and BC Hydro made arbitrary GBL decisions ad hoc, case by case, in a process utterly lacking in transparency.*<sup>85</sup>

O Canadá aponta que o investidor falhou em propriamente trazer as queixas ao tribunal e que, portanto, aquele não teria mérito em suas alegações<sup>86</sup>. O tribunal concorda com as alegações do Estado e considera que o *standard* para violação do artigo 1105(1) é elevado e, portanto, as alegações do Investidor eram frívolas.

Por fim, no caso *Windstream Energy v. Canadá*, a alegação do Estado permeou, também, a premissa de que o *standard* do artigo 1105(1) é elevado<sup>87</sup>. Mais especificamente, o Estado traz o caso *S.D. Myers v. Canadá* para alegar que: “*It must be shown that an investor has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective*”<sup>88</sup>.

O tribunal não encontrou algo injusto ou “inequitativo” nas evidências relacionadas à decisão de Ontário de impor uma moratória ao desenvolvimento eólico *offshore* e ao processo relacionado. Embora a conduta do governo que levou à moratória pudesse ter sido mais transparente e a oposição pública à energia eólica *offshore* estivesse presente, esses fatores não constituíam uma violação ao NAFTA.

No entanto, considerou que a conduta da província após a moratória era mais preocupante. De acordo com o tribunal, Ontário pouco fez para resolver a incerteza científica e, mais importante, para resolver o limbo legal e contratual em que a *Windstream* se encontrava após a imposição da moratória. Concluiu que a omissão de “tomar as medidas necessárias, incluindo quando necessário, por meio de direcionamento da OPA, dentro de um período razoável após a imposição da moratória para esclarecer a incerteza regulatória em torno da situação

85. *Mercer International Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/3, Award, 2018, § 7.53.

86. *Ibidem*, § 7.54.

87. *Windstream Energy LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case nº 2013-22, Award, 2016, § 312.

88. *Ibidem*, § 313.

e do desenvolvimento do Projeto criado pela moratória, constitui uma violação do Artigo 1105 (1) do NAFTA.<sup>89</sup>

Nos casos acima, o único que traz menção ao *standard* de expropriação indireta é o *Windstream Energy v. Canada*<sup>90</sup>. Entre outros fatores relevantes, o tribunal indicou que o Contrato FIT e o depósito de segurança CAD do investidor ainda estavam em vigor. Este, por sua vez, não havia sido tomado ou tornado sem valor devido a quaisquer medidas tomadas pela província. Portanto, não se pode dizer que o investidor tenha sido substancialmente privado do seu investimento<sup>91</sup>.

Deste modo, é perceptível pelas decisões comentadas que a defesa dos Estados nas arbitragens de investimento do setor energia renovável tem como principais pontos para a defesa dos interesses dos Estados a descaracterização da fixação das expectativas legítimas dos investidores, sobre a ótica de que a prerrogativa do Estado em alterar suas normas não pode ser suprimida e, portanto, que não poderia haver comprometimento específico com os investidores. Também se alega, na seara dos direitos regulatórios, que o Estado poderia apenas ser limitado de sua regulação caso houvesse pactuação prévia de cláusula de estabilização das medidas estatais o que, por sua vez, não se concretizou nos casos aludidos.

A disputa entre os investidores e a transparência das medidas tomadas pelos Estados recebe ponto importante de análise no sentido de que a previsibilidade das alterações legais deve ser considerada para se determinar o *standard*. Nessa seara, sustenta-se, entre outros argumentos, que a circunstância de déficit

89. *Ibidem*, § 380. “The Tribunal concludes that the failure of the Government of Ontario to take the necessary measures, including, when necessary, by way of directing the OPA, within a reasonable period of time after the imposition of the moratorium to bring clarity to the regulatory uncertainty surrounding the status and the development of the Project created by the moratorium, constitutes a breach of Article 1105(1) of NAFTA. It was indeed the Government of Ontario that imposed the moratorium, not the OPA, so it cannot be said that the resulting regulatory and contractual limbo was a result of the Claimant’s own failure to negotiate a reasonable settlement with the OPA. The regulatory and contractual limbo in which the Claimant found itself in the years following the imposition of the moratorium was a result of acts and omissions of the Government of Ontario, and as such is attributable to the Respondent. The Tribunal therefore need not consider whether the conduct of the OPA during the relevant period must also be considered attributable to the Respondent”.

90. *Ibidem*, §§ 235-292.

91. LEVINE, Matthew. NAFTA tribunal orders Canada to pay U.S. wind power developer more than CAD28 million, Available at: <https://www.iisd.org/itn/en/2017/03/13/nafta-tribunal-orders-canada-to-pay-u-s-wind-power-developer-more-than-cad28-million-windstream-energy-llc-v-government-of-canada-pca-case-no-2013-22/>

tarifário existente na Espanha e a necessidade de manutenção do sistema e de garantia de preços acessíveis ao consumidor final na Itália, consubstanciariam a previsibilidade requerida para justificar uma não-violação.

Conquanto, percebe-se que as decisões proferidas sob o amparo do NAFTA têm como principal foco a determinação da extensão de aplicabilidade do *standard* de trato justo e equitativo. A discussão permeia a forma interpretativa de aplicar os pontos objetivos deste *standard* para se descobrir se houve uma violação ou não no artigo referente ao tratamento dos investidores.

Por fim, a defesa dos Estados é permeada pela necessidade de se manter o interesse público de sustentação de um sistema de energia renovável economicamente viável, tal qual se argumentava pelo governo da Itália como medida de justificativa das atuações estatais.

## **5 Relação entre os Tratados de Promoção e Proteção de Investimentos e os Tratados de Proteção Ambiental, Mudança Climática e Direitos Humanos, em controvérsias de energia renovável**

Como ponto de partida, deve-se reconhecer que a relação entre investidores estrangeiros e Estados receptores, indiferente do setor econômico envolvido, tem evoluído nas últimas décadas em direção a um maior equilíbrio. De igual modo, percebe-se que há uma reformulação do conteúdo dos novos tratados de investimento, seguindo a tendência das recentes sentenças arbitrais de investimento, que atenda de forma mais equitativa aos interesses públicos e privados envolvidos. As propostas de reforma do sistema arbitral de investimentos, que se discutem em diferentes foros, tais como a UNCITRAL, apontam nessa mesma direção.

Na perspectiva inicial da jurisprudência arbitral de investimento, própria da década dos noventa e inícios dos anos 2000 (ou seja, que era essencialmente liberal e com foco quase exclusivo na promoção e proteção dos investimentos), os tribunais arbitrais tinham em consideração, principalmente, a regulamentação prevista nos próprios tratados de investimento, os quais incorporavam de maneira essencial direitos de investidores e obrigações dos Estados. Isto está mudando atualmente, ainda de maneira tímida, mas progressiva.

Aceita-se cada vez mais que a jurisprudência arbitral de investimento avalie, relacione e integre, na resolução da controvérsia, o tratado de investimento

aplicável (seja BIT ou capítulo de investimento de um Tratado de Livre Comércio), com outros tratados internacionais que protejam interesses públicos ou coletivos essenciais, igualmente em vigor no Estado receptor do investimento e potencialmente aplicáveis ao caso concreto, como poderiam ser os tratados de direitos humanos, de saúde pública, de proteção do meio ambiente e sobre mudança climática, entre outros. Trata-se de uma visão que integra as diversas obrigações internacionais assumidas pelo Estados receptores, que não devem ser ignoradas pelos tribunais arbitrais.

Esta necessidade de equilíbrio entre distintas áreas do Direito Internacional, que se expressa na aplicação integral de distintos instrumentos internacionais ao caso concreto, é sempre presente:

Em princípio, em arbitragens de tratados de investimento, os Estados podem apresentar argumentos baseados em considerações de não investimento – isto é, as obrigações ambientais, de direitos humanos e de saúde pública dos Estados sob o Direito Internacional. O princípio da integração sistêmica não exige que seja feita uma escolha entre obrigações estatais conflitantes. Ele simplesmente permite que os tribunais interpretem as normas de proteção ao investimento – especialmente as provisões formuladas de forma ampla, como o padrão FET- por referência a obrigações existentes que, estritamente falando, não se relacionam à proteção do investimento. Embora o princípio da integração sistêmica não seja explicitamente mencionado em nenhuma sentença arbitral de investimento, alguns tribunais de tratados de investimento têm apoiado a visão de que os tratados de investimento devem ser interpretados dentro de um contexto jurídico mais amplo, incorporando, entre outras coisas, diferentes fontes de direito internacional.<sup>92</sup>

Como fundamento para a aplicação de outros tratados nas arbitragens de investimento, distintos dos tratados de investimento, se mencionam, entre outros, o Artigo 31.3 c) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados<sup>93</sup> e o Artigo 42 (1) do Convênio Multilateral CIADI<sup>94</sup>.

No mesmo sentido, como antecedentes relevantes nesta visão integradora das distintas áreas do Direito Internacional, potencialmente aplicáveis no caso concreto, podemos citar as seguintes sentenças de investimento (não referidas a

92. GARCIA, Alejandro; MARTIN, Melanie. **Arbitragem investidor**: Estado e mudança climática. Disponível em: <https://www.clydeco.com/en/insights/2021/08/investor-state-arbitration-and-climate-change-a-pl>

93. Art. 31.3.c) da Convenção de Viena: “Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: ...c) quaisquer regras pertinentes do Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes”.

94. Art. 42 (1) do Convênio CIADI: “*The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable*”.

projetos de energia renovável): *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*<sup>95</sup> e *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*<sup>96</sup>.

No caso *Parkerings-Compagniet AS vs. Lithuania*, por exemplo, o tribunal arbitral outorgou especial consideração aos tratados sobre proteção do patrimônio cultural da humanidade da UNESCO e de proteção ambiental, para justificar o eventual descumprimento do tratado de investimentos aplicável, quando menciona: “*the historical and archaeological preservation and environmental protection could be, and in this case were, a justification for the refusal of the project*”<sup>97</sup>.

Na sentença arbitral *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. vs. United Republic of Tanzania*, o tribunal enfatizou a relevância dos tratados de direitos humanos, em sua relação com a proteção dos investimentos, como segue:

*In fact, the Government, carrying the duty to provide access to water to its citizens, had to take action under its obligations under human rights law to ensure access to water for its citizens. In this light, terminating the agreement cannot be found to be a breach of a contract whose very purpose was to promote and enhance the achievement of human rights.*<sup>98</sup>

Dito o anterior, é verdade que as sentenças arbitrais de investimento que adotam esta visão integradora dos distintos tratados internacionais fazem menções a outros tratados, mas ainda não fundamentam suas decisões plenamente nesses tratados distintos aos tratados de investimento:

Percebe-se que, até o momento e na maioria dos casos, apesar de fazer menções a Convenções relacionadas aos Direitos Humanos e a outros Tratados Multilaterais de proteção de direitos coletivos e difusos, as decisões não são fundamentadas nestes. Podem servir como base para a construção de uma teoria, porém não são por si mesmos documentos jurídicos os quais os Tribunais Arbitrais usem como embasamento para suas decisões. Esta situação poderia mudar no futuro e os Tribunais Arbitrais podem vir a fundamentar suas decisões, com maior peso, em Tratados Internacionais que visam a proteção de outros interesses, tais como saúde pública, meio ambiente, Direitos Humanos, patrimônio cultural e, inclusive, em Tratados de proteção da propriedade intelectual. Provavelmente estes Tratados relativos a interesses

95. *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/812>

96. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/157>

97. *Parkerings v. Lituânia*, sentença, parágrafo 392.

98. “*In fact, the Government, carrying the duty to provide access to water to its citizens, had to take action under its obligations under human rights law to ensure access to water for its citizens. In this light, terminating the agreement cannot be found to be a breach of a contract whose very purpose was to promote and enhance the achievement of human rights.*” Mais em: *Biwater v. Tanzânia*, sentença, § 387.

coletivos ou difusos possam ter maior relevância nos processos arbitrais produto da epidemia COVID-19.<sup>99</sup>

Consideramos que este aspecto, referido à necessária relação entre os distintos instrumentos internacionais na arbitragem de investimento, será de especial relevância nos futuros casos de investimento relativos à energia renovável, incluindo os possíveis casos que se iniciem contra o México.

Não obstante, nas sentenças arbitrais sobre energia renovável envolvendo o Reino da Espanha, a Itália e o Canadá, que foram analisadas na seções 2, 4 e 5 acima, os demandantes investidores estrangeiros e os tribunais arbitrais, não trataram em forma direta a aplicação nos casos concretos dos tratados sobre proteção de direitos humanos, meio ambiente ou mudança climática (Protocolo de Kyoto ou Acordo de Paris), tendo se limitado à análise das medidas governamentais nacionais sobre política energética e sua adequação ou vulneração dos padrões de proteção do investimento previsto nos respectivos tratados de investimento.

O caso das medidas governamentais do México, explicadas no segundo item acima, que impactaram os direitos e as expectativas dos investidores no setor de energia renovável, é bastante peculiar. As medidas do México, que foram adotadas pela SENER e o CENACE, têm sido consideradas como uma contrarreforma energética. Argumenta-se que o objetivo real e final é favorecer à Comissão Federal de Eletricidade (CFE), empresa estatal mexicana produtora de energia convencional, muito mais contaminante, contrariando os objetivos e compromissos internacionais do México de redução dos níveis de poluição ambiental e afetando, ao mesmo tempo, a livre competência e os consumidores.

O usual nas arbitragens de investimento é que a proteção do interesse público seja realizada e arguida pelos Estados demandados, em contraste com a proteção do interesse privado, cuja defesa corresponde, naturalmente, ao investidor. No caso das recentes medidas do Estado mexicano, que afetaram a indústria da energia renovável, a situação é ao contrário. Os investidores afetados pelas medidas governamentais, proprietários de projetos de energia renovável (que por definição é menos poluente do que a energia convencional), além do próprio interesse privado, também representam, indiretamente, um interesse público

99. CARBAJAL, Christian e ENGERS, Luiza. Necessidade de Equilíbrio entre a Proteção do Investimento Estrangeiro e a Proteção da Saúde Pública: A propósito da Pandemia COVID-19. Em: *Giuristi: Revista de Derecho Corporativo*, Vol. 1, No. 2, Universidad ESAN, Lima, Peru, dezembro, 2020.

essencial, de caráter nacional e internacional, ligado à diminuição gradual dos níveis de poluição no mundo e à proteção dos direitos humanos (direito à vida e à saúde afetados pela crescente poluição e as graves mudanças climáticas).

É legítimo que os entes privados, como é o caso dos investidores em energia renovável, possam exigir aos Estados, no contexto de uma arbitragem de investimentos, o respeito ao interesse público (neste caso, referido à mudança climática, meio ambiente e proteção da saúde pública). Não é monopólio dos Estados, nas arbitragens de investimento, a proteção e representação do interesse público. De fato, no campo dos direitos humanos, são os agentes privados que exigem aos Estados o cumprimento destas obrigações internacionais.

Importantes aspectos da contrarreforma energética mexicana têm o potencial de afetar o objetivo de estabilização das concentrações de gases responsáveis pelo efeito estufa. Esse fator, no qual o Estado adota medidas aparentemente contrárias ao interesse público, em si mesmo, poderá dificultar a justificativa das medidas adotadas pelo Estado mexicano, perante tribunais de investimento que, no futuro, possam ser constituídos.

Devido ao mesmo fator mencionado acima, se torna ainda mais relevante para os investidores estrangeiros, nas futuras controvérsias relativas à energia renovável, que, além das tradicionais alegações de violação dos *standards* de proteção de investimentos incorporados nos tratados de investimento (BITS e TLCs) (como aconteceu nos casos da Espanha, Itália e Canadá), incluam também argumentações relevantes e complementares relativas à aplicação dos tratados internacionais sobre proteção ambiental e mudança climática (Acordo de Paris), já que a tendência será que os tribunais de investimento apliquem com maior frequência, de forma conjunta e integral, os tratados de investimentos e os tratados relativos a outros interesses públicos e coletivos.

## **Considerações Finais**

A importância do investimento estrangeiro em energia renovável para o desenvolvimento econômico e sustentável dos Estados receptores é inegável. Não obstante, medidas estatais de restrição do desenvolvimento do investimento ou de seu aproveitamento econômico pelos investidores é foco de procedimentos arbitrais, como nos casos da Itália, Espanha, Canadá e, eventualmente, do México.

A regulamentação espanhola de redução de incentivos aos investidores almejando a estabilização de um déficit tarifário, combinada com a redução do programa FIT pelo governo italiano e canadense, certamente servem de parâmetro, de mesmo setor de mercado, para analisar a situação mexicana. Conquanto, a realidade vivenciada pelos investidores no México é agravada das demais, na medida em que a regulamentação, promulgada ao fim de 2019 e ao longo de 2020, alterou estruturalmente o cenário apresentado aos investidores que iniciaram seus investimentos em 2014, após as emendas constitucionais de liberalização do investimento estrangeiro no setor de energia renovável.

No que tange aos precedentes arbitrais sobre o tratamento de investidores estrangeiros no mercado de energia renovável, a discussão de alteração desarrazoada e não transparente do sistema legal que permeia o investimento é objeto de discussão em tribunais arbitrais italianos, espanhóis e canadenses.

Diversos tribunais compreenderam que a alteração regulatória do Estado é permitida, na medida em que seja racional, proporcional e conforme ao interesse público, de forma não arbitrária ou desnecessária e que não desvirtue o marco regulatório. Com *standards* definidos em termos semelhantes, vários dos casos desses três países tiveram resultados positivos para os Estados, com importantes exceções favoráveis aos investidores. Em sua maioria, os Estados ativeram-se à descaracterização das expectativas de não alteração dos marcos regulatórios e frisaram forte represália contra o risco regulatório - *regulatory chill* - e favorável à permissão de regulação estatal para fins de proteção de interesse público.

Entende-se dos cenários espanhol, canadense e italiano, que as medidas realizadas pelo governo mexicano impactaram os direitos e as expectativas dos investidores ao ponto de serem consideradas uma contrarreforma ao sistema vigente. Em um cenário de revisão estrutural de um marco regulatório energético, considerado sustentável e conectado com as obrigações ambientais e sobre mudança climática assumidas pelo México em tratados e convenções, cuja aplicabilidade será cogente nos casos que vinculem ao país, a inversão da lógica de arguição de proteção do interesse público será visível, sobretudo, porque a sustentabilidade e a salvaguarda da energia renovável poderão ser exigidas, internacionalmente, por privados. Sem dúvida, este será um cenário relativamente novo nas arbitragens de investimentos, potencialmente favorável aos investidores.

## Referências

*Antin Energia Termosolar B.V. v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/13/31, Award, 2018, §§ 440-441

*Belenergia S.A. v. Italy*, ICSID Case No. ARB/15/40, Award, 2019.

*Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22.

*Blusun SA, Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italy*, ICSID Case No. ARB/14/03, Award, 2016, *Sun Reserve Luxco Holdings SRL v. Italy*, SCC Case No. 32/2016, 2021.

*Blusun SA, Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italy*, ICSID Case No. ARB/14/03, Award, 2016.

CARBAJAL, Christian e ENGERS, Luiza. Necessidade de Equilíbrio entre a Proteção do Investimento Estrangeiro e a Proteção da Saúde Pública: A propósito da Pandemia COVID-19. Em: **Giuristi: Revista de Derecho Corporativo**, Vo. 1, No. 2, Universidade ESAN, Lima, Peru, Dezembro, 2020

*CEF Energia BV v. Italy*, SCC Case No. 158/2015 Award, 2019.

*CEF Energia BV v. Italy*, SCC Case No. 158/2015, Award, 2015.

*Charanne B.V (The Netherlands) & Construction Investments S.A.R.L. (Luxembourg) v. The Kingdom of Spain*, SCC Case No. V 062/2012, Award, 2016.

CIAR GLOBAL (Redacción). México Se Arriesga Al Arbitraje Por La Política Energética de AMLO. In: **CIAR Global**, 2020. Disponível em: <https://ciarglobal.com/mexico-se-arriesga-al-arbitraje-por-la-politica-energetica-de-amlo/> Acessado em: 12.01.2022.

**Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm)

**Convênio CIADI**. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>

*Cube Infrastructure Fund SICAV and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 2019

CULLELL, Jon Martín. México asfixia el crecimiento de las energías renovables: La suspensión de nuevas plantas eólicas y solares mientras dure la crisis del coronavirus suscita el rechazo y el temor de la iniciativa privada. In: **El País**, 2020. Disponível em: <https://elpais.com/economia/2020-05-08/mexico-asfixia-el-crecimiento-de-las-energias-renovables.html> Acesso: 12.01.2022.

*Eiser Infrastructure Limited Y Energia Solar Luxembourg S.A R.I. v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/13/36, Award, 2017.

*Eskosol S.p.A. in Liquidation v. Italy*, ICSID Case *Belenergia S.A. v. Italy* ARB/15/50, Award, 2019.

*Eskosol S.p.A. in Liquidazione v. Italy*, ICSID Case No. ARB/15/50, Award, 2020.

*ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. Italy*, ICSID Case No. ARB/16/5, Award, 2020

GARCIA, Alejandro; MARTIN, Melanie. **Arbitragem investidor**: Estado e mudança climática. Disponível em: <https://www.clydeco.com/en/insights/2021/08/investor-state-arbitration-and-climate-change-a-pl>

*Greentech Energy Systems AS, et al v. Italy*, SCC Case No. v 2015/095, 2018,

*Greentech Energy Systems AS, et al v. Italy*, SCC Case No. v 2015/095, Award, 2015.

HK LAW. *Foreign Investment Protection Mechanisms in Mexico for Renewable Energy Investments*. In: *Hollant & Knight Alert*, 2020. Disponível em: <https://www.hklaw.com/en/insights/publications/2020/05/foreign-investment-protection-mechanisms-in-mexico-for-renewable> Acessado em: 12.01.2022.

*Hyder Ali, Arif. In the Eye of the Storm: Spain's Nexus to Investment Disputes*. *Spain: Arb. Rev.* 5 to 36, 2013.

*Isolux Netherlands, BV v. Kingdom of Spain*, SCC Case v 2013/153, Final Award, July 17, 2016.

LEVINE, Matthew. *NAFTA tribunal dismisses claims against Canada on green energy Feed-In Tariff program*. In: **Investment Treaty News**, 2016. Disponível em: <https://www.iisd.org/itn/en/2016/08/10/mesa-power-group-llc-v-government-of-canada-uncitral-pca-case-no-2012-17/> Acessado em: 12.01.2022.

LINKLATERS LLP. *Foreign investment protection and investor-state arbitration in times of Covid-19*. 04.06.2020. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=92f3e3bc-3b96-4017-b7d1-eee14f11016a> Acessado em: 10.12.2021.

*Mercer International Inc., v. Canada* ICSID Case No. ARB AF/12/3, Award, 2018.

*Mesa Power Group LLC v. Canada*, PCA Case No. 2012-17, Award, 2016.

*Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*, SCC Case No. 2015/063, Final Award, 2018.

ONTARIO. *Feed-in Tariff Program*. In: *Government of Ontario official website*, 2019. Disponível em: <https://www.ontario.ca/document/renewable-energy-development-ontario-guide-municipalities/40-feed-tariff-program> Acessado em: 12.01.2022.

*Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8.

PÉREZ-LOZADA, Fernando. *Change of clean energy rules in Mexico: Potential Impact for Investors*. **Kluwer Arbitration Blog**, 13.01.2020. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/13/change-of-clean-energy-rules-in-mexico-potential-impact-for-investors/> Acessado em: 10.12.2021.

POWER, Richard. *Novenergia v. Kingdom of Spain, the ECT and the ECJ: Where to now for intra-EU ECT claims?*, **Kluwer Arbitration Blog**, Available At: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/20/novenergia-v-kingdom-of-spain/>

*PV Investors v. the Kingdom of Spain*, PCA Case No. 2012-14, Final Award, 2020

RAMOS, Ariel; VALERA, Jose L. *CENACE Measures Impact Renewable Energy Projects in Mexico*. In: **Mayer Brown**, 2020. Disponível: <https://www.mayerbrown.com/en/perspectives-events/publications/2020/05/cenace-measures-impact-renewable-energy-projects-in-mexico> Acessado em: 12.01.2022.

*9REN Holdings S.À.R.L. v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case nº ARB/15/15, Award, 2019.

*RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. the Kingdom of Spain*, ICSID Case nº ARB/13/30, Award, 2019,

SENER, 2019, *Programa de Desarrollo del Sistema Eléctrico Nacional 2019 – 2033. Capítulo 5 – Infraestructura del Sistema Eléctrico Nacional*. **Secretaría de Energía**. Cidade do México, México.

*Silver Ridge Power BV v. Italy*, ICSID Case No. ARB/15/37, Award, 2021.

*Sun Reserve Luxco Holdings SRL v. Italy*, SCC Case No. 32/2016, Award, 2016.

TIMOFEYEV, Igor V et al. *Investment Disputes Involving the Renewable Energy Industry under the Energy Charter Treaty*. 10.11.2020. Disponível em: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-energy-arbitrations/4th-edition/article/investment-disputes-involving-the-renewable-energy-industry-under-the-energy-charter-treaty#-footnote-119-backlink> Acessado em: 10.12.2021.

VEJAR, Kate Brown de; FERNÁNDEZ, Marcelo Páramo. *Proyectos de energías renovables en México afectados por nuevas medidas*. In: **DLA Piper**, 2020. Disponível em: [https://www.dlapiper.com/en/latinamerica/insights/publications/2020/05/proyectos-de-energias-renovables-en-mexico-afectados-por-nuevas-medidas/?utm\\_source=linkedin\\_company&utm\\_medium=social&utm\\_campaign=coronavirus&utm\\_term=latam&utm\\_content=publication-coronavirus&linkId=89003817](https://www.dlapiper.com/en/latinamerica/insights/publications/2020/05/proyectos-de-energias-renovables-en-mexico-afectados-por-nuevas-medidas/?utm_source=linkedin_company&utm_medium=social&utm_campaign=coronavirus&utm_term=latam&utm_content=publication-coronavirus&linkId=89003817) Acessado em: 12.01.2022.

*Windstream Energy LLC v. Canada*, PCA Case No. 2013-22, Award, 2016.

# 4 | UM RETRATO DA ARBITRAGEM EXPEDITA NO BRASIL: funcionamento e principais desafios<sup>1</sup>

Daniela Monteiro Gabbay<sup>2</sup>  
Bianca Azzi Ferreira<sup>3</sup>

## Introdução

Há 25 anos a arbitragem foi regulada pela Lei 9.307/1996, sendo que essa lei foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) há 20 anos<sup>4</sup>. Desde então, esse método de resolução de conflitos vem se consolidando nacionalmente e permitindo adequar o procedimento às necessidades específicas de cada disputa, a partir da autonomia de vontade das partes e sem ter de seguir as mesmas formalidades processuais aplicáveis nos tribunais estatais<sup>5</sup>.

O aumento do número de arbitragens e da adesão a esse método é comprovado em pesquisa sobre os números de oito câmaras de arbitragem localizadas em grandes centros brasileiros: em 2021 foram iniciados 322 procedimentos

1. Este artigo é uma republicação da versão que foi submetida originariamente à Revista de Arbitragem e Mediação da Revista dos Tribunais (RT), de forma que o ineditismo do texto foi assegurado ao referido periódico. Vide: GABBAY, Daniela Monteiro; FERREIRA, Bianca Azzi. Um retrato da arbitragem expedita no Brasil: funcionamento e principais desafios. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 78. ano 20. p. 147-167. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2023.
2. Doutora e Mestre pela Universidade de São Paulo. Professora da FGV Direito – SP. *Fellow* no CIARB (*Chartered Institute of Arbitrators*). *Visiting fellow* na Universidade de Yale e na *London School of Economics and Political Science*. Advogada.
3. Estudante do LLM em *Transnational Arbitration & Dispute Settlement* pela Sciences Po. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC). Advogada.
4. STF, Pleno, Agravo Regimental na Sentença Estrangeira: SE-Agr 5206-7, Tribunal Pleno, j. 12.12.2001.
5. BORN, Gary B. **International commercial arbitration**. 2. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014. p. 2123.

arbitrais, enquanto 1047 continuaram sua tramitação. Do universo de procedimentos entrantes em 2021, os valores totais em disputa eram de aproximadamente R\$ 55,20 bilhões.<sup>6</sup>

Sobre as vantagens qualitativas da arbitragem, a pesquisa CBAR-Ipsos 2021 – Arbitragem no Brasil<sup>7</sup> constatou que os operadores e usuários entendem que os principais benefícios são: (i) o caráter técnico e a qualidade das decisões; (ii) tempo necessário para solução definitiva do conflito, em comparação ao Judiciário; e (iii) possibilidade de indicar ou participar da escolha de um árbitro. Por outro lado, foi identificado como principal desvantagem da arbitragem o seu alto custo.

A arbitragem expedita, que é tratada neste artigo, busca mitigar o elemento alto custo e trazer ainda mais celeridade ao método. Não se trata de sistema distinto da arbitragem, mas apenas de uma alternativa procedimental mais célere e, especialmente, menos custosa. Em contrapartida, é necessário que eventuais demandas a serem submetidas ao procedimento expedito envolvam baixo grau de complexidade.

Logo, o modelo expedito pode ser conceituado como “ferramenta destinada a acelerar e simplificar aspectos-chave dos procedimentos arbitrais, com o objetivo de chegar a uma decisão final de mérito de uma maneira econômica e rápida”<sup>8</sup>.

Para exemplificar, Irene Welser e Christian Klausegger trazem em seu artigo dois casos concretos de arbitragem expedita, ambos decididos de acordo com as regras da CCI antes mesmo de haver previsão específica sobre arbitragem expedita em seu regulamento. No primeiro deles (*Panhandle Case*), a sentença arbitral foi proferida em dois meses e meio, contados do requerimento de arbitragem

6. Cf. LEMES, Selma. Arbitragem em números e valores: 2020-2021. **Selma Lemes Advogados**, 2022. Disponível em: [[http://selmalemes.adv.br/artigos/pesquisaarbitragem\\_2020\\_2021.pdf](http://selmalemes.adv.br/artigos/pesquisaarbitragem_2020_2021.pdf)]. Acesso em: 16.03.2023. O estudo realizado pela Profa. Dra. Selma Lemes analisou câmaras de arbitragem com atuação em São Paulo/SP, Rio de Janeiro/RJ, Belo Horizonte/MG, Brasília/DF e Recife/PE, quais sejam: (i) Centro de Arbitragem da AMCHAM – Brasil; (ii) Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá; (iii) Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP; (iv) Câmara de Arbitragem do Mercado – B3; (v) Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – escritório regional de São Paulo/SP; (vi) Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas; (vii) Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem; e (viii) Câmara de Arbitragem Empresarial-Brasil.
7. ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti (Org.). **Arbitragem no Brasil**: Comitê Brasileiro de Arbitragem. CBAR; Ipsos, 2021. Disponível em: [<https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2021/09/pesquisa-cbar-ipsos-2021-arbitragem-no-brasil.pdf>]. Acesso em: 16.03.2023. A pesquisa utilizou metodologia quantitativa, de modo que foram entrevistadas 225 pessoas por meio de questionário estruturado e respondido pelo sistema CATI (*Computer-Assisted Telephone Interviewing*). A coleta de dados ocorreu entre junho a agosto de 2020. Entre os entrevistados havia advogados, árbitros, representantes de câmaras de arbitragem e assistentes de árbitros.
8. AREND, Andréia Propp. **A análise econômico-jurídica da arbitragem expedita**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018, p. 53.

e duas semanas e meia após a constituição do tribunal arbitral, enquanto o segundo (*Formula One Racing Case*) foi decidido em apenas um mês. Tal como destacam esses autores, a celeridade nesses casos só foi possível porque as partes atuaram de forma bastante cooperativa.<sup>9</sup>

Embora a arbitragem expedita não dependa de uma previsão regulamentar, mas, sim, da autonomia da vontade das partes, diante da expectativa de um procedimento célere e mais econômico, essa modalidade foi incorporada ao regulamento de diversas câmaras de arbitragem no âmbito internacional e nacional, que trouxeram regras com boas práticas procedimentais e tabelas de despesas com valores de taxas administrativas e honorários arbitrais mais baixos e atrativos para esses procedimentos.<sup>10</sup>

Em razão dessa expansão, em dezembro de 2020, o segundo grupo de trabalho da UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) minutou aditivo às suas “Regras de Arbitragem”, a fim de incluir em apêndice regulação acerca do procedimento expedito. Esse texto foi aprovado em julho de 2021 e entrou em vigor em 19 de setembro de 2021.

A regulação pela UNCITRAL foi muito bem recebida, trazendo um conjunto de *standards* normativos que são uma vitrine de boas práticas para a comunidade arbitral internacional e influenciam as leis de arbitragem de inúmeros países.<sup>11</sup>

Tal como será detalhado neste artigo, a regulação da arbitragem expedita pelas instituições de arbitragem com maior proeminência no cenário brasileiro está em consonância com as regras da UNCITRAL, convergindo ao disporem de

9. Nesse sentido, destacam: “*in Panhandle, the parties had stipulated that, in the event of a dispute, certain issues concerning the determination of the price in a long-term gas supply contract were to be resolved by arbitrators within two months from the request for arbitration. The parties later agreed to an extension of this time limit by one week. The Secretariat of the ICC International Court of Arbitration’s counsel in charge of the case later highlighted the fact that at no time during the arbitration did a party seek an extension of time to make its submissions. All parties respected all deadlines assiduously*”. Sobre o *Formula One Racing case*, ressaltam: “*As in the Panhandle case, both parties were interested in a prompt decision and therefore were cooperative. In this arbitration, the parties exchanged submissions within 7-day intervals and the arbitral tribunal finalized its draft award within 48 hours of the hearing. These two cases show that it is also possible to conduct fast track arbitration efficiently without detailed rules for expedited procedures. However, in both cases, all participants and both parties were very cooperative and interested in the fast settlement of the case*” (Cf. KLAUSEGGER, Christian; WELSER, Irene. *Fast Track Arbitration: Just fast or something different?* In: KLAUSEGGER, Christian et al. (Ed.). *Austrian Arbitration Yearbook 2009*. Viena: C.H. Beck; *Siämpfli; Manzsche*, 2009, p. 262).
10. A título exemplificativo: Câmara de Comércio Internacional, *International Centre for Dispute Resolution, London Court of International Arbitration, Singapore International Arbitration Centre, Hong Kong International Arbitration Centre, China International Economic and Trade Arbitration Commission, Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*.
11. A conformidade com as regras-modelo da UNCITRAL sinaliza ao mercado uma harmonização com o direito comercial internacional e demonstra, consequentemente, adesão às melhores práticas de arbitragem reconhecidas atualmente (BELHADJ, Marina; MONTINERI, Corinne. 50 anos de UNCITRAL. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 50, 2016, p. 570).

prazos mais exíguos, fase probatória simplificada e composição do tribunal arbitral, embora divergindo em outros pontos, como o modelo de vinculação ao procedimento (*opt-in* ou *opt-out*).

Desse modo, o presente artigo analisará: (i) o funcionamento da arbitragem expedita a partir dos regulamentos de quatro câmaras de arbitragem com atuação no Brasil, a fim de verificar as similaridades e divergências entre si e entre as regras-modelo da UNCITRAL; (ii) um retrato atual da arbitragem expedita: o que dizem os dados das instituições arbitrais nos anos de 2020 e 2021; e (iii) os desafios que os usuários de procedimentos expeditos poderão encontrar para alcançar seus propósitos de celeridade e eficiência.

## **1 Funcionamento da arbitragem expedita a partir dos regulamentos das câmaras de arbitragem**

As regras das instituições arbitrais para o procedimento expedito não são idênticas, de maneira que há tanto pontos de similaridade quanto singularidades em cada regulamento. Por essa razão, para fim de delimitação do escopo da análise, foram selecionadas as quatro *top of mind* câmaras de arbitragem, conforme Pesquisa CBAR-Ipsos 2021 – Arbitragem no Brasil.<sup>12</sup>

Para além das regras-modelo da UNCITRAL, serão analisados os dispositivos aplicáveis às arbitragens expeditas do(a): (i) Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC); (ii) Câmara de Comércio Internacional (CCI); (iii) Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP (CMA CIESP/FIESP); e (iv) Câmara de Arbitragem Empresarial-Brasil (CAMARB).

### **1.1 Hipóteses de aplicação**

O procedimento expedito, apesar de ser caracterizado como uma forma de condução da arbitragem, usualmente passa pela concordância das partes e a análise da complexidade do caso concreto, a fim de que tanto a instituição de arbitragem faça um juízo acerca da conveniência da sua submissão quanto as partes estejam de acordo com a sua utilização e não haja desencontro de expectativas.

12. ABBUD, *op. cit.*, p. 52.

### 1.1.1 *Requisitos essenciais para aplicação*

Os quatro regulamentos analisados estabelecem requisitos essenciais à aplicação da arbitragem expedita, os quais devem ser analisados pela câmara e cuja ausência implica a submissão do procedimento às regras ordinárias de arbitragem. Por outro lado, as regras da UNCITRAL adotam medida distinta e não exigem qualquer requisito prévio além do exercício da autonomia privada das partes para se vincularem ao procedimento expedito.<sup>13</sup>

Na análise dos regulamentos, verifica-se que o CAM-CCBC exige a incidência das seguintes condições: (i) o valor em disputa não exceda R\$ 3 milhões<sup>14</sup>; (ii) análise da adequação do caso ao regulamento de arbitragem expedita pela presidência da instituição em sede administrativa, considerando a sua complexidade e outras circunstâncias que sejam relevantes, seja de ofício, seja a requerimento de qualquer das partes, devendo, entretanto, a decisão da presidência ser submetida à confirmação do tribunal arbitral após sua constituição<sup>15</sup>.

Ademais, cumpre ressaltar que, na hipótese de o valor em disputa ser reavaliado posteriormente em mais de R\$ 3 milhões, o procedimento se manterá em consonância com o regulamento de arbitragem expedita, exceto se houver acordo entre as partes ou determinação em contrário da presidência – durante a fase administrativa – ou do tribunal arbitral. Ainda assim, a tabela de despesas incidente será a do regulamento padrão, quedando-se inaplicável, portanto, a tabela de custas do procedimento expedito.<sup>16</sup>

A seu turno, a CCI estabelece que para serem aplicáveis as disposições sobre arbitragem expedita, (i) o valor da causa não pode exceder R\$ 6,4 milhões caso a convenção de arbitragem tenha sido celebrada entre 1º de março de 2017 a 1º de janeiro de 2021, e R\$ 9,6 milhões caso celebrada a partir de 1º de janeiro

13. Não obstante, o tribunal arbitral pode, a pedido de qualquer das partes, em situações excepcionais e após convidar as partes para expressar suas opiniões, determinar, de forma fundamentada, que as regras expeditas não mais se aplicarão, conforme art. 2.2 da *UNCITRAL Expedited Arbitration Rules*.

14. CAM-CCBC. *RA 46/2021 – Regulamento de Arbitragem Expedita*. Art. 1.4. Disponível em: [<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/ra-46-2021-regulamento-de-arbitragem-expedita/>]. Acesso em: 16.03.2023.

15. CAM-CCBC. *RA 46/2021 – Regulamento de Arbitragem Expedita*. Arts. 1.6., 1.6.1. e 1.6.2.

16. CAM-CCBC. *RA 46/2021 – Regulamento de Arbitragem Expedita*. Art. 1.8.

de 2021<sup>17</sup>; ou (ii) as partes devem acordar sobre a aplicação do procedimento expedito<sup>18</sup>.

Similar ao disposto pelo CAM-CCBC, a CCI também adota previsão no sentido de que a Corte, de ofício ou a pedido de uma das partes antes da constituição do tribunal arbitral, poderá determinar inadequada a aplicação das disposições sobre arbitragem expedita.

A CAMARB, por sua vez, coloca como um dos critérios para aplicação do seu regulamento de arbitragem expedita o valor estimado da demanda e do eventual pleito reconvenicional ser, cada um, inferior a R\$ 3 milhões<sup>19</sup>. A intervenção da diretoria da CAMARB acerca da aplicação ou não do referido regulamento somente pode ocorrer mediante requerimento de uma das partes<sup>20</sup>.

Por fim, a CMA CIESP/FIESP prevê que a incidência do regulamento de arbitragem expedita está condicionada ao valor da causa não exceder R\$ 2 milhões, ou às partes aderirem ao procedimento expedito<sup>21</sup>. Outrossim, estabelece que o Presidente da Câmara pode considerar inadequado o procedimento expedito de ofício ou mediante requerimento<sup>22</sup>.

Dessa forma, verifica-se que todos os regulamentos analisados (exceto as regras da UNCITRAL) adotam critério econômico para a aplicação do modelo expedito. Todavia, a CCI e a CMA CIESP/FIESP mitigam esse requisito caso as partes acordem acerca da incidência do procedimento expedito.

### 1.1.2 Modelos *opt-in* e *opt-out*

A vinculação ao procedimento expedito pode ocorrer de duas maneiras: *opt-in* ou *opt-out*. Caso seja *opt-in*, as partes devem se manifestar expressamente por meio da convenção de arbitragem ou por qualquer outro meio pela utilização desse método. Por sua vez, o modelo *opt-out* implica a presunção de adesão ao procedimento expedito pelas partes, que, para que não tenham o procedimento

17. CCI. *Regulamento de Arbitragem*. Art. 30.2.a; CCI. *Regras de Arbitragem Expedita*. Art. 1.2; e ICC. *Note on the functioning of the Brazilian office of the Secretariat of the Court*. IV – *Expedited Procedure Provisions*, art. 14. Disponível em: [<https://iccvbo.org/content/uploads/sites/3/2021/03/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-portuguese-version.pdf>]. Acesso em: 16.03.2023.

18. CCI. *Regulamento de Arbitragem*. Art. 30.2.b.

19. CAMARB. *Regulamento de Arbitragem*. Arts. 3.7.b e 3.7.c. Disponível em: [<https://camarb.com.br/arbitragem/regulamento-de-arbitragem-expedita/>]. Acesso em: 16.03.2023.

20. CAMARB. *Regulamento de Arbitragem*. Art. 3.8.

21. CMA CIESP/FIESP. **Regulamento de Arbitragem Expedita**. Art. 1.5. Disponível em: [<https://www.camadearbitragemsp.com.br/ptos-normativos/regulamento-arbitro-expedita.html>]. Acesso em: 16.03.2023.

22. CMA CIESP/FIESP. **Regulamento de Arbitragem Expedita**. Art. 9.2.

submetido às regras de arbitragem expedita, devem se manifestar expressamente nesse sentido.

As regras da UNCITRAL propõem o modelo *opt-in* às partes, cabendo-lhes, inclusive, optar em se vincularem integralmente às regras expeditas ou modificá-las<sup>23</sup>. Ademais, as partes, ao longo do procedimento, podem, em conjunto, acordar não mais aplicarem as referidas regras. Entretanto, caso apenas uma das partes queira se desvincular do procedimento expedito, essa deverá solicitar ao tribunal arbitral que avalie o caso concreto e profira decisão justificada e vinculante<sup>24</sup>.

Diferentemente do proposto pelas regras da UNCITRAL, o CAM-CCBC adota um sistema mais próximo do *opt-out*, no qual a disputa é submetida à arbitragem expedita sempre que (i) o critério econômico for cumprido; (ii) a convenção de arbitragem não tenha sido pactuada antes da entrada em vigor do regulamento de arbitragem expedita da instituição; e (iii) as partes não tenham acordado o contrário.<sup>25</sup>

A CCI, por sua vez, estabelece um modelo híbrido: será *opt-out* caso o valor em disputa cumpra o critério econômico previsto pela instituição; por outro lado, será *opt-in* caso o valor em disputa exceda o critério econômico estabelecido. De todo modo, a CCI dispõe que em ambos os casos a convenção de arbitragem deve ser posterior à entrada em vigor das disposições sobre a arbitragem expedita.<sup>26</sup>

Já a CAMARB e a CMA CIESP/FIESP optaram pelo modelo *opt-in* simples. Enquanto para a primeira é aplicável o procedimento expedito quando o critério econômico tenha sido cumprido e as partes tiverem convencionado a sua utilização, para a segunda também há a possibilidade de adesão ainda que se ultrapasse a quantia estabelecida, mas desde que haja acordo entre as partes acerca da utilização da arbitragem expedita.

Ainda que o modelo *opt-in* seja o adotado pelas regras da UNCITRAL e o mais utilizado pelas instituições de arbitragem analisadas, o modelo *opt-out* tem vantagens ao estimular a adoção da arbitragem expedita e proporcionar tanto a celeridade e economia do procedimento quanto a retomada do procedimento

23. UNCITRAL. *UNCITRAL Expedited Arbitration Rules*, art. 1º. Disponível em: [[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral\\_ear-e\\_website.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral_ear-e_website.pdf)]. Acesso em: 16.03.2023.

24. UNCITRAL. *UNCITRAL Expedited Arbitration Rules*, arts. 2.1 e 2.2.

25. CAM-CCBC. **Regulamento de Arbitragem Expedita**. Arts. 1.4 e 1.5.

26. CCI. *Regulamento de Arbitragem*. Arts. 30.2 e 30.3.

ordinário, caso seja do interesse das partes e/ou o procedimento arbitral expedido não se revele adequado.

## 1.2 Modo de aplicação

Superada a análise das hipóteses nas quais é permitida a aplicação do procedimento expedido, é necessário compreender seu modo de aplicação, pois serão por meio dessas peculiaridades que as custas com a arbitragem serão menores, bem como o procedimento se desenvolverá de maneira mais célere.

### 1.2.1 *Tribunal Arbitral*

Acerca da composição do tribunal arbitral, todos os regulamentos analisados convergem ao disporem que o padrão é que o procedimento expedido seja conduzido por árbitro único, salvo disposição ou acordo contrário das partes.<sup>27</sup>

### 1.2.2 *Prazos*

A arbitragem expedita tem como uma de suas principais características e vantagens a celeridade. Para tanto, os regulamentos estabelecem prazos administrativos e para a prolação de sentença mais exíguos.<sup>28</sup>

**Tabela 1** – Prazos previstos em regulamento para procedimentos expeditos

	UNCITRAL	CAM-CCBC	CCI	CAMARB	CIESP/FIESP
Resposta ao Requerimento de Arbitragem	15 dias	Secretaria determinará	–	cinco dias <sup>29</sup>	sete dias
Nomeação do árbitro	15 dias	–	Secretaria determinará	cinco dias	sete dias
Conferência sobre condução do procedimento ou Termo de Arbitragem	15 dias	15 dias	15 dias	15 dias	A partir de 10 dias

27. UNCITRAL. *UNCITRAL Expedited Arbitration Rules*, art. 7º; CAM-CCBC. **Regulamento de Arbitragem Expedita**. Arts. 2.6 e 2.7; CCI. *Regulamento de Arbitragem* – Apêndice VI, art. 2º; CAMARB. **Regulamento de Arbitragem Expedita**. Art. 3.1; CMA CIESP/FIESP. **Regulamento de Arbitragem Expedita**. Art. 1.2.

28. Os prazos previstos nos regulamentos das Câmaras pesquisadas para procedimentos expeditos podem ser encontrados em: UNCITRAL *Expedited Arbitration Rules*, arts. 5, 6, 9 e 16; CAM-CCBC. **Regulamento de Arbitragem Expedita**. Arts. 2.3, 2.4, 2.9 e 2.16; CCI *Regulamento de Arbitragem* – Apêndice VI, arts 2º, 3º e 4º; CAMARB. **Regulamento de Arbitragem Expedita**. Arts. 3.2, 3.9, 3.13, 3.14, 3.15, 4.1, 4.2 e 8.1; e CMA CIESP/FIESP. **Regulamento de Arbitragem Expedita**. Arts. 2.2, 2.5, 3.1, 3.3 e 5.1.

29. Considerando que, conforme art. 26 do Regulamento de Arbitragem da CAMARB, caso não haja previsão expressa de prazo, esse será de cinco dias.

Sentença Final	De 6 a 9 meses da constituição do Tribunal <sup>30</sup>	De 30 a 60 dias do final da instrução <sup>31</sup>	seis meses contados da conferência sobre condução da arbitragem	De 30 a 45 dias do final da instrução <sup>32</sup>	De 30 a 60 dias do final da instrução
----------------	--	---	---	---	---------------------------------------

**Fonte:** elaborada pelas autoras.

Além disso, cumpre apontar que os regulamentos de arbitragem expedita da CAMARB e da CMA CIESP/FIESP estabelecem também prazos relativos à fase procedimental, os quais podem ser alterados pelo tribunal arbitral.<sup>33</sup>

Assim, a CAMARB prevê prazo de: (i) dez dias a partir da assinatura do Termo de Início para apresentação de alegações iniciais e reconvenção; (ii) dez dias para apresentar resposta às alegações iniciais ou reconvenção; (iii) cinco dias para réplicas; e (iv) cinco dias para tréplicas e especificações de provas; (v) 30 dias da apresentação das tréplicas e especificações de provas para audiência de instrução; (vi) sete dias da audiência para apresentação de alegações finais; e (vii) sete dias do recebimento de pedidos de esclarecimentos para que o tribunal arbitral o responda.<sup>34</sup>

Já a CMA CIESP/FIESP estabelece prazo de: (i) sete dias da assinatura do Termo de Arbitragem para que as partes complementem suas alegações iniciais; (ii) sete dias do recebimento da referida manifestação para respondê-la; (iii) cinco dias para responder eventuais esclarecimentos suplementares por meio de audiência, a qual será marcada em sete dias; (v) sete dias a partir da audiência para apresentação de alegações finais, as quais poderão ser oralmente ao longo da audiência; (vi) cinco dias da prolação da sentença para apresentação de pedidos de esclarecimento; (vii) cinco dias para contraparte se manifestar sobre pedido

30. Cf. UNCITRAL. UNCITRAL Expedited Arbitration Rules, art. 16, caso o tribunal arbitral não esteja apto a proferir sentença em até nove meses da sua constituição, deverá ser proposta às partes nova data de forma justificada, a qual só será adotada se todas expressarem concordância. Caso não haja consenso, qualquer parte poderá solicitar que o procedimento passe a seguir as regras de arbitragem ordinária da UNCITRAL. Este pedido será apreciado pelo Tribunal depois de ouvidas as partes.

31. Cf. CAM-CCBC. Regulamento de Arbitragem Expedita, art. 2.15, a sentença deve ser proferida em dez meses, sob pena de aplicar-se a Tabela de Despesas do Regulamento Padrão, ainda que o procedimento permaneça com as regras expeditas.

32. Cf. CAMARB. Regulamento de Arbitragem Expedita, art. 2.5, o prazo entre a assinatura do Termo de Início e a prolação da sentença final não pode exceder 12 meses, ou o procedimento será regido pelo regulamento de arbitragem ordinário e serão recolhidas as custas adicionais.

33. CAMARB. **Regulamento de Arbitragem Expedita**, art. 6.2; e CMA CIESP/FIESP. **Regulamento de Arbitragem Expedita**, art. 7.5.

34. CAMARB. **Regulamento de Arbitragem Expedita**, art. 6.2, 6.8, 8.9.

de esclarecimentos; e (viii) sete dias para que o Tribunal decida sobre pedido de esclarecimentos.<sup>35</sup>

### 1.2.3 *Notificações*

Em consonância com as mudanças causadas pela pandemia da Covid-19, todas as câmaras cujo regulamento de arbitragem expedita foi objeto de análise incentivam a utilização de meios digitais para envio de comunicações, notificações ou intimações, bem como para a realização de protocolos de manifestações, decisões ou documentos.

Assim, enquanto o CAM-CCBC e a CMA CIESP/FIESP consignam isso expressamente em seus respectivos regulamentos de procedimentos expeditos, a CCI reconhece o crescente uso da tecnologia em arbitragens no prefácio de Regulamento de Arbitragem, bem como possui disposições em seu regulamento, as quais se aplicam às arbitragens expeditas, que incentivam a utilização de meios telemáticos. Por fim, a CAMARB propõe um modelo híbrido, no qual se utilizam meios digitais, mas a Secretaria da CAMARB receberá uma cópia física para arquivo.<sup>36</sup>

### 1.2.4 *Questões probatórias*

Acerca das questões probatórias, as regras da UNCITRAL sobre arbitragem expedita estabelecem que o tribunal arbitral dispõe de discricionariedade acerca de quais provas as partes podem apresentar, bem como pode rejeitar eventuais pedidos de produção de provas, exceto se solicitado pelos litigantes em conjunto<sup>37</sup>. Ademais, provas orais são excepcionais, cabendo ao tribunal arbitral deferi-las expressamente, pois, em regra, testemunhas e peritos deverão se manifestar por escrito<sup>38</sup>.

O CAM-CCBC e a CCI possuem disposições similares em seus regulamentos ao preverem que o tribunal arbitral poderá tanto indeferir pedidos de produção de provas quanto decidir o litígio unicamente com base nos documentos apresentados pelas partes. Nesse sentido, ambos os regulamentos complementam ainda

35. CMA CIESP/FIESP. **Regulamento de Arbitragem Expedita**, art. 3.5, 3.6, 4.1, 4.4, 5.6, 5.7 e 5.8.

36. CAM-CCBC. **Regulamento de Arbitragem Expedita**, art. 2.5; CMA CIESP/FIESP. **Regulamento de Arbitragem Expedita**, art. 6.2; CCI. **Regulamento de Arbitragem**, p. 2 e arts. 4 e 5; e CAMARB. **Regulamento de Arbitragem Expedita**, art. 2.1.

37. UNCITRAL. *UNCITRAL Expedited Arbitration Rules*, art. 15.1.

38. UNCITRAL. *UNCITRAL Expedited Arbitration Rules*, arts. 15.2 e 15.3.

que o tribunal arbitral dispõe de poderes para limitar o número, a extensão e o escopo de manifestações escritas.<sup>39</sup>

A CAMARB, por sua vez, restringe a realização de prova pericial aos procedimentos ordinários, de maneira que na arbitragem expedita só é possível a prova técnica mediante depoimento de testemunha técnica ou apresentação de laudos e pareceres técnicos pelas partes. Assim, caso o tribunal arbitral entenda necessária a produção de prova pericial, o procedimento passará a ser regido pelo regulamento comum, mantendo-se válidos os atos anteriormente praticados e devendo as partes serem intimadas a complementarem as custas.<sup>40</sup>

Quanto à CMA CIESP/FIESP, é estipulado que as partes devem apresentar todos os documentos a comprovar suas pretensões, inclusive pareceres técnicos, na primeira oportunidade, isto é, requerimento de arbitragem e resposta a tal requerimento. Ademais, é possibilitado às partes apresentarem documentos complementares em alegações iniciais.<sup>41</sup>

### 1.2.5 Audiência

Tanto as regras da UNCITRAL quanto os regulamentos das instituições estudadas estabelecem que o tribunal arbitral deve deferir a audiência de instrução apenas caso a considere pertinente e necessária, de modo que, caso indeferido pedido de realização de audiência, a demanda será apreciada com base nas manifestações e nos documentos apresentados.<sup>42</sup>

Outrossim, cumpre ressaltar a iniciativa adotada pelo CAM-CCBC e pela CMA CIESP/FIESP no sentido de estimular a realização de audiência, caso deferida, por meios virtuais, em prol da celeridade e praticidade.

39. CAM-CCBC. Regulamento de Arbitragem Expedita, arts. 2.12 e 2.13; e CCI. Regulamento de Arbitragem – Apêndice VI, arts. 3.4 e 3.5.

40. CAMARB. **Regulamento de Arbitragem Expedita**, arts. 1.3 e 6.4.

41. CMA CIESP/FIESP. **Regulamento de Arbitragem Expedita**, arts. 2.1, 2.2. e 3.5.

42. UNCITRAL. *UNCITRAL Expedited Arbitration Rules*, art. 11; CAM-CCBC. **Regulamento de Arbitragem Expedita**, art. 2.14; CCI. **Regulamento de Arbitragem** – Apêndice VI, art. 5º; CAMARB. **Regulamento de Arbitragem Expedita**, art. 6.5; e CMA CIESP/FIESP. **Regulamento de Arbitragem Expedita**, arts. 4.2 e 4.3.

### 1.3 Valores

Considera-se uma das principais vantagens da arbitragem expedita o valor das suas custas, as quais são mais módicas se comparadas à arbitragem ordinária, como se verifica na tabela a seguir<sup>43</sup>:

**Tabela 2** – Custas – Arbitragem Ordinária vs. Arbitragem Expedita

	<i>Modalidade</i>	<i>Valor</i>	<i>Taxas</i> <sup>44</sup>	<i>Honorários</i> <sup>45</sup>	<i>Total</i>	<i>Diferença</i> <sup>46</sup>
CAM-CCBC <sup>47</sup>	Ordinária – Tribunal Arbitral	R\$ 3,1 mi	R\$ 136.994,46	R\$ 351.435,26	R\$ 488.429,72	197,21%
	Expedita – Tribunal Arbitral	R\$ 3 mi	R\$ 53.000,00	R\$ 194.666,18	R\$ 247.666,18	
	Ordinária – Árbitro Único	R\$ 3,1 mi	R\$ 136.994,46	R\$ 140.574,10	R\$ 277.568,56	220,29%
	Expedita – Árbitro Único	R\$ 3 mi	R\$ 53.000,00	R\$ 73.000,00	R\$ 126.000,00	
CCI <sup>48</sup>	Ordinária – Tribunal Arbitral	R\$ 9,7 mi	R\$ 128.277,00	R\$ 749.244,00	R\$ 877.521,00	134,9%
	Expedita – Tribunal Arbitral	R\$ 9,6 mi	R\$ 127.817,00	R\$ 522.618,00	R\$ 650.435,00	
	Ordinária – Árbitro Único	R\$ 9,7 mi	R\$ 128.277,00	R\$ 249.748,00	R\$ 378.025,00	125,2%
	Expedita – Árbitro Único	R\$ 9,6 mi	R\$ 127.817,00	R\$ 174.206,00	R\$ 302.023,00	

43. Os valores comparativos das custas da arbitragem ordinária e expedita foram considerados de acordo com as tabelas vigentes em 04.07.2023, data da finalização do presente artigo.
44. Considerar-se-á como taxas tanto a taxa de registro quanto a taxa de administração.
45. Muito embora seja mais comum na arbitragem expedita haver árbitro único, compararam-se os honorários arbitrais da arbitragem expedita e ordinária nas hipóteses de árbitro único e de tribunal arbitral.
46. Para o cálculo da diferença das despesas entre a modalidade ordinária e expedita, será considerada a percentagem que represente o custo da arbitragem ordinária em comparação com a expedita.
47. Eventual Pedido de Esclarecimentos à Sentença Arbitral em procedimentos na modalidade expedita administrados pelo CAM-CCBC implica a cobrança de R\$ 25.000,00 a título de honorários arbitrais, conforme art. 65 do Regulamento de Custas, disponível em: [<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regramento-de-custas/>]. Tal valor não foi considerado nos cálculos anteriores.
48. A calculadora de custas da CCI estima os honorários dos árbitros em máximo, média e mínimo, como se verifica em: [<https://icwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/costs-and-payments/cost-calculator/>]. Neste artigo foram considerados os honorários arbitrais médios.

CAMARB	Ordinária – Tribunal Arbitral	R\$ 6,1 MI	R\$ 76.097,00	R\$ 285.831,00	R\$ 361.928,00	144%
	Expedita – Tribunal Arbitral	R\$ 6 MI <sup>49</sup>	R\$ 52.927,00	R\$ 198.361,80	R\$ 251.288,80	
	Ordinária – Árbitro Único	R\$ 6,1 MI	R\$ 76.097,00	R\$ 117.962,00	R\$ 194.059,00	144%
	Expedita – Árbitro Único	R\$ 6 MI	R\$ 52.927,00	R\$ 81.863,60	R\$ 134.790,60	
CMA CIESP/FIESP <sup>50</sup>	Ordinária – Tribunal Arbitral	R\$ 2,1 MI	R\$ 65.000,00	R\$ 175.000,00	R\$ 240.000,00	177,8% <sup>51</sup>
	Expedita – Tribunal Arbitral	R\$ 2 MI	R\$ 42.800,00	Não regulado pela RA 12/2022	Prejudicado	
	Ordinária – Árbitro Único	R\$ 2,1 MI	R\$ 65.000,00	R\$ 92.000,00	R\$ 157.000,00	
	Expedita – Árbitro Único	R\$ 2 MI	R\$ 42.800,00	R\$ 45.500,00	R\$ 88.300,00	

Fonte: elaborada pelas autoras.

## 2 Retrato atual da arbitragem expedita: o que dizem os dados das instituições arbitrais nos últimos dois anos

A regulamentação da arbitragem expedita pelas principais câmaras com atuação no Brasil é recente: o CAM-CCBC editou o Regulamento 46/2021, prevendo o procedimento expedito, em fevereiro de 2021; o regulamento de arbitragem expedita da CAMARB está em vigor desde setembro de 2019; a CMA CIESP/FIESP, por meio da Resolução 7/2021, promulgou o regulamento de arbitragem expedita em março de 2021. A CCI, por sua vez, é a que dispõe da regulamentação da arbitragem expedita há mais tempo, desde março de 2017.

A fim de estabelecer o retrato atual da arbitragem expedita, o CAM-CCBC, a CCI e a CMA CIESP/FIESP gentilmente forneceram às autoras deste artigo dados referentes aos procedimentos expeditos até dezembro de 2021. Cumpre ressaltar que se trata de um retrato recente e em construção, considerando que as

49. Na modalidade expedita, a CAMARB admite valor de causa principal e reconvenção de até R\$ 3 milhões cada, totalizando R\$ 6 milhões.
50. Em 02.05.2022, entrou em vigor a Resolução 12/2022, por meio da qual foi instituída tabela de custas de honorários dos árbitros para o Regulamento de Arbitragem Expedita. Antes de tal resolução, aplicava-se à arbitragem expedita a mesma tabela de custas dos procedimentos ordinários, calculadas para árbitro único.
51. Ressalta-se que o art. 8.2 do Regulamento de Arbitragem Expedita da CMA CIESP/FIESP estabelece que, caso não haja audiência de instrução, a Câmara poderá reduzir as custas, com a devolução da diferença às partes.

regulamentações do CAM-CCBC e da CMA CIESP/FIESP datam de 2021, e apenas há dados de 2020 relativos à CCI Brasil, razão pela qual é cedo para fazer diagnósticos e identificar tendências, de forma que os dados serão a seguir analisados em perspectiva mais qualitativa do que quantitativa.

Conforme informado pela CCI Brasil, em 2020, (i) houve cinco procedimentos expeditos, quatro deles iniciados em 2020 e um deles que iniciou anteriormente; (ii) o valor médio dessas cinco disputas foi de R\$ 3.030.957,00; (iii) nesses procedimentos, ocorreram três audiências de instrução, todas virtuais, sendo duas destinadas apenas à oitiva de testemunhas e uma destinada à oitiva de testemunhas e perito e/ou assistente técnico; (iv) quatro procedimentos contavam com árbitro único e um com tribunal arbitral; e (v) um procedimento foi encerrado, o qual durou um ano.

Quanto às arbitragens expeditas da CCI Brasil em 2021, (i) foram iniciados dois novos procedimentos, somados a quatro procedimentos expeditos anteriores que prosseguiram seu andamento; (ii) o valor médio dessas seis disputas foi de R\$ 4.248.703,00; (iii) nesses procedimentos, ocorreram três audiências de instrução, todas virtuais, sendo duas destinadas apenas à oitiva de testemunhas e uma destinada à oitiva de testemunhas e perito e/ou assistente técnico; (iv) quatro procedimentos contavam com árbitro único e dois com tribunal arbitral; e (v) um procedimento foi encerrado, o qual durou 11 meses.

Já o CAM-CCBC teve uma arbitragem expedita iniciada em 2021, cujo valor da causa varia entre um e dois milhões de reais, na qual atua árbitro único e não ocorreu audiência. O procedimento segue em andamento.

Do mesmo modo, a CMA CIESP/FIESP teve um procedimento expedito iniciado em 2021, o qual continua em andamento. O valor da disputa foi de R\$ 552.253,71, não ocorreu audiência e o painel é composto por árbitro único.

Assim, verifica-se que a arbitragem expedita se adapta às necessidades das partes, de modo que há aqueles que optam por tribunal arbitral, apesar de os regulamentos preverem como regra padrão a opção por árbitro único. Igualmente, há audiências que ocorrem a depender do caso concreto e das provas cuja produção é necessária.

Ainda que o universo de casos seja bem pequeno, é possível aferir que a média de duração dos procedimentos é de 11,5 meses – inferior, portanto, à

média de 18,4 meses dos procedimentos ordinários em 2021, conforme pesquisa “Arbitragem em Números e Valores”<sup>52</sup>.

Acerca da quantidade de procedimentos expeditos, é natural que, diante da recente regulamentação, haja um lapso temporal até que os usuários de arbitragem se familiarizem com o procedimento, bem como tenham ciência das vantagens e comecem a fazer uso dessa opção. Não por acaso é a CCI, cujo regulamento de arbitragem expedita foi editado há mais tempo, em 2017, que dispõe da maior quantidade de casos.

Portanto, o retrato atual da arbitragem expedita no Brasil com base nos números dos últimos dois anos mostra que há grande espaço para crescimento dessa modalidade, a qual, embora nova, já demonstra cumprir seu propósito de celeridade e eficiência mediante menor custo.

### **3 Desafios da arbitragem expedita**

O gerenciamento eficiente e expedito do procedimento arbitral depende do comportamento de todos os atores envolvidos, razão pela qual são analisados alguns dos principais desafios a partir da atuação do Tribunal Arbitral e das partes e seus advogados nesse tipo de procedimento.

#### **3.1 Tribunal Arbitral: disponibilidade de tempo e adoção de técnicas eficientes de gerenciamento do procedimento**

A disponibilidade de tempo dos árbitros escolhidos para atuar no procedimento expedito é uma questão central, razão pela qual os questionários que checam conflito de interesse dos árbitros costumam aferir com detalhes a disponibilidade para esse procedimento mais rápido e, por essa razão, mais demandante, embora por um curto espaço de tempo.

Além de disponibilidade de tempo, a gestão do procedimento pelo árbitro deve ser bastante eficiente. De acordo com a regra prevista no art. 21 da Lei de Arbitragem, que se aplica à arbitragem em geral, o procedimento deve observar a autonomia de vontade das partes e o que foi pactuado na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras da instituição arbitral. Não havendo

52. LEMES, Selma. Arbitragem em números e valores: 2020-2021. **Selma Lemes Advogados**, 2022. Disponível em: [[http://selmalemes.adv.br/artigos/pesquisaarbitragem\\_2020\\_2021.pdf](http://selmalemes.adv.br/artigos/pesquisaarbitragem_2020_2021.pdf)].

estipulação das partes acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.<sup>53</sup>

No caso da arbitragem expedita, as instituições arbitrais costumam indicar regras de funcionamento em seus regulamentos, conforme exposto no primeiro item deste artigo, que são baseadas em boas práticas para a condução eficiente do procedimento, sem prejuízo de as regras serem modificadas ou adaptadas em cada caso, respeitados tanto os limites do devido processo legal<sup>54</sup> quanto as características do procedimento expedito.

O devido processo legal deve ser observado na arbitragem expedita, mas não pode se transformar em uma paranoia<sup>55</sup> que acue o Tribunal Arbitral de tomar decisões firmes voltadas à gestão eficiente do procedimento expedito, sob a ameaça de invalidação da sentença arbitral no caso de restrições probatórias ou outras medidas gerenciais que se façam necessárias para manter o formato expedito do procedimento. Em qualquer procedimento arbitral é importante que haja um tribunal arbitral proativo, que respeite a autonomia de vontade das partes e o devido processo legal, sem deixar de ser firme na gestão do procedimento, o que se justifica ainda mais em um procedimento que precisa ser expedito.

Na redação da sentença de uma arbitragem expedita, por sua vez, uma boa prática a ser incorporada é a simplificação do relatório. Nos Juizados Especiais, por exemplo, há inclusive dispensa do relatório para que os casos sejam decididos de forma mais célere, de modo que a sentença se limita a mencionar os elementos de convicção do juízo e breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência. É claro que sem uma alteração normativa isso não poderia ser transplantado para a arbitragem expedita, sendo o art. 32 da Lei de Arbitragem claro ao prever que a ausência de relatório torna nula a sentença arbitral. Contudo, é possível – e recomendável – a simplificação do relatório, devendo

53. Nesse mesmo sentido, o artigo 19º da Lei Modelo da UNCITRAL determina que: “(1) Sem prejuízo das disposições da presente Lei, as partes podem, por comum acordo, escolher livremente o procedimento a ser seguido pelo tribunal arbitral. (2) Na falta de tal acordo, o tribunal arbitral pode, sem prejuízo das disposições da presente Lei, conduzir a arbitragem do modo que julgar apropriado. Os poderes conferidos ao tribunal arbitral compreendem o de determinar a admissibilidade, a pertinência, a importância e a matéria de qualquer prova produzida”.

54. O § 2º do art. 21 da Lei de Arbitragem determina que: “[...] Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.

55. Sobre o *due process paranoia*, vide: BERGER, Klaus Peter. *Due process paranoia and the procedural judgement rule: a safe harbor for procedural management decisions by international arbitrators*. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n. 54, p. 73-94, abr.-maio-jun. 2017.

o tribunal arbitral indicar os fatos e as questões controvertidas relevantes para a sua fundamentação, enunciando de maneira concisa as informações essenciais.<sup>56</sup>

### 3.2 Advogados: necessidade de atuação colaborativa das partes e dos advogados

O bom funcionamento da arbitragem expedita depende da colaboração das partes e dos advogados, pois uma atuação beligerante, com estratégias dilatórias e táticas de guerrilha, tumultua o procedimento e impacta a sua celeridade<sup>57</sup>. A disponibilidade de tempo também é um elemento extremamente importante porque se trata de um procedimento com prazos mais curtos e que muitas vezes exige dedicação integral da equipe de advogados e mais antecedência na preparação do caso, inclusive na organização de documentos e provas.

Para que o gerenciamento do procedimento seja eficiente, algumas escolhas procedimentais são necessárias, especialmente em relação às fases postulatória e probatória. As mais comuns estão relacionadas a um cronograma de prazos mais rígido, à limitação de manifestações na fase postulatória (em número, extensão e escopo) e a restrições probatórias, especialmente em relação à produção de provas técnica e testemunhal e realização de audiências.

Assim, quando necessárias as provas testemunhal e pericial, uma boa prática é apresentá-las por meio de depoimentos e laudos técnicos escritos e preferencialmente junto com as alegações iniciais das partes, nos quais deve ficar claro quais provas sustentam cada alegação a partir dos pontos controvertidos identificados no caso.

A realização de audiência de instrução não é obrigatória e, quando solicitada pelas partes, deve ter a sua pertinência analisada pelo tribunal arbitral, que é o destinatário da prova. Considerando a natureza expedita do procedimento,

56. Nesse mesmo sentido, Welser e Klausegger consideram que “*The award itself should, needless to say, be clear and precise in order to minimize the risk of challenge or unenforceability. It should not be replete with pages and pages about the course of the proceedings and a repetition of facts, which have either been laid out in the ‘terms of reference’ or are merely ‘copied and pasted’ from former procedural orders merely for the sake of completeness. In this respect, institutional ‘control mechanisms’ such as secretaries of Courts of Arbitration should not demand compliance with formalities, but rather should try to support the ‘fast track’ nature of the proceedings. From a practical standpoint, a draft award should be prepared before an oral hearing to ensure a prompt resolution*” (Cf. WELSER, Irene; KLAUSEGGER, Christian. *Fast Track Arbitration: Just fast or something different?* In: KLAUSEGGER, Christian et al. (Ed.). **Austrian Arbitration Yearbook 2009**. Viena: C.H. Beck; Stämpfli; Manzsche, 2009, p. 278).

57. “The success of fast track proceedings is largely dependent on the parties’ will to proceed. If only one party is interested in speed and the other is reluctant to cooperate, the overall success of the fast track proceeding will be endangered” (Cf. WELSER, Irene; KLAUSEGGER, Christian. *Fast Track Arbitration: Just fast or something different?* In: KLAUSEGGER, Christian et al. (Ed.). **Austrian Arbitration Yearbook 2009**. Viena: C.H. Beck; Stämpfli; Manzsche, 2009, p. 275).

a audiência, quando realizada, deve ser organizada da forma mais eficiente possível, focada nas questões controvertidas centrais, com cronograma e regras claras sobre oitiva de testemunhas fáticas e técnicas (quando forem deferidas essas provas).

Os regulamentos das câmaras costumam prever a conversão do procedimento expedito no ordinário quando a complexidade da causa assim justificar.

Essa complexidade, contudo, não é deduzida apenas do valor da disputa, pois há demandas com alto valor extremamente simples em matéria probatória (quer porque o mérito envolve questão apenas de direito, quer porque envolve matéria fática provada apenas documentalmente), e demandas de baixo valor extremamente complexas, cujos fatos controvertidos dependem de prova oral e prova técnica.

Nos Juizados Especiais, por exemplo, as causas de menor complexidade<sup>58</sup> são consideradas a partir do objeto da prova. Nesse sentido, o Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE) editou o Enunciado 54, o qual dispõe que “a menor complexidade da causa para a fixação da competência é aferida pelo objeto da prova e não em face do direito material”, isto é, o fato que se pretende provar é considerado como parâmetro para complexidade da lide.

Essa definição é útil à arbitragem expedita, devendo a escolha por essa modalidade de procedimento ter como parâmetro a complexidade da prova, que deve ser avaliada previamente para que o procedimento se adeque ao caso concreto<sup>59</sup>, evitando sua futura conversão em procedimento ordinário.

## Considerações Finais

*One size does not fit all.* A arbitragem expedita não serve para todos os casos e não deve ser uma resposta padrão à eventual morosidade constatada em procedimentos arbitrais regulares. É importante conhecer suas características, vantagens e desvantagens, para escolher sua aplicação aos casos adequados.

58. Art. 3º da Lei 9.099/95.

59. “Ao escolher a arbitragem expedita, deve-se indicar, antecipadamente, a natureza da causa. Com isso, possibilita-se avaliação prévia sobre a dificuldade da controvérsia e, a partir daí, a sua compatibilidade com o procedimento expedito. Não é prudente utilizar o procedimento expedito em demandas complexas ou quando necessária a produção de extensa prova pericial, por exemplo” (Cf. CAVALCANTE, Andressa Murta Rocha. Arbitragem expedita: solução em tempos de crise? *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 71, out.-dez. 2021. p. 5 da versão *online*).

Assim, é importante que todos os atores do procedimento arbitral estejam dispostos a atuarem de forma colaborativa: enquanto o tribunal arbitral deve adotar técnicas eficientes de gerenciamento, sem perder de vista a autonomia de vontade das partes e o devido processo legal, os advogados devem atuar e fazer escolhas probatórias com vistas à celeridade e sem táticas dilatórias que inviabilizem o procedimento expedito ou levem à conversão em ordinário.

A aplicação correta e consciente da modalidade apresenta grande potencial de gerar satisfação das partes com o procedimento, como demonstram os dados fornecidos pelas câmaras consultadas.

Portanto, o panorama atual da arbitragem expedita no Brasil é positivo e promissor, apesar dos números ainda baixos em vista da recente regulamentação. Há grande espaço para seu desenvolvimento diante da busca por um procedimento menos custoso, mais eficiente e célere – desde que haja, como visto, a adequação do comportamento dos atores envolvidos e das peculiaridades da causa a *ratio* do procedimento da arbitragem expedita.

## Referências

- ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti (Org.). **Arbitragem no Brasil**: Comitê Brasileiro de Arbitragem. CBAR; Ipsos: 2021. Disponível em: [<https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2021/09/pesquisa-cbar-ipsos-2021-arbitragem-no-brasil.pdf>]. Acesso em: 16.03.2023.
- AREND, Andréia Propp. **A análise econômico-jurídica da arbitragem expedita**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018.
- BELHADJ, Marina; MONTINERI, Corinne. 50 anos de UNCITRAL. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 50, p. 569-580, jul.-set. 2016.
- BERGER, Klaus Peter. *Due process paranoia and the procedural judgement rule: a safe harbor for procedural management decisions by international arbitrators*. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n. 54, p. 73-94, abr.-maio-jun. 2017.
- BORN, Gary B. **International commercial arbitration**. 2. ed. *Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International*, 2014.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CAVALCANTE, Andressa Murta Rocha. Arbitragem expedita: solução em tempos de crise? **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 71, p. 69-84, out.-dez. 2021.

COELHO, Eleonora. As táticas de guerrilha e a ética na arbitragem internacional. **Revista Brasileira da Advocacia**, v. 2, n. 5, p. 35-55, abr.-jun. 2017.

GREGÓRIO, Fernando da Silva. Consequências sistêmicas da soft law para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 24, n. 95, p. 299-320, abr.-jun. 2016.

LEMES, Selma. Arbitragem em números e valores: 2020-2021. **Selma Lemes Advogados**, 2022. Disponível em: [[http://selmalemes.adv.br/artigos/pesquisaarbitragem\\_2020\\_2021.pdf](http://selmalemes.adv.br/artigos/pesquisaarbitragem_2020_2021.pdf)]. Acesso em: 16.03.2023.

WELSER, Irene; KLAUSEGGER, Christian. *Fast Track Arbitration: Just fast or something different?* In: KLAUSEGGER, Christian et al. (Ed.). **Austrian Arbitration Yearbook 2009**. Viena: C.H. Beck; Stämpfli; Manzsche, 2009.

# 5 | PERSPECTIVAS SOBRE O *THIRD PARTY FUNDING*

Rita de Cássia Claudiano Cabral Pinto<sup>1</sup>

Tainá Malta Rodrigues<sup>2</sup>

Frederico Favacho<sup>3</sup>

## Introdução

Etimologicamente, o termo ‘*third party funding*’ se refere ao acordo com uma entidade que não é parte do processo para prover à parte, um afiliado da parte, ou o escritório representando a parte: a) fundos ou outro suporte material para financiar parte ou totalidade dos custos do processo, tanto individualmente quanto para uma carteira de processos, e b) tal suporte ou financiamento é fornecido em troca de uma remuneração ou reembolso que seja total ou parcialmente dependente do resultado da disputa, ou provido por um subsídio ou em contrapartida a um prêmio.<sup>4</sup>

Segundo Marcelo Carvalho Engholm<sup>5</sup>, podemos conceituar a expressão *third party funding* como:

[...] o investimento feito por um terceiro em um ou mais litígios com os quais ele não possui qualquer outra ligação, por meio da qual parcela (ou a totali-

1. *Mentee* do Programa da CIARB. Graduada em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO.
2. *Mentee* do Programa da CIARB. Advogada. Vice-Presidente do Comitê de Jovens Arbitralistas do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem. Pós-Graduada em Direito Internacional com ênfase em Comércio Internacional pela Universidade de São Paulo.
3. Mestre em Filosofia do Direito. Doutorando em Direito Internacional. Sócio do escritório Santos Neto Advogados. Membro do CBAI, GAFTA, FOSFA e ICA.
4. CARDOSO, Marcelo Carvalho Engholm. **Arbitragem e Financiamento por Terceiros**. 1. ed. São Paulo: Editora Almedina, 2020. Capítulo 3.1, p. 48-49.
5. *Ibidem*, p. 49.

dade) dos custos da demanda (e, conseqüentemente, dos riscos), é repassada ao financiador, cuja remuneração está vinculada ao sucesso da demanda.

Trata-se, portanto, de uma forma de financiamento da demanda por meio de um terceiro, que apesar de não possuir originalmente interesse jurídico na resolução desta, passa a ter interesse financeiro na vitória do litigante, da qual depende para recebimento de porcentagem correspondente à sua contribuição<sup>6</sup>, previamente pactuada em *LFA (Litigation Funding Agreement)*.

Por sua rentabilidade estar vinculada à vitória do financiado, a prática do *third party funding* costuma ser aplicada em litígios envolvendo alto valor econômico e com mérito consoante ao entendimento dos tribunais, como forma de garantir maior probabilidade de sucesso da empreitada para o financiador.<sup>7</sup>

Deste modo, tem-se uma relação de mútuo benefício entre financiador e financiado<sup>8</sup>, na qual este diminui os custos necessários para resolução do conflito enquanto aquele investe em uma causa com possibilidade de retorno financeiro atrelada unicamente ao deferimento do pleito da parte financiada.

Ainda nas palavras de Engholm<sup>9</sup>:

O financiamento por terceiros é resultante da aplicação de soluções do mercado ao sistema de resolução de controvérsias. Forçoso reconhecer a existência de uma ineficiência do sistema, seja pelos altos custos de se demandar em determinada jurisdição, seja pelo restrito acesso à assistência judiciária gratuita, ou ainda pelo custo de tempo.

6. “The definition of Third-party funding could, of course, be narrowed by adding further requirements, such as (i) the funder has to be a third party to the proceedings (thus excluding lawyers contingency fees or other success oriented fee arrangements; (ii) the funder has to be a professional (thus excluding ad hoc solutions like Money borrowed by Family members); and (iii) the funder is paid a percentage of a favorable award or a cost multiple (thus excluding certain types of insurance products)”. SCHERER, Maxi C. *Third-party funding in international arbitration: towards mandatory disclosure of funding agreements?* Cremades, Bernardo, Dimolitsa, Antonia. *Dossiers -ICC*. Paris, 2013, p. 98.
7. “A atratividade do financiamento de demandas judiciais por fundos e bancos de investimento deriva do fato do resultado do ‘investimento’ não depender de flutuações de mercado, e sim da interpretação dos tribunais acerca do tema”. CARDOSO, *op. cit.*, capítulo 3.2.1, p. 63.
8. “O contrato de TPF realizado por uma instituição especializada consegue gerar ganhos para a parte financiada e também para o investidor. Poder-se-ia inclusive fazer a seguinte comparação: o TPF está para as arbitragens assim como o private equity (PE) e o venture capital (VC) [12] estão para as Startups. Assim como o PE e o VC, o TPF não representa apenas o aporte de recursos financeiros, mas sim de um verdadeiro instrumento de auxílio jurídico, legal e operacional para uma parte que deseja ser financiada — sem assumir o controle das decisões decorrentes da legitimidade processual. O TPF buscará minimizar os riscos de seu investimento, contribuindo com o cliente com esforços comuns para se alcançar o êxito na sentença”. MORAES, Felipe; CUNHA, Heitor Castro. **A possibilidade do financiamento de arbitragem por terceiros**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mar-02/possibilidade-financiamento-arbitragem-terceiros>. Acesso em 06/01/2022.
9. CARDOSO, *op. cit.*, capítulo 3, p. 45.

## Acesso à Justiça

Mauro Cappelletti e Bryant Garth em sua obra “Acesso à justiça”, preceituam acerca das ondas renovatórias de acesso à Justiça. A primeira onda trataria sobre os empecilhos econômicos deste acesso, diante dos quais, ao longo da evolução do sistema judiciário, procurou-se cessar a desigualdade na busca por direitos. Dentre os mecanismos utilizados para isso, surgiu a figura do financiamento de terceiros, o qual representa uma nova concepção que reflete um futuro promissor na forma de interpretar o acesso à Justiça, permitindo que mais pessoas físicas e jurídicas possam entrar com suas demandas e logrem êxito na obtenção de seus direitos, ou, até mesmo, que protejam seu patrimônio como forma estratégica para alcançarem objetivos diversos do da demanda.

Conforme visto anteriormente, uma das vantagens do financiamento de terceiros para a parte litigante é a possibilidade de diminuição de custos para resolução do conflito, tendo em vista serem estes bastante elevados, tanto para processos judiciais quanto para os procedimentos extrajudiciais, como a arbitragem.

A título exemplificativo, levando-se em conta um valor de causa de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), tem-se que: (i) para resolução de disputa no principal tribunal de justiça estadual brasileiro<sup>10</sup>, é necessário o recolhimento de 1% do valor da causa apenas para propor a inicial, ainda sendo necessário o recolhimento de outras custas no decorrer do processo e 4%<sup>11</sup> sobre a causa para a interposição de recurso de apelação; (ii) para resolução de disputa por tribunal arbitral, o valor varia entre R\$ 141.056,91 e R\$ 166.500,00 em algumas das principais câmaras de arbitragem brasileiras<sup>12, 13</sup>.

Deste modo, percebe-se que o montante necessário para satisfação da lide pode representar uma barreira para o acesso à Justiça<sup>14</sup>. Neste sentido, o finan-

10. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/QuemSomos#:~:text=O%20Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20de,mundo%20em%20volume%20de%20processos>. Acesso em 06/01/2022.

11. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/IndicesTaxasJudiciarias/DespesasProcessuais/TaxaJudiciaria>. Acesso em 06/01/2022.

12. Disponível em: <https://camarb.com.br/en/arbitration/table-of-expenses/> e <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/tabela-despesas-calculadora-2017/>. Acesso em 07/12/2021.

13. CAPPELLETTI, MAURO; GARTH, BRYANT. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

14. “[...] Somando-se os custos do litígio (taxa judiciária, custas de apelação, honorários advocatícios, honorários periciais, custos de administração de um procedimento arbitral, honorários dos árbitros etc.) aos custos de tran-

ciamento de terceiros pode servir de solução<sup>15</sup>, uma vez que diminuiria este custo, com uma contrapartida em caso de vitória para a parte que o financia.

Fazendo uma analogia às ondas renovatórias de acesso à Justiça, o financiamento também teria suas “ondas”, a primeira relacionada à prática de *lawsuit advances for tort claims* por empresas terceiras aos litígios com foco em casos individuais de indenização; e a segunda com foco em litígios comerciais entre grandes empresas, demandas de propriedade intelectual, ações coletivas, arbitragens comerciais e arbitragens de investimento. A esse respeito Marcel Engholm versa o seguinte:

Em um primeiro momento, em um movimento que pode ser denominado de ‘primeira onda’ de financiamento por terceiros empresas alheias ao litígio começaram a realizar empréstimos a indivíduos que detinham demandas de indenização (prática denominada de *lawsuit advances for tort claims*). Tal montante era utilizado para o sustento do litigante, que não teria obrigação de devolver o valor a não ser que obtivesse sucesso na demanda, caso em que repassaria a parcela da condenação ao terceiro. [...] Essa prática rapidamente evoluiu para a obtenção de empréstimos para o custeio dos próprios custos do processo e, ainda mais para o custeio a partir de investidores profissionais e sofisticados, o que se pode denominar de ‘segunda onda’ de financiamento por terceiros. da mesma forma como ocorreu a ‘primeira onda’ e com os honorários de êxito, a prática se desenvolveu a partir da percepção de uma deficiência do sistema (a qual, por outro lado, abria oportunidades) e a tentativa de buscar soluções fora do microsistema do Judiciário (em especial, além de reformas na legislação processual, o que seria o caminho mais natural para buscar sanar tais deficiências. a evolução ocorreu também nos tipos de casos financiados enquanto a ‘primeira onda’ investia em casos individuais de indenização, a ‘segunda’ onda expandiu o uso desse mecanismo para litígios comerciais entre grandes empresas, demandas de propriedade intelectual, ações coletivas, arbitragens comerciais e arbitragens de investimento.<sup>16</sup>

sação e ao risco de obtenção de uma decisão desfavorável, percebe-se que litigar é algo extremamente oneroso às partes”, CARDOSO, *op. cit.*, capítulo 3, p. 45-46.

15. “[...], access to arbitration for smaller parties concerned about costs may be facilitated by considering alternative fee arrangements (if available), such as a “success fee” or “conditional fee” structure or engaging a third party funder. While these mechanisms would not prevent costs being awarded against a smaller party if it loses, it would mean that the party’s own legal costs were lower, thus minimizing the overall cost. In addition, a third party funder may well agree to cover any adverse costs award as part of the arrangement. Some funders have indicated their willingness to agree to such terms “. WALTON, John; WILLIAMS, David. A.R. *Costs and Access to International Arbitration*. (2014) 80 *Arbitration*, Issue 4 © Chartered Institute of Arbitrators 2014: 432-442.

16. CARDOSO, *op. cit.*, capítulo 3.2.1, p. 64-65.

## *Litigation Finance* como forma de assegurar a demanda

Em média, uma decisão de segunda instância referente a questões envolvendo sociedades anônimas é proferida em 4 anos, chegando a ter casos em que a duração para a prolação da sentença de primeiro grau foi superior a 10 anos. No caso de questões relacionadas a mercado de capitais, a demora chega a 14 anos<sup>17</sup>. O prolongamento do litígio em sucessivos anos acaba tornando seus custos exorbitantes, tendo em vista a necessidade de pagamento de honorários aos advogados atuantes e custas para o prosseguimento do processo até a resolução da lide. Deste modo, o financiamento torna-se uma alternativa salutar às partes envolvidas.

O *third party funding* possui uma caracterização diferenciada em relação a outros tipos de financiamentos para a demanda, tais como o empréstimo bancário para pagamento de custas. Isto porque é vinculado ao resultado útil de uma demanda:

[...] qualquer auxílio financeiro que se dê ao litigante, cujo retorno esteja atrelado ao resultado de uma demanda, pode ser considerado *third party funding*. Extrai-se daí a primeira característica que o diferencia de figuras afins: a vinculação ao resultado de um processo. Por esse motivo, o financiamento de litígios se assemelha mais a um investimento – cujo retorno depende do sucesso da ação – do que a um simples empréstimo.<sup>18</sup>

O *third party funding* também se diferencia pelo fato de o financiado estar livre de qualquer tipo de ressarcimento ao financiador, independentemente do resultado da controvérsia, o que não ocorre em outras formas de empréstimo.<sup>19</sup>

O financiamento de litígios é um conceito abrangente, não havendo previsão específica quanto à forma que o “empréstimo” se dará, podendo ocorrer de inúmeras maneiras. A solicitação do financiamento não representa necessariamente a impecuniosidade da parte financiada, em alguns casos há o interesse de se manter o fluxo de caixa de uma empresa, por exemplo, ou reter o capital para outros fins, de maneira que este não fique retido com os custos da demanda.

17. *Ibidem*, capítulo 3, p. 46.

18. *Ibidem*, capítulo 3.1, p. 49.

19. “O que diferencia o *third party funding* de um empréstimo é que no empréstimo a parte terá que repagar ao banco o valor investido no final do processo, independentemente de seu resultado. Já no financiamento por terceiros, caso venha a sucumbir, o financiado está livre de qualquer ressarcimento ao financiador” CARDOSO, *op. cit.*, capítulo 3.1, p. 49-50.

Assim, para melhor elucidação da questão, cabe em primeira análise, trazer o conceito de impecuniosidade. Para Emmanuel Gaillard, o conceito de “impecuniosidade” se difere do de “insolvência” pois: “*while the bankruptcy of a party can be easily assessed on an objective and legal level, ‘impecuniosity’ appears on a more subjective and factual level*”<sup>20</sup>.

Ainda se tratando de impecuniosidade, mas no que concerne o procedimento arbitral, em específico, Thiago Dias Delfino Cabral faz a seguinte análise<sup>21</sup>:

Conquanto a análise econômica da arbitragem demonstre que esse mecanismo não é necessariamente caro, os valores necessários para a instauração e prosseguimento da arbitragem podem impedir a utilização desse mecanismo por pessoa que tenha celebrado convenção de arbitragem. Isso porque, em decorrência de fatores supervenientes, uma pessoa pode ser privada de recursos financeiros para iniciar ou prosseguir com um procedimento arbitral. Trata-se, aliás, de situação mais comum do que se pode imaginar, tendo em vista que, constantemente, surgem crises econômicas que impactam todas as pessoas, sejam físicas ou jurídicas. Essa situação é caracterizada por um termo genérico, qual seja ‘impecuniosidade’.

A respeito da solicitação de financiamento, Caroline Kenny fundamenta:

*Third-party funding arrangements vary enormously. The traditional notion of a third-party funding agreement involves a funder that is unrelated to a dispute providing financial assistance to a claimant in return for a share in the claim proceeds, where a claimant otherwise lacks the financial resources to pursue the claim. However, third party funding can also be used as a risk management tool. In particular, the third-party funder might agree to indemnify the claimant against all adverse cost orders, even orders to pay the costs of the respondent. In such an arrangement, the third-party funder ‘shares the pain of the funded party when it loses its case’. Some third-party funding agreements focus exclusively on insuring against the risk of adverse costs orders, others provide funding in the absence of such insurance. Others still address both concerns simultaneously. It is now also common for funding arrangements to cover the potential windfalls and losses of a portfolio of cases.*<sup>22</sup>

20. “Embora a falência de uma parte possa ser facilmente avaliada sob um nível objetivo e legal, a “impecuniosidade” surge em nível mais subjetivo e factual”. (Nossa tradução) GAILLARD, *op. cit.*, nota 254, p.69.
21. CABRAL, Thiago Dias Delfino. **Impecuniosidade e Arbitragem**: Uma análise da Ausência de Recursos Financeiros para instauração do Procedimento Arbitral. São Paulo: Quartier Latin, 2019, capítulo 3, p. 77-78.
22. “Os acordos de financiamento de terceiros variam enormemente. A noção tradicional de acordo de financiamento celebrado com terceiros envolve um financiador que não está relacionado com um litígio relativo à prestação de assistência financeira a um requerente em troca de uma parte do produto do pedido, quando o requerente não dispõe de recursos financeiros para prosseguir o pedido. No entanto, o financiamento de terceiros também pode ser usado como uma ferramenta de gestão de risco. Em especial, o terceiro financiador poderá concordar em indenizar o requerente por todas as custas judiciais, incluindo as despesas da parte demandada. Em tal arranjo, o financiador terceirizado compartilha a dor do partido financiado quando ele perde seu caso’. Alguns acordos de financiamento de terceiros se concentram exclusivamente no seguro contra o risco de custos adversos, outros fornecem financiamento na ausência de tal seguro. Outros ainda abordam ambas as preocu-

Algumas previsões contratuais, especialmente no caso de partes com pouca liquidez para pagamento das custas de demandas arbitrais seriam:

*[...], access to arbitration for smaller parties concerned about costs may be facilitated by considering alternative fee arrangements (if available), such as a “success fee” or “conditional fee” structure or engaging a third-party funder. While these mechanisms would not prevent costs being awarded against a smaller party if it loses, it would mean that the party’s own legal costs were lower, thus minimizing the overall cost. In addition, a third-party funder may well agree to cover any adverse costs award as part of the arrangement. Some funders have indicated their willingness to agree to such terms.*<sup>23</sup>

Importante destacar alguns dos fatores que os *funders* levam em consideração na hora de escolher um procedimento como investimento. Dentre eles estão alguns que podemos considerar como basilares nesta conjuntura de análise e escolha, tais quais: 1- A condenação em pecúnia; 2- o valor do retorno ser superior ao valor do investimento; 3- a parte adversa ser solvente; 4- razoável expectativa de êxito da demanda.<sup>24</sup>

Ressalta-se assim que o acordo mais idôneo seria aquele no qual o financiador goza apenas do direito de receber os proveitos econômicos oriundos da demanda, não fazendo uso, no entanto, do direito material *per se*<sup>25</sup>, ou seja,

pações simultaneamente. É agora também comum para os acordos de financiamento para cobrir os ganhos e perdas potenciais de uma carteira de casos”. (Nossa tradução) KENNY, Caroline. *‘A Comparison of Singapore and Hong Kong’s Third-Party Funding Regimes to England and Australia’*. *Arbitration: The Int’l J. of Arb., Med. & Dispute Mgmt* 87, no. 2 (2021): 170–190

23. WALTON, John; WILLIAMS, David. *A.R. Costs and Access to International Arbitration*. (2014) 80 *Arbitration, Issue 4* © *Chartered Institute of Arbitrators* 2014: 432-442.
24. “Requisitos gerais mínimos para que uma causa tenha um financiador: (i) demanda condenatória em pecúnia, (ii) expectativa de retorno maior que o investido, (iii) solvabilidade da parte adversa, (iv) razoáveis chances de êxito. O valor da causa costuma ser de no mínimo US \$1 Milhão.” CARDOSO, *op. cit.*, capítulo 3.1.1, p. 50-51.
25. “Considerando-se como financiamento de litígios qualquer auxílio econômico dado à parte que litigar e cujo retorno esteja vinculado ao sucesso da demanda, diversas serão as figuras de direito material que podem ser usadas, destacando-se entre elas, a cessão de crédito e a sociedade em conta de participação como aquelas que mais se amoldam às características e objetivos do financiamento por terceiros. A posição do financiador no processo dependerá da figura direito material utilizado, e, nas figuras indicadas neste estudo como mais adequadas, o financiador não se torna titular da relação jurídica de direito material, não sendo possível integrá-lo como parte. sua posição particular não permite intervenções coatas, admitindo-se sua participação apenas como assistente simples ou amicus curiae, casos em que não está sujeito a coisa julgada material. A posição do financiador terá consequências práticas, em especial, a possibilidade de ser integrado ao polo passivo na execução, a possibilidade de mover ação autonomamente e o risco de ser responsabilizado pelos custos de sucumbência. [...] chega-se à conclusão de que o financiador não pode ser executado, tampouco exequente, salvo caso de substituição processual voluntária. Quanto a responsabilidade pela sucumbência, viu-se que a tendência nos países onde a prática do financiamento por terceiros é mais desenvolvida é atribuir tais custos ao fornecedor apenas quando este exercer um controle substancial sobre a demanda. Nesse ponto a Inglaterra possui uma posição particular e sólida no sentido de considerar o financiador como responsável pelos custos de sucumbência até o limite do valor investido, mas tal é um reflexo das particularidades do sistema jurídico inglês que atribui grande discricionariedade ao magistrado na definição da extensão do ressarcimento e do sujeito responsável, podendo este ser inclusive um terceiro, tal posição não se adequa ao direito brasileiro, que não confere discricionariedade

o financiado continua a ser o legitimado da matéria da demanda. Portanto, o financiador só responde no limite da quantia a que deu azo no contrato de financiamento<sup>26</sup>.

No entanto, faz-se importante a salvaguarda:

[...] uma das causas para a expansão do uso de financiamento de terceiros pode ser a ausência de regulação sobre o tema, garantindo-lhes maior liberdade de atuação. De fato, [...] a atividade do financiamento de litígios por terceiro não possui normas cogentes específicas. Contudo, seria equivocados concluir que a atividade do financiador é absolutamente livre de regras. Logo, devem ser levadas em conta as regulações específicas do tipo societário utilizado pelo financiador, as quais, essas sim, são cogentes.<sup>27</sup>

### O procedimento arbitral e o *third party funding*

O procedimento arbitral é conhecido por ser um procedimento “artesanal”, moldado de acordo com a vontade das partes a qual a expressão se dá pelo compromisso arbitral, entre um dos fatores que favorecem a adoção do procedimento arbitral está em que “[o] custo esperado de recorrer ao Judiciário (ou outra forma de resolução de disputas) não depende apenas das taxas a pagar, de despesas incorridas durante o processo [...] Existe também o custo do tempo, das incertezas, da falta de expertise dos julgadores [...]”<sup>28</sup>.

O procedimento arbitral possui inúmeras benesses, no entanto incorre em inúmeras custas, sendo por vezes inacessível a algumas partes que querem submeter o litígio à via arbitral ou àquelas que já tendo a ela submetido seu litígio anteriormente, se vejam diante de uma mudança em seu cenário financeiro.

Diante desse tipo de situação, o *third party funding* pode servir como uma solução viável, fazendo com que o procedimento arbitral seja um método de resolução aplicável à lide. A *IBA Guidelines of Conflicts of Interest in International Arbitration* de 2014, em seu item 6(b) define o financiamento de terceiros da seguinte forma:

semelhante ao magistrado, estando os critérios - tanto da intenção quanto da definição do sujeito é responsável - previstos expressamente na legislação processual.” CARDOSO, *op. cit.*, capítulo 4.4, p. 184-185.

26. “O acordo ideal de financiamento por terceiros transfere ao financiador apenas o direito ao recebimento dos frutos econômicos do litígio, mas não o direito substancial em si. Logo, o financiado permanece o titular do direito material, e, portanto, a parte legítima para postular em juízo. Igualmente, não sendo o financiador parte (substancial ou processual), não poderia ser responsabilizado por nenhuma quantia além daquela já adiantada para o pagamento de custos(...)”. *Ibidem*, capítulo 3.3.1, p. 79.

27. *Ibidem*, capítulo 3.2.2, p. 65-66.

28. *Ibidem*, capítulo 3, p. 45.

*Third-party funders and insurers in relation to the dispute may have a direct economic interest in the award, and as such may be considered to be the equivalent of the party. For these purposes, the term 'third party funder' and 'insurer' refer to any person or entity that is contributing funds, or Other material support to the prosecution or defense of the case and that has a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in arbitration.*<sup>29</sup>

Entretanto, uma das consequências da adoção de um financiamento de terceiro em um litígio submetido ao procedimento arbitral refere-se ao possível conflito de interesse resultante desta relação. Neste sentido, como visto à priori, a falta de regulação própria referente ao *third party funding* em um número considerável de jurisdições faz com que sejam expedidas recomendações das câmaras arbitrais para solução deste ponto controverso. Neste diapasão, Engholm afirma: “O Financiamento é uma ferramenta para possibilitar o acesso à ordem jurídica justa. Portanto, a quebra de sigilo eventualmente existente entre financiado e a parte adversa é justificada, eximindo-o de eventual responsabilidade por violação à obrigação de confidencialidade”<sup>30</sup>.

Ao tratar especificamente do *third-party funding*, a IBA guidelines, em seu princípio 6(b), assumiu uma postura vanguardista ao equiparar o *fundo* à parte litigante para efeitos de análise de conflitos de interesse. A IBA justifica tal postura argumentando que os *funders* podem ter *controlling influence*, bem como interesse econômico direto na demanda e, em detrimento disso, devem ser considerados equivalentes às partes<sup>31</sup>. Em seu princípio de número 7(a), a IBA também estabelece que “a parte deve revelar ‘ao árbitro, ao tribunal arbitral, às outras partes [...] qualquer relação, direta ou indireta, entre o árbitro e a parte (ou outra empresa do mesmo grupo, ou um indivíduo que exerça controle e sobre a parte na arbitragem)’. Ao final, o Princípio 7(a) estende tal dever de revelar às relações entre ‘o árbitro e qualquer pessoa ou entidade com interesse econômico direto [...] no resultado a ser processado na arbitragem’. Desse

29. “Financiadores e seguradoras terceirizados em relação ao litígio podem ter um interesse econômico direto na concessão, e como tal podem ser considerados o equivalente da parte. Para estes fins, o termo ‘financiador de terceiros’ e ‘segurador’ referem-se a qualquer pessoa ou entidade que está contribuindo fundos, ou Outro apoio material para a acusação ou defesa do caso e que tem um interesse econômico directo em, ou um dever de indenizar uma parte por, a sentença a ser proferida em arbitragem”. *Ibidem*, capítulo 5.3, p. 204-205.

30. *Ibidem*, capítulo 5.3, p. 212.

31. ROCHA, Derick de Mendonça. Arbitragem e *third-party funding*: aspectos relacionados à arbitragem societária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 94-95.

modo, as *guidelines* estabelecem que as partes devem fazer essas revelações o mais cedo possível”<sup>32</sup>.

Exemplificativamente, a CAM-CCBC, por meio da Resolução Administrativa nº 18/2016, recomenda que as partes informem à câmara a existência de financiamento de terceiro, constando a qualificação completa do financiador, para posterior checagem de conflito pelos árbitros.<sup>33</sup>

Segundo a Nota da CCI às partes e aos tribunais arbitrais, de 2016, item III.A, § 24, sobre procedimentos que operam por suas normas: “*Relationships between arbitrators, as well as relationships with any entity having a direct economic interest in the dispute or an obligation to indemnify a party for the award, should also be considered in the circumstances of each case*”<sup>34</sup>. Segundo Ana Elisa Perez, o novo Regulamento da CCI, “possibilita que o terceiro interessado solicite sua adesão ao procedimento mesmo depois da confirmação ou da nomeação de algum dos árbitros”. Para tanto, é preciso que: (i) o tribunal arbitral, considerando todas as circunstâncias do caso concreto, concorde com tal inclusão e (ii) o terceiro aceite a constituição do tribunal assim como manifeste sua concordância com a ata de missão. Esta dinâmica traz maior flexibilização em comparação à regra anterior, na qual nenhum terceiro poderia participar do procedimento após a confirmação ou nomeação de qualquer um dos árbitros (salvo casos em que todas as partes concordassem com a inclusão). Por outro lado, é certo que a disposição deverá ser utilizada com cautela, de modo a permitir somente a inclusão de terceiros que tenham de fato relação direta com o litígio discutido. Essa disposição decorre especialmente da difusão, no âmbito internacional, do *third party funding*, ou financiamento de terceiros, que permite que o terceiro (parte

32. *Ibidem*, p. 95.

33. “Artigo 3º – A presença de um terceiro financiador pode gerar uma dúvida razoável sobre a imparcialidade ou independência dos árbitros, em razão de possível relacionamento prévio ou atual entre o árbitro e o terceiro financiador.

Artigo 4º – *A fim de evitar possíveis conflitos de interesse, o CAM-CCBC recomenda às partes que informem a existência de financiamento de terceiro ao CAM-CCBC na primeira oportunidade possível. Na referida informação deverá constar a qualificação completa do financiador.*

Artigo 5º – De posse desta informação, o CAM-CCBC convidará os árbitros a procederem à checagem de conflito e revelarem qualquer fato que possa gerar uma dúvida justificável sobre sua independência e imparcialidade. A informação sobre financiamento de terceiro também será fornecida à parte contrária”. Disponível em: [34. CCI, Nota às partes e tribunais arbitrais sobre a condução da arbitragem de acordo com as regras do Icc, 2016, item III.A, § 24. “As relações entre árbitros, bem como as relações com qualquer entidade que tenha um interesse econômico direto na disputa ou uma obrigação indenizadora uma parte pela sentença, também devem ser consideradas nas circunstâncias de cada caso”. CARDOSO, \*op. cit.\*, capítulo 5.3, p. 201-202.](https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-18-2016-financiamento-de-terceiros-em-arbitragens-cam-ccbc/#:~:text=O%20objetivo%20desta%20recomenda%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9,pelo%20CAM%20CCBC%20nesta%20hip%C3%B3tese. Acesso em 15/11/2021.</a></p></div><div data-bbox=)

sem envolvimento material no conflito) financie os custos do procedimento para uma das partes. Nessa perspectiva, a disposição impede que tais financiadores, porventura, tentem adentrar ao procedimento como parte, evitando não só tumultos e como também a inserção de terceiros que não possuem qualquer relação material com o conflito<sup>35</sup>.

Caroline Jenny argumenta:

*One of the biggest concerns associated with third-party funding is that funders will craft agreements which grant them control over decisions about the conduct of the litigation. This is said to pervert the course of justice where the funder's interests diverge from the claimant. On the other hand, commentators point to the consensual nature of arbitration to justify a party's ability to consent to varying levels of control by the funder. The 2018 ALF Rules stipulate that third-party funders must not seek to influence the party's representation or attempt to control the proceedings. Nonetheless, funding arrangements can provide for the funder to have input in settlement decisions. However, any dispute between a funder and a party is to be resolved by a binding opinion from a Queens' Counsel. By contrast, the 2019 ALFA Guidelines only require a third-party funder to not cause the party's solicitor or barrister to breach their ethical duties. This split reflects a perception that the Australian common law due process restrictions on valid third-party funding arrangements are less hostile to the funder taking control of the conduct of the proceedings than the English common law. However, recent comments by Tomlinson LJ suggested that 'rigorous analysis of law, facts and witnesses, consideration of proportionality and review at appropriate intervals' are actions which are 'expected of a responsible funder' and do not interfere with the administration of justice. The Hong Kong Code provides that the funding agreement must establish that the third-party funder cannot influence the funded party or its lawyers to 'give control or conduct of the arbitration to the third-party funder except to the extent permitted by law'. It also includes an obligation not to incite breaches of professional duties. The Singapore Regulations are silent on the issue, and the Legal Profession Rules' provisions do not directly address the issue of control by a third-party funder, save for an overarching principle that legal practitioners must assist in the administration of justice.<sup>36</sup>*

35. Perez, Ana Elisa. CCI Tem novas regras de arbitragem. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depe-so/340035/ci-tem-novas-regras-de-arbitragem>. Acesso em 06/01/2022.

36. "Uma das maiores preocupações associadas com o financiamento de terceiros é que os financiadores irão elaborar acordos que lhes concedem o controle sobre as decisões sobre a condução do litígio. Isto é dito para perverter o curso da justiça onde os interesses do financiador divergem do requerente. Por outro lado, os comentaristas apontam para a natureza consensual da arbitragem para justificar a capacidade de uma parte de consentir em diferentes níveis de controle por parte do financiador. As Regras da ALF de 2018 estipulam que os financiadores terceiros não devem procurar influenciar a representação do partido ou tentar controlar o processo. No entanto, os acordos de financiamento podem prever que o financiador tenha participação nas decisões de liquidação. No entanto, qualquer disputa entre um financiador e uma parte deve ser resolvida por um parecer vinculativo do Conselho do Queens. Por outro lado, as Diretrizes da ALFA de 2019 exigem apenas que um terceiro financiador não faça com que o advogado ou advogado do partido viole seus deveres éticos. Esta divisão reflete a percepção de que as restrições do processo legal australiano sobre acordos de financiamento de terceiros válidos são menos hostis para o financiador assumir o controle da condução do processo do que a lei comum inglesa. No entanto,

Para John Walton e David Williams:

*Most known cases of third-party funders concern investment treaty arbitrations (which are more likely to be public), but third-party funding appears to be growing in commercial arbitration as well, albeit that the confidential nature of these awards makes it less easy to quantify. There exist a number of major third-party funding corporations who are willing to fund international arbitration. Whether these funding arrangements are legal once again depends upon the relevant jurisdiction. However, if litigation funding is acceptable for court proceedings, there appears to be no reason in principle why participants in arbitration cannot take advantage of the technique. Parties will need to be careful in jurisdictions such as New Zealand where the tort of champerty<sup>37</sup> still exists, but this does not mean that third-party funding is unavailable. For example, although litigation funding has traditionally been frowned upon by the courts in New Zealand, recent decisions have clarified that such funding does not contravene champerty and maintenance provided certain criteria are fulfilled (the party has an arguable case, no abuse of process has occurred and the funding proposal is approved by the courts). The question as to whether a third-party funding arrangement for an international commercial arbitration would require court approval remains open.<sup>38</sup>*

observações recentes de Tomlinson LJ sugeriram que factos e testemunhas, consideração da proporcionalidade e revisão a intervalos adequados são ações que se esperam de um financiador responsável e não interferem com a administração da justiça. O Código de Hong Kong prevê que o acordo de financiamento deve estabelecer que o terceiro financiador não pode influenciar a parte financiada ou seus advogados a dar o controle ou a conduta da arbitragem ao terceiro financiador, exceto na medida permitida por lei. Inclui também a obrigação de não incitar à violação de deveres profissionais. Os Regulamentos de Singapura são omissos sobre a questão, e as disposições das Regras da Profissão Legal não abordam diretamente a questão do controle por um financiador de terceiros, exceto por um princípio abrangente de que os profissionais da justiça devem ajudar na administração da justiça”. KENNY, *op. cit.*

37. Trata-se de um conceito atrelado à noção de *maintenance*, ambos provenientes do direito inglês, onde foram tecnicamente superados. *Maintenance* é a intervenção de um terceiro não interessado no prosseguimento de uma demanda. Neste sentido, *champerty* seria um tipo de *maintenance* cuja participação deste terceiro é motivada por um recebimento em pecúnia resultante do sucesso da demanda: “*The doctrine of maintenance is an invention which was directed against wanton and officious intermeddling with the disputes of others in which the intermeddler has no interest whatever, and where the assistance rendered is without justification or excuse. Champerty, on the other hand, is an aggravated form of maintenance, the distinguishing feature of which being unenforceable on the grounds of public policy. Criminal and tortious liability for champerty and maintenance has since been abolished in England, although the doctrines continue to survive in respect of the litigation of contractual claims albeit that their strength has been eroded over the years*”. JERN-FEI Ng, “The Role of the Doctrines of Champerty and Maintenance in Arbitration”, (2010), 76, *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Issue 2, pp. 208-213, Disponível em : <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Arbitration:+The+International+Journal+of+Arbitration,+Mediation+and+Dispute+Management/76.2/AMDM2010028>. Acesso em 22/06/2022.
38. “A maioria dos casos conhecidos de financiadores de terceiros dizem respeito a arbitragens de tratados de investimento (que são mais propensos a serem públicas), mas o financiamento de terceiros parece estar crescendo em arbitragem comercial também, embora a natureza confidencial desses prêmios torne menos fácil de quantificar. Existe uma série de grandes corporações financiadoras terceirizadas que estão dispostas a financiar a arbitragem internacional. Se estes acordos de financiamento são legais, mais uma vez depende da jurisdição relevante. No entanto, se o financiamento de litígios é aceitável para processos judiciais, não parece haver razão, em princípio, para que os participantes na arbitragem não possam tirar partido da técnica. As partes terão de ter cuidado em jurisdições como a Nova Zelândia, onde o delito de *champerty* ainda existe, mas isso não significa que o financiamento de terceiros não está disponível. Por exemplo, embora o financiamento de litígios tenha sido tradicionalmente desaprovado pelos tribunais da Nova Zelândia, decisões recentes esclareceram que esse financiamento não viola a *champerty* e a manutenção, desde que certos critérios sejam cumpridos (a parte tem um caso discutível, nenhum abuso de processo ocorreu e a proposta de financiamento é aprovada pelos tribunais).

Derrick de Mendonça Rocha traz o seguinte entendimento:

À luz do entendimento de Collin Flake, a autonomia é a pedra angular da arbitragem; no entanto, alguns *third-party funders* têm a tendência de interferir no controle de seus clientes sobre a demanda, principalmente em se tratando de alguma decisão estratégica, a fim de proteger seu investimento. Para esses *funders*, ter algum tipo de controle sobre a condução do case pode ser um grande diferencial para o resultado final. Atualmente, não há um padrão tampouco uma resposta unificada ao problema, nem sequer sobre qual seria o limite razoável de controle do *funder* em uma disputa. Em termos de “regulação” da matéria, o que temos se resume ao ‘*Code of Conduct for Litigation Funders*’, da ALF, que veda o controle da causa pelo *funder*, nos termos da Cláusula 9.3. Entretanto, esse código de conduta só se aplica aos *funders* que a ele aderirem, e territorialmente se limita aos financiamentos de disputas na Inglaterra e no País de Gales, nos termos da sua Cláusula 1<sup>o</sup>.<sup>39</sup>

Ainda a esse respeito se elucida o exposto:

*The authors are of the opinion that the existence of third-party funding as well as the identity of the funder should mandatorily be disclosed as it increases transparency in the process and also reduces the risk of conflicts of interest. This makes the entire arbitration process more robust and enhances confidence in the process. It is also essential that there is a mandatory disclosure of the identity of the funder since a failure to disclose could mean a risk that court may set aside the award or deny its enforcement on the ground that there was an undisclosed conflict.*<sup>40</sup>

### Implicações na adoção do *Third Party Funding*

A utilização de um *funder* pode significar uma diminuição do impacto de custas sucumbenciais em caso de perda do litígio, a depender da jurisdição. Como exemplo, no Reino Unido, em *Arkin vs. Borchard*<sup>41</sup>, houve a condenação do *funder* em *adverse costs* correspondentes ao montante investido no litígio. Este precedente ficou conhecido como “*Arkin Cap*”. Recentemente decidiu-se

A questão de saber se um acordo de financiamento de terceiros para uma arbitragem comercial internacional exigiria a aprovação do tribunal continua em aberto”. WALTON; WILLIAMS, *op. cit.*

39. ROCHA, Derrick de Mendonça. **Arbitragem e *third-party funding***: aspectos relacionados à arbitragem societária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 60-61.
40. “Os autores são da opinião de que a existência de financiamento de terceiros, bem como a identidade do financiador deve obrigatoriamente ser divulgada, uma vez que aumenta a transparência no processo e reduz o risco de conflitos de interesses. Isso torna todo o processo de arbitragem mais robusto e aumenta a confiança no processo. É também essencial que haja uma divulgação obrigatória da identidade do financiador, uma vez que a falta de divulgação pode significar um risco de que o tribunal pode anular a sentença ou negar a sua aplicação com o fundamento de que houve um conflito não revelado”. KUMAR, Srishti; PRATAP Singh, *Raghvendra*. “*Transparency and Confidentiality in International Commercial Arbitration*”. *Arbitration: The Int’l J. of Arb., Med. & Dispute Mgmt* 86, no. 4 (2020): 463–481.
41. Disponível em: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2005/655.html>. Acesso em 17/12/2021.

que não se trata de regra absoluta<sup>42</sup>, podendo ser o *funder* condenado a pagar *adverse costs* além do limite investido, a depender da discricionariedade da corte.

Neste sentido, a celebração de um LFA pode ser uma interessante opção para redução de custos e uma estipulação de delimitação da responsabilidade do *funder*, este também pode se resguardar do pagamento de *adverse costs* contratando um seguro do tipo ATE<sup>43</sup> (ou “*After the event insurance*”), cujo propósito é cobrir eventuais custas provenientes da perda da causa<sup>44</sup>.

A decisão acerca do nível de controle do *funder* sobre a demanda deve ser fruto das negociações do contrato, sendo, portanto, uma prerrogativa das partes. O contrato deve refletir da melhor e mais clara forma, (preferencialmente de forma expressa), as matérias sobre as quais o *funder* teria ou não a última palavra<sup>45</sup>. O contrato deve exprimir de igual forma acerca do direito de retirada:

dependendo dos termos e condições do contrato de financiamento, a retirada do *funder* de maneira unilateral pode causar prejuízos incalculáveis, inclusive impossibilitará a parte de continuar no litígio. Sendo assim, consideramos que as partes devem tratar acerca dessa matéria de maneira clara e detalhada na formulação do contrato de financiamento. Em nossa opinião, contudo, o ideal seria que, após o início do financiamento, o *funder* fosse obrigado a continuar até o final do litígio.<sup>46</sup>

Os possíveis conflitos de interesse que podem surgir em decorrência de TPEA podem ser sanados pela simples requisição de seu *disclosure*<sup>47</sup>. Já no tocante ao direito de retirada, levando-se em consideração a natureza do *third-party funding*, bem como a promoção do acesso à Justiça, o montante já despendido

42. “*That debate has now been settled by the Court of Appeal’s decision in Chapelgate Master Fund Opportunity Ltd v Money, which confirmed that the Arkin cap is not a binding rule; so, in other words, is not a cap at all. The court retains a broad discretion as to the extent to which a funder should be liable for adverse costs. In exercising that discretion it can take into account a range of factors, including but not limited to the amount of funding put into the case*”. Disponível em: <http://disputeresolutionblog.practicallaw.com/funders-liability-for-adverse-costs-scraping-the-cap/>. Acesso em 17/12/2021.

43. “[...] Consideramos outra boa prática na elaboração de um LFA a especificação do limite da responsabilidade de um *funder* quanto aos custos de um processo arbitral, incluindo os *adverse costs*. Caso não haja previsão de cobertura desses custos, uma solução que pode ser aventada é relacionar o contrato de financiamento com um de seguro do tipo *after-the-event insurance (ATE)*”. ROCHA, *op. cit.*, p. 57-59.

44. “*After the event insurance. Insurance which is taken out after the event which is the subject matter of legal proceedings, to cover some or all of the potential costs liabilities in those proceedings (particularly if the case is lost)*”. Disponível em: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-205-5100?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-205-5100?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true), acesso em 06/01/2022.

45. ROCHA, *op. cit.*, p. 65

46. *Ibidem* p. 53

47. *Ibidem*, p. 100

durante o procedimento arbitral pelo *funder* não deveria ser ressarcido em caso de retirada, pois isto inclusive pode representar um desincentivo à prática<sup>48</sup>.

No entanto, se algum *funder* porventura se utilizar abusivamente da sua condição de financiador para incentivar demandas infundadas contra algum concorrente, visando unicamente a prejudicá-lo ou a se beneficiar em seu detrimento, poderia se atribuir uma interpretação elástica ao termo *sham litigation* para seu enquadramento, de forma que tanto a parte financiada como o *funder* poderiam ser responsabilizados.<sup>49</sup>

### Perspectivas sobre o *Third Party Funding* no Brasil

A doutrina majoritária no Brasil é a favor da revelação do financiamento às demais partes da lide, isto porque baseamos nossa base contratual no princípio da boa-fé objetiva, presente no Artigo 422 do Código Civil. No entanto tal posicionamento é controvertido no que tange ao procedimento arbitral, haja vista que, estando a arbitragem devida e legitimamente instaurada, as partes atribuem aos árbitros poder jurisdicional sobre a controvérsia. Apesar da origem contratual, o escopo da arbitragem é o desenvolvimento de um processo e o alcance de uma decisão final válida e executável sobre a disputa. Assim, parece ser equivocada a aplicação do Artigo 422 para justificar a criação de um dever da parte de revelar o financiamento.<sup>50</sup>

Segundo explica o jurista Freddie Didier Jr., é admitida a chamada “legitimação extraordinária negocial”, que consiste na transferência a terceiro da legitimidade *ad causam* por meio de um negócio jurídico processual. Ou seja, não haveria limite legal ao nível de controle que um *funder* poderia ter em decorrência de um *agreement*, podendo inclusive este tornar-se parte no procedimento arbitral. O doutrinador defende a aplicação analógica de algumas regras relativas à cessão de crédito (arts. 286 a 296, do Código Civil brasileiro). Entretanto é importante ressaltar que o tema ainda não foi enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça, possivelmente porque tais “negócios jurídicos”, dentre eles o *third party funding*, são pouco usuais e não possuem regulação específica.<sup>51</sup>

48. *Ibidem*, p. 54-55

49. *Ibidem*, p. 125

50. CARDOSO, *op. cit.*, capítulo 5.3, p. 206-207.

51. ROCHA, *op. cit.*, p. 67-68.

Tanto na legislação brasileira quanto na legislação portuguesa, já há o entendimento no sentido de que o compromisso arbitral celebrado não é *intuitu personae*, havendo situações em que é admissível estender a eficácia da convenção de arbitragem a alguém que não a subscreveu, como na cessão da posição contratual e na cessão de crédito, desde que haja anuência (tácita ou expressa) do cessionário. Diante disso, é possível observar situações em que o *funder* pode figurar como parte em uma demanda arbitral, mesmo não sendo uma prática ou interesse comum entre os *funders*.<sup>52</sup>

Em relação ao direito brasileiro, a atividade de financiamento de litígios realizada por fundos de investimento é considerada uma operação própria do mercado de capitais, visto que o financiador atua como um intermediário entre os investidores e o litigante ou, entre o capital e a pretensão da lide. Portanto, por estar inserido no mercado de capitais, segue as regulações da Comissão de Valores Mobiliários, em especial a Instrução nº 444, de 2006. Esta instrução instituiu os Fundos de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados (FIDC-NP) e é fruto da decisão do Colegiado da CVM no PAS CVM nº RJ 2004/5178.<sup>53</sup>

O *third party funding* é um instituto pouco conhecido e utilizado na realidade brasileira, mas que poderia representar um avanço em nosso sistema de resolução de litígios, no entanto, talvez seja necessária a implementação de uma instrução normativa pela CVM a fim de regulamentar o Instituto e deixá-lo mais seguro e tangível às partes. Há a necessidade de igual forma, de um entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça para que os próximos passos possam ser dados e assim, o instituto seja mais bem difundido.

A popularização do instituto representará uma mudança por igual, na forma como o acesso à Justiça de “institutos especiais”, como a arbitragem, se dá possibilitando que mais pessoas façam uso do procedimento arbitral, popularizando-o e, por conseguinte, aliviando nosso sistema judiciário, que já se encontra tão moroso e asoerbadado.

52. *Ibidem*, p. 69

53. CARDOSO, *op. cit.*, capítulo 3.2.2, p. 65-66.

## Considerações Finais

O financiamento por terceiros é um instituto já utilizado em muitos países, porém levanta muitas controvérsias quanto à sua aplicabilidade, pois cada país tem sua disposição em seu ordenamento interno, podendo alguns ordenamentos interpretarem o instituto como “*champerty*” em determinados casos. No entendimento da CCI e das IBA *Guidelines*, o melhor em qualquer tipo de caso é o *disclosure* das partes envolvidas quanto ao financiamento recebido.

O Brasil, por interpretar o instituto como atinente aos mercados capitais, adota que a competência no controle do instituto se daria pela Comissão de Valores Imobiliários, no entanto, o instituto é pouco usual e não endereçado pelo Superior Tribunal de Justiça, fazendo-o um procedimento pouco difundido na busca pelo acesso à justiça.

O instituto por si só traria grande avanço para o judiciário brasileiro e na difusão das ADR’s (Alternative Dispute Resolutions), como a Arbitragem, instituto já tão conhecido, mas que ainda não encontra o devido lastro por ser tão custoso. O *third party funding* é uma concepção vanguardista que tem muito a oferecer como forma de investimento, mas que ainda por falta de força normativa e posições claras dos órgãos de controle, se torna incipiente e pouco difundido.

## Referências

CABRAL, Thiago Dias Delfino. **Impecuniosidade e Arbitragem**: Uma análise da Ausência De Recursos Financeiros para instauração do Procedimento Arbitral. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

CARDOSO, Marcelo Carvalho Engholm. **Arbitragem e Financiamento por Terceiros**. 1. ed. São Paulo: Editora Almedina, 2020.

GAILLARD, Emmanuel. **Aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international**. Haia: ADI-Poche, 2008.

KENNY, Caroline. A Comparison of Singapore and Hong Kong’s Third-Party Funding Regimes to England and Australia. **Arbitration**: The Int’l J. of Arb., Med. & Dispute Mgmt 87, no. 2 (2021).

KUMAR, Srishti; PRATAP SINGH, Raghvendra. ‘Transparency and Confidentiality in International Commercial Arbitration’. **Arbitration**: The Int’l J. of Arb., Med. & Dispute Mgmt 86, no. 4 (2020).

MORAES, Felipe. Cunha, Heitor Castro. **A possibilidade do financiamento de arbitragem por terceiros**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mar-02/possibilidade-financiamento-arbitragem-terceiros>. Acesso em 06/01/2022.

PEREZ, Ana Elisa. CCI **Tem novas regras de arbitragem**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/340035/cci-tem-novas-regras-de-arbitragem>. Acesso em 06/01/2022.

ROCHA, Derick de Mendonça. **Arbitragem e *third-party funding***: aspectos relacionados à arbitragem societária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SCHERER, Maxi C. **Third-party funding in international arbitration: towards mandatory disclosure of funding agreements?** Cremades, Bernardo, Dimolitsa, Antonia. Dossiers -ICC. Paris, 2013.

WALTON, John. Williams, David. A.R. Costs and Access to International Arbitration. (2014) 80 **Arbitration, Issue 4** © **Chartered Institute of Arbitrators**, 2014

<http://disputeresolutionblog.practicallaw.com/funders-liability-for-adverse-costs-scraping-the-cap/>. Acesso em 17/12/2021.

<https://camarb.com.br/en/arbitration/table-of-expenses/> e <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/tabela-despesas-calculadora-2017/>. Acesso em 07/12/2021.

<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-18-2016-financiamento-de-terceiros-em-arbitragens-cam-ccbc/#:~:text=O%20objetivo%20desta%20recomenda%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9,pelo%20CAM%20DCCBC%20nesta%20hip%C3%B3tese>. Acesso em 15/11/2021.

[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-205-5100?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-205-5100?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true). Acesso em 06/01/2022.

<https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2005/655.html>. Acesso em 17/12/2021.

<https://www.tjsp.jus.br/IndicesTaxasJudiciarias/DespesasProcessuais/TaxaJudiciaria>. Acesso em 06/01/2022.

<https://www.tjsp.jus.br/QuemSomos#:~:text=O%20Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20de,mundo%20em%20volume%20de%20processos>. Acesso em 06/01/2022.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

JERN-FEI, Ng. **The Role of the Doctrines of Champerty and Maintenance in Arbitration**, (2010), 76, *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Issue 2, pp. 208-213, Disponível em : <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Arbitration:+The+International+Journal+of+Arbitration,+Mediation+and+Dispute+Management/76.2/AMDM2010028>. Acesso em 22/06/2022.

# 6 | OS PROTOCOLOS DO CIARB NA MELHORIA DA GESTÃO DOS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS BRASILEIROS

Carolina Kayat Avvad Velloso<sup>1</sup>

Frederico Singarajah<sup>2</sup>

## Introdução

No ano de 2021, a Lei Brasileira de Arbitragem, Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (“Lei de Arbitragem”), completou 25 anos e, com esse aniversário, uma trajetória de muito sucesso de expansão do instituto. A arbitragem se tornou uma das opções preferidas enquanto meio alternativo e, especialmente, adequado de resolução de conflitos contratuais complexos, substituindo o Poder Judiciário.

Seu sucesso levou ao redirecionamento de litígios que optaram por resolução pelo meio arbitral, resultando em acréscimo exponencial de casos nesses mesmos 25 anos. No entanto, por razões diversas como a posição geográfica do Brasil no continente americano, a diferença de linguagem em comparação ao restante da América Latina e a potência dos Estados Unidos como foro arbitral, o Brasil continua com um volume modesto de arbitragens internacionais, limitando-se às arbitragens predominantemente brasileiras, onde, talvez, somente uma característica como o foro, lei aplicável ao contrato comercial, ou uma das partes seria estrangeira.

1. Bacharel em direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada em Aline de Miranda Valverde Terra Consultoria Jurídica.

2. *Barrister* e Árbitro em resolução de disputas internacionais.

Decorrente desta característica, o instituto da arbitragem no Brasil existe de forma insulada do processo de harmonização que acontece na esfera mundial no mesmo período. Ela carrega consigo, ao longo desses anos, muitas características subsidiárias que podemos chamar, inclusive, de peculiaridades da forma de praticar a advocacia no judiciário brasileiro. As partes e os árbitros acabam por transplantar características inerentes do judiciário para a arbitragem, o que muitas vezes gera ineficiência na condução do procedimento e a adoção de conceitos errados para o instituto.

Dessa forma, o presente artigo visa analisar como as disposições dos *Guidelines* da CIARB, em particular (i) a CIARB *Guideline* nº 6, denominada “*Managing Arbitrations and Procedural Orders*” (“*Guideline* nº 6”), (ii) a CIARB *Guideline* nº 7, denominada “*Party-Appointed and Tribunal Appointed Expert Witnesses in International Arbitration*” (“*Guideline* nº 7”), ambas publicadas em 2015, e (3) a CIARB *Guideline* nº 15, denominada “*Framework Guideline on the Use of Technology in International Arbitration*”, publicada em 2021 (“*Framework Guideline*”).

As *Guidelines*, em conjunto com a experiência da prática arbitral internacional, podem ser aplicadas também à arbitragem nacional brasileira, ajudando árbitros e partes a adotarem as melhores técnicas na gestão dos procedimentos arbitrais, para que possam ser conduzidos de maneira mais eficiente, rápida e econômica.<sup>3</sup>

A análise será dividida em quatro partes que não serão responsáveis por esgotar a análise de todos os pontos que poderiam passar por avanços, mas que resumem traços bem presentes na cultura arbitral do Brasil e que merecem nossas sugestões.

Iniciaremos com a forma que as partes comumente apresentam as manifestações escritas ao longo do procedimento arbitral (2), depois adentraremos na emissão de ordens processuais pelos árbitros e na gestão do procedimento arbitral (3). Ainda, trataremos da oitiva de peritos técnicos (4) e, também, de considerações acerca do uso de ferramentas tecnológicas durante o curso do

3. Conforme lição de Thiago Marinho Nunes: “[t]he purpose of the CIARB guidelines, in addition to emphasizing the ethical behavior that must be observed by its players – parties, lawyers, experts, and arbitrators– is to promote uniformity in the practice of arbitration proceedings, excelling in predictability, effectiveness, and celerity and that, despite having been elaborated based on international arbitration, not only can they be used, but they are also recommended for domestic arbitration, which will certainly improve the Brazilian arbitration system”. (MARINHO NUNES, Thiago. *The Relevance of the CIARB Guidelines for Domestic Arbitration in Brazil*. **Comitê Brasileiro de Arbitragem**. Publicado em: 24.03.2021. Disponível em: < <https://cbar.org.br/site/the-relevance-of-the-ciarb-guidelines-for-domestic-arbitration-in-brazil/>>. Acesso em 30.10.2021).

procedimento arbitral (5) para, ao final, apresentar a conclusão sobre o exposto (6).

## I A elaboração de manifestações escritas pelas partes

Ainda em 2012, a pesquisa intitulada “Arbitragem no Brasil”, conduzida pelo CBar e pelo Instituto de Pesquisas Ipsos<sup>4</sup>, reuniu amplos dados de opinião com árbitros, advogados, membros de departamentos jurídicos de empresas e câmaras arbitrais, visando o constante aprimoramento da arbitragem no Brasil. Uma das seções da referida pesquisa teve por alvo as percepções dos entrevistados sobre os advogados que atuam em arbitragens. A primeira pergunta dirigida aos profissionais foi: “considerando a realidade brasileira, quanto o(a) Senhor(a) considera que os advogados estão preparados para lidar com a arbitragem?”. As respostas indicam um cenário de incerteza e controvérsia. Entre os diferentes grupos de respondentes – inclusive os próprios advogados –, o número de pessoas que consideram os patronos preparados ou muito preparados é semelhante ao daquelas que os consideram minimamente preparados e ao daquelas que os reputam pouco ou nada preparados.

Ademais, questionados livremente sobre como os advogados brasileiros poderiam ficar melhor preparados, os entrevistados indicaram como meio principal a capacitação, seja por meio de cursos e treinamentos específicos (30%), seja por iniciativa individual/estudos próprios (30%). Também foram mencionados com destaque o maior tempo de prática/experiência (27%) e a inclusão de disciplina específica nos cursos de graduação (25%).

Atualmente, muito tem se escrito sobre o crescimento significativo da quantidade de arbitragens no Brasil, especialmente quanto às questões técnicas. Como já observado por Joaquim Muniz<sup>5</sup>, nossos advogados têm demonstrado grande qualidade e rápido aprendizado do instituto. Todavia, a herança do processo judicial no Brasil carrega consigo para a arbitragem uma característica específica, que é a verborragia dos advogados e as petições imensas mesmo diante desse novo contexto.

4. ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Arbitragem no Brasil – Pesquisa CBar-Ipsos**. p. 16-17. Disponível em: <[http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa\\_CBAR-Ipsos-final.pdf](http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAR-Ipsos-final.pdf)>. Acesso em 06.01.2022.

5. MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva. **Os 10 mandamentos da boa petição em arbitragem**. 10.03.2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/235483/os-10-mandamentos-da-boa-peticao-em-arbitragem>>. Acesso em: 10.01.2022.

Assim, torna-se contraditório em um país com o judiciário mais do que sobrecarregado de processos, termos uma cultura em que nossos advogados escrevam tanto. A percepção que fica é que os advogados não escrevem diretamente para o julgador, que possui pouco tempo para decidir, mas sim para deslumbrar o cliente leigo, muitas vezes aproveitando as facilidades de aproveitar modelos prontos de trabalhos anteriores. Há mais trabalho fazer manifestações sucintas, uma vez que elas exigem melhor entendimento da demanda e identificação mais precisa das questões de fato e de direito, e justamente por isso que as petições curtas são mais eficientes do que as longas.

A arbitragem tem reinventado o contencioso de alto nível, tornando o processo mais informal, flexível e eficiente. Essa mudança deve atingir também a forma de se elaborar manifestações. A começar pela forma parnasiana que os advogados forenses muitas vezes redigem, que deveria ser relegada ao arquivo morto da prática, merecendo o mesmo fim do que as polainas. Passa por uma boa dose de redução do nível de litigiosidade nas petições, o que pode se justificar no Poder Judiciário, para chamar atenção de julgador soterrado em outros processos, mas que não faz sentido em procedimento como arbitragem, em que o árbitro dedica bastante tempo ao feito. Ainda mais se tendo em conta que o árbitro é especificamente nomeado pelas partes e seus advogados por sua especialização na matéria ou conhecimento técnico requerido para a resolução da controvérsia do caso concreto.

E esse processo de inovação deve alcançar o tamanho das peças processuais, pois isso contribuirá para que as arbitragens sejam mais rápidas. Afinal, como esperar que o árbitro decida em poucos meses, se ele tiver que analisar centenas ou milhares de páginas de petições? Vejam que o tamanho da petição não é o que mais importa, mas sim a sua profundidade. O processo de persuasão requer uma comunicação sucinta, objetiva e fácil de compreensão.

Diante desse cenário, proporemos algumas sugestões de como otimizar as petições e as manifestações das partes ao longo do procedimento arbitral, para que se tornem mais objetivas, precisas e coerentes com os pleitos que desejam apresentar e defender.

No tocante à fase postulatória, existem pelo menos duas maneiras de lidar melhor com essa questão. A primeira seria prever que os requerentes apresentem uma descrição completa de suas causas de pedir e pedidos no requerimento de

arbitragem, e que os requeridos descortinem todos os seus argumentos de defesa em sua resposta. Permitir-se-ia apenas mais uma rodada de manifestações (não incluindo alegações finais). Assim, cada parte se manifestaria por escrito só duas ou três vezes sobre o mérito.

No contexto internacional, é comum apenas três ou quatro manifestações: alegações iniciais pela requerente, defesa e reconvenção pela requerida, réplica e defesa à reconvenção pela requerente e tréplica e réplica à reconvenção pela requerida, para o fim de manter tratamento igual.

Outra prática também bastante comum na arbitragem internacional é a limitação de páginas, sendo um número comum vinte e cinco páginas. Impor os limites aqui descritos, em consulta com as partes e seus advogados, no panorama da arbitragem brasileira, requer bastante coragem do tribunal arbitral, entretanto é consistente com Artigo 1.3 da *Guideline* nº 6.<sup>6</sup>

Após a instituição da arbitragem, as partes apresentariam rodada de manifestações escritas. As alegações finais seriam verbais, em audiência, permitindo clarificações e questionamento de pontos específicos pelo tribunal arbitral.

Qualquer uma dessas opções seria mais eficiente do que o costume atual de, no mínimo, meia dúzia de manifestações escritas ao longo do procedimento. Custa a crer que não se possa falar em três petições aquilo que hoje se aborda em muito mais manifestações. O procedimento arbitral está se tornando um moto-contínuo; quanto mais se escreve, mais se tem a escrever. Para piorar, as partes muitas vezes adotam a estratégia de reter informações até o último momento possível. A dialética mostra-se uma ferramenta essencial para se lograr justiça, mas deve ser corretamente utilizada. Um limite razoável ao número de petições diminuiria custos e tempo, sem afetar o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Além da parte formal da escrita, o escopo que se pretende abordar com a instauração do procedimento afeta diretamente a eficiência, uma vez que, se as partes não sabem o escopo da arbitragem, qualquer estimativa de custo e duração não passará de palpite. E as mudanças no escopo desencadeiam atrasos e custos adicionais. Por exemplo, quando um requerente inclui um novo pedido após a defesa do requerido, este precisará de prazo adicional para resposta. E o debate sobre este novo ponto pode render mais discussão.

6. *Article 1 – General Principles: “1.3 Arbitrators should, at the outset, set the tone for the arbitration by explaining the procedure to be followed so that all of the parties have a common understanding of the process”.*

Não obstante, é usual que as regras arbitrais permitam às partes definirem os seus pedidos apenas no termo de arbitragem, ou mesmo depois, se os árbitros assim as autorizarem. A existência de termo de arbitragem com resumo das causas de pedir e pedidos não é, por si só, negativa.

O problema central está no fato de que os árbitros tendem a permitir que o termo de arbitragem seja vago e, assim, as alegações das partes podem passar por grandes alterações durante o processo.<sup>7</sup>

Cabe ao tribunal arbitral, nesse ponto, organizar o processo para que seja célere e eficaz, emitindo uma sentença arbitral exequível, como sugerido no Artigo 1.4 da *Guideline* nº 6<sup>8</sup>. Cabe as partes, para seu próprio benefício, acordar um processo que facilite a determinação correta dos pontos em controvérsia para as decisões finais sobre mérito. Esses objetivos são consistentes com manifestações sucintas, objetivas e apresentadas numa linguagem clara, estruturada e coerente. A necessidade de manifestações prolixas é ociosa.

A solução pode estar em fazer um melhor uso dos termos de arbitragem, para obrigar as partes a resumirem claramente em suas manifestações suas causas de pedir e fixarem detalhadamente os pedidos. O painel deve adotar política de “tolerância zero” para causas de pedir vagas e pedidos mal formulados. Além disso, os árbitros só devem autorizar novos pedidos em circunstâncias excepcionais. Mesmo a apresentação de novos argumentos não pode ser incentivada.

Seguindo o norte geral da *Guideline* nº 6, nos comentários “*Matters to address*” no Artigo 2.1, item 12<sup>9</sup>, as manifestações escritas deveriam conter:

7. Na mesma linha de raciocínio: “Requerente aduz A, Requerido responde B, então o Requerente replica C e, ao final, o Requerido rebate com D, argumento totalmente distinto do A. Este ziguezague retórico afeta negativamente a eficiência do procedimento. Arbitragem não pode ser como um jogo de pôquer, no qual os jogadores estrategicamente seguram suas cartas. Os problemas de uma arbitragem com objeto mal delimitado vão além de tempo e custos, pois podem ocasionar questões de qualidade e elevar riscos. Por exemplo, a falta de clareza quanto ao escopo pode levar a uma sentença citra, ultra ou extra petita. Outro risco é a de violação de contraditório, com decisões fundadas em argumentos não debatidos a fundo pelas partes.” (MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva. **Introdução a Arbitragem e M&A**: coletânea de artigos. Rio de Janeiro: Curso Prático de Arbitragem, 2021, p. 172).
8. *Article 1 – General Principles*: “1.4 The adopted procedure should be designed to resolve the arbitral proceedings without undue delay or expense”.
9. *Article 2 – Case management conference, “Matters to address”*: “Arbitrators should also discuss and agree with the parties the form, content and timing of the exchange of the parties’ written submissions detailing their case. It is good practice for arbitrators to give detailed directions in relation to these matters and specify any requirements as to the timing, number, scope and length of the written submissions. When setting the procedure for the exchange of written submissions, the arbitrators should take care to establish whether there are any requirements or limitations imposed by the applicable arbitration rules or *lex arbitri* relating to these matters. In any event, the arbitrators should require that the submissions include a list of exhibits clearly identifying each exhibit, including date, originator and recipient, and the list should be regularly updated by the parties as the hearings take place. The arbitrators should also, to the extent feasible, direct the parties to provide their written submissions and exhibits in a format that is electronically searchable”.

(1) descrição da causa, inclusive com a identificação da cláusula contratual ou artigo do código civil ou outro instrumento legal em que se embasa o pleito, (2) os fatos relevantes que descrevem o ato ou omissão ilícito/a, e (3) o remédio jurídico do pedido e a causalidade entre a ilicitude e danos alegados. Por outro lado, uma resposta a tal alegação deve (1) claramente negar ou (2) admitir cada alegação, ou (3) nos casos em que não se pode negar ou admitir, deve-se insistir que a contraparte prove a alegação. No cenário em que uma alegação é negada e um caso positivo do contraditório é avançado, fatos suficientes para estabelecer o caso positivo devem ser descritos. Tudo isso deve ser feito longe da linguagem emotiva ou abusiva.

Assim, algumas propostas de medidas práticas que poderiam tornar o processo arbitral mais célere, efetivo e menos custoso, seriam:

- » O Requerimento de Arbitragem deve ser o mais simples possível. As instituições podiam adotar formulários padrão com poucas páginas para que o Requerente preenchesse, inclusive de forma *online*;
- » As partes devem ser obrigadas a descrever em detalhes em suas manifestações a sua causa de pedir e pedidos;
- » O Termo de Arbitragem ou a Ordem Processual Imperial deve conter uma explicação pormenorizada dos pontos controversos a serem resolvidos na arbitragem;
- » Após a assinatura do Termo de Arbitragem ou a emissão da Ordem Processual Imperial, os árbitros só devem autorizar novos pedidos em circunstâncias especiais;
- » O Termo de Arbitragem ou a Ordem Processual Imperial deve conter um cronograma detalhado com cada um dos próximos passos do procedimento, incluindo não só a fase postulatória, mas também a data da audiência;
- » Qualquer pedido de produção de documentos na posse da contraparte deve ser formulado o mais cedo possível, até no máximo após da fase postulatória;
- » Alegações finais deverão ser feitas oralmente, na audiência.

## 2 A gestão de procedimentos arbitrais e a emissão de ordens processuais pelos árbitros

Os árbitros têm uma ampla discricionarieidade para organizar a condução do procedimento arbitral. Para assistir os árbitros na emissão de ordens processuais e na gestão do procedimento arbitral, a *Guideline* nº 6 resume dúvidas que normalmente surgem e técnicas que podem ser utilizadas para conduzir a arbitragem de uma forma eficiente.

Assim, o documento se debruça sobre como gerir o procedimento de acordo com os requisitos específicos de cada arbitragem e inclui orientações sobre a organização dos aspectos processuais e/ou administrativos de uma arbitragem, incluindo técnicas que podem ser utilizadas para gerir o processo, a emissão de ordens processuais e como lidar com falhas das partes em cumprir com as ordens processuais. As recomendações do Artigo 2º da *Guideline* nº 6 seguem a linha estabelecida no Artigo 13, § 6º da Lei de Arbitragem.<sup>10</sup>

Para começar, os árbitros podem tomar a iniciativa e fazer sugestões quanto às diretrizes processuais propostas para a condução da arbitragem e solicitar às partes seus comentários. Se as partes tiverem chegado a um acordo quanto ao procedimento a ser seguido, os árbitros devem respeitar o acordo das partes desde que isso não seja contrário a quaisquer leis e/ou princípios cogentes no local da arbitragem e/ou que causaria que o procedimento fosse conduzido de forma ineficiente e desnecessariamente dispendiosa. Nessas circunstâncias, os árbitros devem considerar incentivar as partes a adotar um procedimento mais adequado e, se apropriado, emitir uma ordem processual para esse fim. O processo mais adequado para uma arbitragem não será o mesmo para outro. Deve-se tomar vantagem da flexibilidade do processo arbitral, e não simplesmente adotar um “litígio alternativo” dos tribunais estatais para todas as arbitragens.

Uma vez que os árbitros tenham sido nomeados e antes de qualquer conferência de gestão de casos com as partes, de acordo com Artigo 2.1 da *Guideline* nº 6<sup>11</sup>, é uma boa prática que os árbitros discutam entre eles suas opiniões iniciais sobre como abordar o caso. Os árbitros também devem considerar tomar

10. Art. 13, § 6º “No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”.

11. *Article 2 — Case management conference: “2.1 Shortly after the constitution of the tribunal, arbitrators should discuss amongst themselves their initial views as to how they propose to conduct arrangements between themselves for the efficient management of the arbitration”.*

providências entre si que assegurem que todos os membros do tribunal estarão totalmente envolvidos no processo.

Para estes fins, os árbitros podem considerar a alocação de tarefas específicas entre os membros de um tribunal, se for de três membros, incluindo a identificação de um dos árbitros para assumir a responsabilidade pela gestão diária da arbitragem e monitoramento de seu progresso. Já é amplamente reconhecido que o árbitro presidente assumirá estas tarefas, entretanto, os coárbitros também devem ser estimulados a se envolverem com deveres administrativos específicos, tais como acusar o recebimento de comunicações e/ou submissões das partes. Outra maneira de realizar isto seria através de uma divisão de responsabilidades de diferentes questões entre os árbitros. O envolvimento dos coárbitros ao longo do procedimento, no Brasil, ainda é muito passivo comparado ao papel equivalente, no contexto internacional.

Os árbitros também podem discutir o processo de emissão das ordens processuais no curso da arbitragem. Várias leis nacionais e regulamentos permitem ao árbitro presidente, com o consentimento dos coárbitros e das partes, decidir sozinho as questões processuais e assinar ordens processuais em nome do tribunal.

Se este for o caso, os árbitros devem discutir quando e para que tipos de decisões o árbitro presidente pode emitir tais ordens. O árbitro que preside frequentemente recebe autoridade para tomar decisões que tratem de questões puramente administrativas e/ou de questões urgentes, mas estas decisões geralmente podem ser sujeitas à revisão por todo o tribunal. No entanto, a melhor e mais segura prática sempre procura o consenso de todo o tribunal arbitral para qualquer decisão emitida em seu nome.

Os árbitros também devem discutir e acordar quais os assuntos a serem incluídos no calendário do procedimento para uma gestão melhor do litígio junto às partes. O árbitro presidente pode preparar um primeiro rascunho e distribuí-lo entre os coárbitros, para que esses façam comentários antes do envio para que as partes se manifestem, tudo isso antes que a agenda seja acordada.

Durante o procedimento, os árbitros geralmente tomarão várias decisões relacionadas a gestão da arbitragem. As “decisões” devem ser registradas por escrito, geralmente na forma de ordens processuais, para evitar qualquer dúvida e enfatizar a importância de seu cumprimento. São boas práticas: (1) incluir “Ordem

Processual” no título; (2) numerar cada ordem sequencialmente, começando com a “Ordem Processual nº 1”; e (3) assinar e datar as ordens processuais.

As ordens processuais não exigem o registro de seus motivos. Entretanto, quando as partes não conseguirem chegar a um acordo sobre uma questão específica e os árbitros forem chamados a decidir entre argumentos concorrentes, os árbitros poderão considerar apropriado incluir razões sucintas na ordem processual para demonstrar que deram total consideração às respectivas alegações das partes.

Quanto à forma, as ordens processuais devem ser escritas em linguagem clara e inequívoca, devendo estar em um formato e *layout* que facilite a comunicação das instruções dos árbitros, incluindo cabeçalhos informativos e parágrafos numerados.

Quando uma ordem processual se refere a um assunto que já foi discutido, os árbitros devem fazer referência à ordem anterior e deixar claro se qualquer direção anterior será emendada ou substituída. As ordens processuais podem ser revisitadas ou modificadas, se necessário, em função de todas as circunstâncias do caso. É uma boa prática para os árbitros declararem expressamente em cada ordem processual que ela pode ser revista a qualquer momento, após consulta com as partes.

Na maioria dos casos, as partes se esforçarão para cumprir as ordens processuais dos árbitros, mas pode haver casos em que uma das partes cause deliberadamente atrasos por não cumprir e/ou frustrar o processo. Nesses casos, os árbitros podem considerar se têm poderes para impor sanções à parte recalcitrante de modo a incentivá-la a aderir à ordem processual, para que a arbitragem avance de forma ordenada.

Os árbitros devem, portanto, ter o cuidado de estabelecer através da convenção de arbitragem, junto a quaisquer regulamentos das câmaras e/ou a *lex arbitri*, disposições expressas em relação a tais poderes. Se não houver disposições expressas que concedam aos árbitros os poderes para sancionar o comportamento processual perturbador de uma parte, e desde que não haja proibição expressa, os árbitros devem considerar se eles têm um poder inerente para fazer isso. Tal exercício é consistente tanto com o Artigo 21 da Lei de Arbitragem<sup>12</sup>,

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

quanto com o Artigo 3.2<sup>13</sup> e item 6 do “*Matters to Address*” no comentário do Artigo 2 da *Guideline* nº 6.<sup>14</sup>

Antes de impor qualquer sanção, os árbitros devem emitir um aviso de que estão considerando impor sanções particulares, pois isso pode se mostrar suficiente e ajudar a refutar qualquer argumento posterior de que a imposição da sanção foi arbitrária e/ou injustificada. Nesse caso específico é, portanto, necessário fornecer razões que expliquem porque a sanção foi apropriada, para evitar aparência de parcialidade.

### 3 A oitiva de peritos técnicos

Embora a via arbitral permita a escolha de árbitros com certo conhecimento das áreas do negócio objeto do litígio, isso não afasta, necessariamente, a realização de perícia para esclarecer questões técnicas controversas. Segundo Joaquim de Paiva Muniz<sup>15</sup>, há dois métodos principais de produção de prova pericial em arbitragem: (i) a nomeação de peritos pelo julgador, podendo as partes nomear seus respectivos assistentes técnicos, em moldes semelhantes ao do CPC; ou (ii) a condução da perícia apenas pelos profissionais contratados pelas partes, sem que o julgador tenha seu próprio perito. É a chamada testemunha técnica (*expert witness*).

Como na arbitragem os árbitros possuem certa flexibilidade para a determinação do procedimento e do modo de produção de provas, não há a obrigação de se seguir o modelo de perícia previsto no CPC em processos arbitrais com sede no Brasil, podendo ser adotado o procedimento de *expert witness*. Importante destacar que o termo inglês *expert witness* se refere no Brasil ao assistente técnico da parte ou ao perito. A diferença é determinada pela imparcialidade. Já na arbitragem internacional, o papel do assistente técnico é inexistente, sendo que o *expert witness* é presumido e tratado como imparcial, mesmo sendo a parte que

13. Article 3.2: “Arbitrators should inform the parties of any potential consequences of noncompliance with their procedural orders”.

14. Article 2 — Case management conference, “Matters to address”: “(6) Procedural powers of the arbitrators Confirmation of whether the parties have entered into any agreement limiting and/or expanding any powers given to the arbitrators, including where permissible, reserving the presiding arbitrator’s power to decide procedural matters alone and sign procedural orders on behalf of the tribunal”.

15. MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva. **Introdução a Arbitragem e M&A**: coletânea de artigos. Rio de Janeiro: Curso Prático de Arbitragem, 2021, p. 97.

o remunera, como indicado no Artigos 4.1, 4.2 e 8 (b) do Anexo I da *Guideline* nº 7.<sup>16</sup>

De qualquer forma, a prática ensina que, em vista do maior conhecimento específico do julgador, a discussão técnica na arbitragem costuma ser profunda e minuciosa, inclusive com a possibilidade de inquirição direta dos *experts* em audiência. O advogado deve estar preparado para entender e enfrentar diretamente as questões técnicas, não devendo se fiar apenas nas opiniões de seus clientes e do assistente técnico.

Como na arbitragem o julgador tende a deter mais conhecimento da questão técnica, o método da testemunha técnica pode funcionar bem, economizando o tempo e o custo da perícia. Mas, para tanto, os árbitros devem ter postura ativa, definindo bem o escopo da prova pericial e antecipando suas dúvidas técnicas.

No tocante a esse ponto, a *Guideline* nº 7, estabelece as melhores práticas atuais em matéria de arbitragem comercial internacional sobre a indicação e utilização de peritos nomeados pelas partes ou pelo Tribunal Arbitral.

Como já mencionado, o protocolo fornece orientações sobre: (1) os poderes para nomear um perito (Art. 1); (2) a avaliação da necessidade de provas periciais (Art. 2); (3) os métodos de obtenção de provas periciais (Art. 3); (4) as instruções processuais para o(s) perito(s) (Art. 4); e (5) as formas de testagem das opiniões dos peritos (Art. 5).

Portanto, conforme se verá a seguir, o documento aborda as questões que os árbitros devem levar em consideração ao lidar com as testemunhas e provas técnicas.

A convocação de provas periciais pode resultar em despesas consideráveis e trazer aos árbitros a difícil escolha entre as opiniões opostas dos peritos nomeados pelas partes. Assim, para evitar provas periciais contraditórias, reduzir os custos e acelerar o processo, os árbitros podem recomendar que as partes nomeiem, em conjunto, apenas um assistente técnico ou propor que os árbitros nomeiem um único perito

O tribunal arbitral deve determinar, em consulta com as partes primeiro, se há necessidade de prova pericial, e segundo, como o contraditório sobre a

16. *Guideline* nº 7, "Party-appointed and Tribunal appointed Experts", Appendix I:  
Article 4.1: "An expert's opinion shall be impartial and objective".  
Article 4.2: "Payment by the appointing Party of the expert's reasonable professional fees for the work done in giving such evidence shall not, of itself, vitiate the expert's impartiality".  
Article 8(b): "The expert declaration referred to in Article 4.4(k) shall be in the following form: b) I confirm that this is my own, impartial and objective, opinion".

prova técnica será exercido, de acordo com Artigos 2 e 5.1 da *Guideline* nº 7, respectivamente.<sup>17</sup>

É de suma importância suscitar que a função do *expert* não é determinar a questão técnica perante o tribunal arbitral, mas sim elucidar o conhecimento técnico para que o tribunal arbitral possa, então, avaliar e tomar uma decisão informada.

Além disso, no Brasil é comum que o tribunal arbitral nomeie um perito do tribunal, além dos peritos nomeados pelas partes, o que geralmente aumenta o custo da arbitragem e pode possivelmente atrasar o processo. Deve-se considerar a relevância de tal prática à luz da necessidade de assistência aos árbitros para decidir entre as diferenças constatadas nos laudos dos assistentes das partes e da complexidade da disputa.

A mencionada *Guideline* nº 7, portanto, indicam que a seleção e nomeação de especialista(s) pode ter um impacto significativo no custo e duração de uma arbitragem. Portanto, deve-se considerar cuidadosamente ao determinar o método mais apropriado para a nomeação de um perito. Dessa forma, ao considerar se são necessárias provas periciais, em consulta com as partes, os árbitros devem primeiro identificar exatamente qual é a questão ou problemas que serão solicitados aos peritos propostos e, então, considerar se o valor probatório adicional dos especialistas sobre essa questão ou questões é coerente com sua contratação naquele caso concreto, de acordo com Artigo 3 da *Guideline* nº 7.<sup>18</sup>

Uma vez identificada e definida uma questão ou questões específicas e as partes concordarem com o número de peritos e na forma de apresentação de provas periciais, os árbitros devem fazer uma ordem processual para registrar isso, reduzindo assim o risco do(s) especialista(s) que lide(m) com questões irrelevantes ou assuntos que são para os árbitros decidirem.

17. *Guideline* nº 7, “Party-appointed and Tribunal appointed Experts”:  
*Article 2 - Assessing the need for expert evidence: “Arbitrators should, in consultation with the parties, consider at the outset of the arbitration, and keep under review during the course of the arbitration, whether expert evidence is needed to resolve any specific issues in dispute”.*  
*Article 5 – Testing expert opinions: “5.1 Arbitrators should give directions as to how expert opinions should be tested. Some directions in relation to this are usually given in anticipation of receiving the expert report, but arbitrators may also give further directions as to the testing of expert’s opinion once the reports have been exchanged”.*
18. *Guideline* nº 7, “Party-appointed and Tribunal appointed Experts”:  
*Article 3 – Methods of adducing expert evidence: “Having determined that expert evidence will be adduced, arbitrators should discuss with the parties the precise manner in which such evidence should be adduced, bearing in mind the need to conduct the arbitral proceedings in an efficient and cost-effective manner”.*

Ao olhar para o Brasil, não podemos esquecer que se de um lado, a tradição advinda do processo demonstra que a prova pericial exercida por perito nomeado pelo tribunal arbitral no âmbito de uma arbitragem pode ter a sua utilidade, por outro lado, a evolução do estudo e da prática da arbitragem se direciona no sentido de dispensar o uso de um terceiro técnico para auxílio do tribunal arbitral, cabendo às próprias partes a demonstração de seu direito, por meio do uso de seus próprios peritos, o que em nada afeta o exercício da função jurisdicional do árbitro. No âmbito internacional, essa característica do sistema adversário é habitualmente importada com o propósito de harmonização.

A despeito do tradicional método de realização de prova pericial por meio de perito nomeado pelo tribunal arbitral, com o auxílio de assistentes técnicos nomeados pelas próprias partes, nada impede que a prova técnica numa arbitragem seja comandada pelas próprias partes, as quais nomeiam diretamente seus peritos para apresentarem seus respectivos pareceres técnicos. E tais pareceres técnicos, apesar de produzidos pelas próprias partes, conferem aos árbitros os necessários subsídios ao deslinde da demanda. Porém esse conceito é contrainstitutivo para partes, advogados e árbitros brasileiros, sendo difícil ouvir a crítica dos mesmos integrantes que participaram de arbitragens internacionais, onde este sistema foi adotado.

Esse tipo de metodologia procedimental adotada pelos árbitros, evita o ainda mais custoso uso de perito do tribunal, e provoca maior interação – entre partes e tribunal arbitral – na aferição dos pontos técnicos que merecem prevalecer em determinado caso.

Para isso, a audiência de instrução permanece sendo um momento de vital importância na arbitragem, pois poderão os árbitros ouvir os peritos das partes, suas apresentações e submetê-los à inquirição das partes, por meio do *cross-examination*, ou *witness conferencing* comumente referido a *hot-tubbing* (como mencionado no comentário “*Expert Witness Conferencing*” do Artigo 5 da *Guideline* nº 7).<sup>19</sup>

Certamente, a experiência dos membros do tribunal arbitral exercerá papel importante para detectar as eventuais inconsistências da matéria técnica que estiver sob exame. Afinal, é exatamente pelo *cross-examination* ou *hot-tubbing*,

19. *Guideline* nº 7, “*Party-appointed and Tribunal appointed Experts*”, p. 10: “*Expert witness conferencing – Where two or more experts of the same discipline are used, it is possible to direct a ‘witness conferencing’ so that the experts can be simultaneously examined in relation to the same issue or issues in dispute. Such a procedure is likely to reduce time and cost.*”

com participação ativa das partes e seus advogados, que se poderá levar o tribunal arbitral a formar seu convencimento a respeito da matéria.

A fim de garantir a higidez dessa modalidade de prova técnica na arbitragem, cabe ao tribunal arbitral, na qualidade de destinatário da prova, a qual será por ele valorada a fim de formar a sua convicção, estabelecer regras que discipline a conduta das testemunhas técnicas a serem apontadas pelas partes, o que pode ser feito, tanto no termo de arbitragem, ordem processual imperial ou como em eventual termo de referência que organize a prova técnica a ser produzida.<sup>20</sup>

No entanto, para que o método de produção da prova técnica em discussão tenha eficácia, é imprescindível que o tribunal arbitral examine o caso em seus mínimos detalhes, esteja preparado e tenha senso de organização de modo que o resultado da conferência produza efeitos sobre a prova técnica perseguida.

O preparo dos profissionais que atuarão na condição de árbitros, sua especialização, seu conhecimento, sua organização, sua dedicação e, é claro sua responsabilidade e senso de justiça saberão conduzir, com a devida acuidade, a produção da prova técnica, cujo ônus, como visto, pertence às próprias partes.<sup>21</sup>

Segundo Alex Wilbraham:

20. Alguns exemplos, nesse sentido são trazidos por Cristina M. Wagner Matrobuono: “Não pode ser esquecido que a condução da prova cabe ao tribunal, ouvidas as partes, é certo, mas a direção e definição é competência, em última análise, do tribunal arbitral. Alguns painéis têm optado por estabelecer uma regra em ordem processual, como a Professora Selma Lemes, na redação a seguir produzida: '(i) ESCLARECER que as partes poderão requerer que, com o intuito de recolher informações técnicas e específicas sobre determinada matéria, sejam admitidas testemunhas técnicas a serem ouvidas como contribuição para o processo de formação de convicção dos árbitros. As testemunhas técnicas deverão ser independentes das partes, não sendo admitidos nessa condição profissionais especializados que mantenham vínculo empregatício, relação de subordinação hierárquica ou qualquer relação de trabalho constante com a parte que os houver designado'. Idealmente, ao nosso ver, as regras sobre o tema devem ser fixadas no termo de arbitragem, ou em documento similar, como exemplificativamente, a reproduzida a seguir: 'Na hipótese de ser determinada a produção de prova pericial, os peritos designados pelo tribunal arbitral ou nomeados pelas partes, não assim seus assistente técnicos, deverão declarar sua imparcialidade e independência e estarão sujeitos ao dever permanente de revelação de quaisquer circunstâncias pretéritas ou supervenientes que possam comprometê-las.'” (MASTROBUONO, Cristina M. Wagner. Pesquisa: regras de imparcialidade e independência na produção de provas nas arbitragens. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 17, Issue 67, p. 68. Porto Alegre, jul.-set. 2020).
21. Esse é, aliás, o entendimento de Carlos Alberto Carmona: “A instrução processual, em sede arbitral, será bastante flexível, até porque o árbitro não está ligado às regras do Código de Processo Civil, regras que empobrecem - e empobrecem - a atividade do juiz togado. Assim, nada impede que o árbitro determine a oitiva de depoimento técnico - ouvindo testemunha não sobre fatos ligados à causa, mas sim sobre determinada matéria técnica, funcionamento de um mercado, usos e costumes de determinado setor - ou que faculte perguntas formuladas diretamente às partes e testemunhas (sem que haja a conhecida triangularização parte-juiz-testemunha). Melhor que isso, dependendo da capacidade do órgão arbitral (quando a arbitragem for institucional) a prova poderá ser agilizada com a transmissão de informações (ou do próprio laudo) por via eletrônica, poderão ser tomados os depoimentos com serviços de estenotipia (com gravação imediata). Como a vontade das partes impera, árbitros podem até mesmo substituir a figura do perito (com a nomeação de assistentes técnicos) por empresa de auditoria, escolhida de comum acordo pelos litigantes para determinada averiguação econômico-financeira ou até mesmo contábil”. (CARMONA, Carlos Alberto. O processo arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 1, n. 1, p. 21-31. São Paulo: RT, jan./abr. 2004).

Com o witness conferencing, os peritos (e eventuais testemunhas) comparecem juntos à audiência, em vez de o tribunal ser obrigado a ouvi-los separadamente, isolados um do outro, e em horários ou dias diversos. Assim, os árbitros mantêm maior controle sobre a realização do *cross-examination* e podem dedicar mais tempo aos argumentos ou questões que, na sua opinião, são mais importantes para solução da disputa. A produção da prova poderá ser conduzida, por exemplo, dividida por assunto ou questão relevante, em vez de por perito. Vale dizer, os árbitros poderão fazer perguntas sobre um determinado assunto ou questão relevante para um perito e, em seguida, repetir a mesma pergunta para outro perito. Da mesma forma, os advogados de uma parte poderão também questionar o perito da outra parte e depois aquele nomeado pelo seu cliente, sobre o mesmo tema. O *witness conferencing* tenta manter o rigor inquisitorial, que é o forte em um *cross-examination*, enquanto ameniza os seus elementos adversariais. O controle da produção da prova é assim mais bem dividido, reduzindo um pouco o dos advogados e aumentando o dos árbitros que, por sua vez, têm desta forma maior liberdade para conduzir o procedimento.<sup>22</sup>

Tal opinião parecer convergir com a de Marcos André Franco Montoro e Alexandre Palermo Simões:

Assim, defende-se que na maioria das vezes o depoimento das testemunhas técnicas (*expert witnesses*) é suficiente esclarecedor, evitando a realização da demorada prova pericial pelo sistema tradicional. Também se afirma que apesar do perito ser contratado pelas partes (é a chamada *hired gun*, ou arma de aluguel, criticada por quem não gosta deste sistema), o árbitro tem capacidade para verificar qual das duas exposições (dois peritos) é a mais plausível, tem mais detalhes técnicos, está coerente e sem furos. O árbitro também pode apurar que em alguns pontos um perito tem razão, e em outros pontos ou outro perito é que tem razão. Mais ainda, como cada perito normalmente prepara o seu laudo sem manter contato com o outro perito (afinal, foram contratados por adversários), então ao apresentarem, no mesmo momento, os respectivos laudos, pode ser que estejam de acordo quanto a alguns fatos, cuja apuração fica praticamente resolvida.<sup>23</sup>

Tem-se, portanto, que a flexibilidade do procedimento arbitral consiste não somente em uma característica da arbitragem, como se afigura como um verdadeiro fundamento desse instituto, encontrando-se positivada no Artigo 21, *caput*, da Lei de Arbitragem, que estabelece, em sua primeira parte, que “[a]

22. WILBRAHAM, Alex. O Perito na Arbitragem Internacional. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 3, Issue 10, p. 108. Porto Alegre, abr.-jun. 2006.

23. SIMÕES, Alexandre Palermo; MONTORO, Marcos André Franco. O Perito e a *Expert Witness* (“Testemunha Técnica”) na Arbitragem. In: NETO, Francisco Maia; FIGUEIREDO, Flavio Fernando de. (Coords.). **Perícias em Arbitragens**, 2ª ed. São Paulo: Leud, 2019, p. 151.

arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem”.

A flexibilidade traduz-se na ideia de um procedimento livre, estabelecido a partir de regras predeterminadas pelas partes, independente das normas processuais brasileiras, fixadas no Código de Processo Civil, isto é, sem que se atenha às normas processuais cogentes do país que sediará a arbitragem. Dessa forma, nada impede que as partes criem normas específicas para solucionar os litígios, podendo, por exemplo, optar por utilizar as regras e os procedimentos de uma instituição arbitral, além de outras regras que lhe pareçam adequadas, conforme o caso concreto.<sup>24</sup>

Assim, a flexibilidade do procedimento arbitral procura atingir um ideal de maior adaptabilidade e eficiência, de forma que o processo se torna naturalmente mais célere, por não padecer de quízilas processuais tão comuns ao Judiciário.<sup>25</sup>

Portanto, a partir de um procedimento livre e flexível, fica maximizada a autonomia da vontade das partes e garante-se uma maior eficiência do processo quando comparado ao processo judicial, dado que o procedimento será estabelecido de acordo com o caso em questão e atendendo às necessidades específicas das partes e do árbitro.

## 4 O uso da tecnologia na condução do procedimento

A tecnologia vem transformando as relações sociais e os instrumentos voltados à resolução de disputas não estão imunes a estas transformações.

24. “A título de exemplo, a flexibilização da instrução processual em sede arbitral pode contribuir para uma solução mais adequada a diversas demandas. Isso porque a arbitragem permite a oitiva de *expert witnesses*, possibilitando, por exemplo, a substituição da figura do perito por uma empresa de auditoria escolhida pelas partes, ou a utilização de meios probatórios e de transmissão de informações mais modernos. Cumpre ressaltar que tais alternativas se mostram interessantes para demandas advindas do agronegócio, dada a especificidade do setor e a consequente necessidade de apoio técnico apropriado para uma adequada resolução desses conflitos naquela seara”. (MARINHO NUNES, Thiago. Arbitragem como método adequado de resolução de conflitos nos contratos. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 16, Issue 62, p. 70. Porto Alegre, abr.-jun. 2019.).
25. “Países em desenvolvimento (vou usar este simpático eufemismo para designar países subdesenvolvidos) em toda a América Latina, por exemplo, conhecem hoje com alguma proficiência métodos de descoberta da verdade (mecanismos de prova do processo), como o *discovery*, o *cross questioning*, o interrogatório de especialistas (*expert witnesses*) e os depoimentos escritos (*written statements*), embora tais métodos não estejam integrados em seus respectivos ordenamentos jurídicos. O exemplo do Brasil é sintomático: embora tenha legislação processual bem estruturada e relativamente moderna, o país mantém-se afastado dos mecanismos típicos dos países de *common law* (como estes que citei acima), embora o advogado médio seja capaz de entender (ainda que de modo aproximativo) o funcionamento deles. [...] Se no processo estatal a flexibilização do procedimento é conseguida a duras penas, creio que em sede de arbitragem o tema possa – e deva – ter tratamento bem mais ventilado. Aqueles que pretendem utilizar a arbitragem como mecanismo de solução de litígios querem, antes de mais nada, livrar-se do peso da máquina estatal”. (CARMONA, Carlos Alberto. Flexibilização do Procedimento Arbitral. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 6, Issue 24, p. 09-10. Porto Alegre, out.-dez. 2009).

Dentre os desafios trazidos pelas novas tecnologias no campo do direito, a arbitragem, enquanto meio alternativo de resolução de disputas, vem experimentando cada vez mais o emprego de mecanismos auxiliares de todo o desenvolvimento e conclusão dos procedimentos arbitrais. Com a flexibilidade e adaptação às necessidades das partes e do mercado em geral, os meios eletrônicos e digitais no processo arbitral têm se tornado cada vez mais comuns.

Algumas conhecidas ferramentas digitais têm sido grandes aliadas nesse processo, permitindo que as comunicações, petições, determinações e ordens processuais sejam enviadas por *e-mails*, que audiências sejam realizadas por videoconferências, acompanhadas de *e-bundles* e apresentações de *powerpoint*, que os documentos sejam arquivados em “nuvens” e que as reuniões de deliberação entre os árbitros sejam substituídas por videoconferências.<sup>26</sup>

Essas práticas representam grande evolução no uso da tecnologia no processo arbitral e tendem a se intensificar cada vez mais.

Contudo, como qualquer mudança, nota-se resistência e um certo desconhecimento quanto às novas ferramentas tecnológicas. Destaca-se que no cenário brasileiro são pouquíssimas as câmaras arbitrais que já trabalham com processo eletrônico e com a *e-arbitration*.

Ressalta-se, ainda, que a troca de comunicações eletrônicas ou a realização de audiências de forma virtual não é suficiente para caracterizar o processo arbitral como uma *e-arbitration*. Para isso, faz-se necessário que o uso de tecnologia no procedimento arbitral permita que ele seja conduzido integralmente ou majoritariamente de forma *online*.

Não sem alguma resistência, a Lei 11.419/06 inaugurou a utilização do processo eletrônico no Poder Judiciário. Com a intenção de promover a modernização do órgão estatal, a celeridade dos procedimentos e a economia de recursos, iniciou-se a utilização de sistemas informatizados no lugar dos antigos processos físicos. A referida lei possibilitou a utilização do meio eletrônico na tramitação

26. Como apontado pelo autor Philippe Pinsolle, que maneja expressões intraduzíveis para o português: *“Almost every word has its e-equivalent: e-bibles, e-bundles, e-submissions, e-discovery. Technology has become an inevitable companion of almost every arbitration practitioner. Most, if not all arbitration practitioners are equipped with one or several “smartphones”, and most communications between counsel, clients and arbitral tribunals are channeled through e-mails or online servers. The use of computer assisted presentations in arbitral hearings is frequent, as is witness conferencing and live court reporting, and entire arbitrations are now conducted online on dedicated web-based platforms. The impact of technology in arbitration is such that it has been referred to as the “fourth” party, beside the parties themselves and the arbitral tribunal”*. (PINSOLLE, Philippe. *Arbitration and New Technologies*. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.). **International Arbitration: The Coming of a New Age?**. Vol. 17. Singapore: ICCA Congress Series, 2012, p. 643).

de processos judiciais, incluindo o controle de prazos, comunicação de atos e a transmissão de peças processuais, com a utilização de assinatura eletrônica.

Mesmo diante desse avanço, há muito se questionava, no meio arbitral, a razão pela qual as Câmaras não adotavam um sistema de processo eletrônico, especialmente considerando a eficiência e celeridade que buscam as partes que optam por esse procedimento.

Nesse sentido, são poucas as câmaras de arbitragem brasileiras que adotam atualmente o *e-arbitragem* como, por exemplo, a Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada (“CAMES”), que possui processo eletrônico desde 2017, da Câmara de Arbitragem do Mercado (“CAM”), que instituiu o sistema CAM B3 Digital por meio da orientação CAM 01/193 e a Câmara de Conciliação Mediação e Arbitragem Ciesp/Fiesp (“CMA”), que instituiu o portal de gerenciamento de casos *online* por meio da Resolução nº 13/2022.

Note-se que a Orientação CAM nº 01/2019<sup>27</sup>, que instituiu o sistema CAM B3 Digital, ainda permite que as partes optem pelo trâmite físico dos procedimentos. De forma diversa, o Artigo 15 do Regulamento de Arbitragem da CAMES prevê que o seu sistema de processo eletrônico será utilizado necessariamente em todo o procedimento<sup>28</sup>. Já os procedimentos conduzidos pelo CMA serão hospedados em um endereço individual, devendo todas as manifestações, documentos, comunicações, notificações e decisões serem inseridas somente via portal<sup>29</sup>.

27. Na linha do que vemos comentamos, o art. 1º da Orientação CAM nº 01/2019 resume bem a importância e vantagens de adoção do sistema de processo eletrônico na arbitragem: “Artigo 1º. A plataforma eletrônica CAM B3 Digital é um sistema online que possibilitará a administração e tramitação eletrônica de procedimentos arbitrais, garantindo maior eficiência, celeridade e ainda mais segurança aos procedimentos arbitrais. [...]”. (CÂMARA DE ARBITRAGEM DO MERCADO. *Orientação CAM Nº 01/2019: Institui o sistema CAM B3 Digital e dispõe sobre seu funcionamento*. São Paulo/SP, 14 jun. 2019). Sobre a manutenção da possibilidade de se conduzir o procedimento arbitral fora da plataforma digital, verifica-se: “Artigo 2º. A partir de 1º de julho de 2019, só será permitida a instauração de novos procedimentos arbitrais por via da plataforma digital, salvo disposição expressa em sentido contrário na cláusula compromissória. A tramitação dos procedimentos instaurados após a data supra referida, permanecerá digital até a assinatura do Termo de Arbitragem, e só retornará à tramitação física na hipótese de as partes expressamente determinarem, com a concordância do Tribunal Arbitral.” (CÂMARA DE ARBITRAGEM DO MERCADO. *Orientação CAM Nº 01/2019: Institui o sistema CAM B3 Digital e dispõe sobre seu funcionamento*. São Paulo/SP, 14 jun. 2019).
28. O mencionado artigo estabelece a adoção do sistema digital Pacto para todas as arbitragens administradas pela câmara CAMES: “Art. 15. O Pacto será utilizado em todo o procedimento de arbitragem.”. (Regulamento de Arbitragem da Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada – CAMES. Disponível em: < <https://www.camesbrasil.com.br/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-arbitragem/>>. Acesso: 24 jan. 2022.)
29. “Art. 6º Uma vez que seja conferido acesso ao site do procedimento, todas as comunicações entre as Partes, Árbitros, Mediadores, membros do Board, Secretaria da Câmara e/ou terceiros envolvidos deverão ser realizadas através da plataforma, incluindo, mas não se limitando a: a) Notificações e comunicações da Secretaria da Câmara; b) Manifestações e documentos das partes; c) Decisões do Tribunal Arbitral e dos membros do Board; d) Comunicados do Tribunal Arbitral, dos Mediadores e dos membros do Board; e) Cobrança de custas. Parágrafo único. Não serão consideradas válidas e, portanto, não serão juntadas ao procedimento, quaisquer

Independente do modelo ou sistema adotado, certo é que o processo eletrônico e o *e-arbitragem* passam agora, com certo atraso em relação à prática da arbitragem internacional, a ser uma realidade também para o meio arbitral, cabendo às partes, aos árbitros e aos advogados se adaptarem a essa nova sistemática.

Nesse aspecto, em 16 de setembro de 2018, no Congresso de Arbitragem Internacional, organizado pelo CBAR, responsável por reunir boa parte da comunidade arbitral brasileira, foi realizado um painel que tratou de segurança cibernética nos procedimentos arbitrais, organizado pelo *Young Arbitrators Forum*. Na ocasião, se discutiu de quem seria a responsabilidade pelo desenvolvimento de sistemas e controles que minimizassem o risco de acesso indevido a dados sensíveis de procedimentos arbitrais, havendo aqueles que atribuíam essa responsabilidade primordialmente às Câmaras e outros aos escritórios de advocacia que atuam nos procedimentos.

Nessa oportunidade, alertou-se principalmente para o fato de que o campo da arbitragem é de particular interesse dos *hackers*, exatamente por envolver a transmissão de documentos sensíveis, seja por parte de governos, seja por parte de empresas de grande peso.<sup>30</sup>

Finalmente, o painel pareceu estar dividido entre aqueles que entendiam que a responsabilidade de criar estes sistemas de segurança recairia sobre as câmaras de arbitragem e aqueles que impunham tal responsabilidade aos escritórios de advocacia. Em meio às calorosas discussões, sugeriu-se às câmaras de arbitragem criar sistemas completamente automatizados para a gestão do procedimento arbitral, nos quais tanto a transmissão quanto o armazenamento dos arquivos fossem realizados por meio de uma estrutura devidamente munida com os mecanismos de segurança necessários.

Mais recentemente, em novembro de 2021, a *Framework Guideline*, um guia elaborado pelo CIARB, contou com diversas recomendações que são de grande utilidade e devem ser incorporadas na prática arbitral no Brasil.

O protocolo aborda as questões que os participantes em procedimentos arbitrais devem considerar ao utilizar tecnologia. A Parte I abrange princípios

manifestações transmitidas por meio diverso ao Portal, inclusive e-mail ou protocolos físicos, salvo hipóteses de indisponibilidade - de acordo com o art. 13 - ou caso haja orientação diversa do Tribunal Arbitral, do Mediador, dos membros do Board ou da Presidência da Câmara". (CMA, Resolução nº 13/2022. Disponível em: < <https://www.camaradearbitragemsp.com.br/ptos-normativos/resolucao-13-2022.html>>. Acesso em 10 jun. 2024.)

30. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; MONTEIRO, Ana Sofia. **Segurança cibernética, câmaras arbitrais e o sistema pacto**. 01 out. 2018. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/288257/seguranca-cibernetica--camaras-arbitrais-e-o-sistema-pacto>>.

gerais, incluindo a compreensão dos poderes e deveres dos árbitros, assegurando justiça e fazendo uso proporcional da tecnologia. A Parte II tem orientações sobre melhores práticas relacionadas à segurança cibernética e formas de evitar violações de dados pessoais.

O mencionado *Framework Guideline* expõe que a tecnologia se tornou onipresente na arbitragem internacional e que é utilizada para uma comunicação mais célere e eficiente durante todo o processo arbitral. Também é utilizada para superar obstáculos: por exemplo, a videoconferência para audiências virtuais é empregada quando os indivíduos têm dificuldade em comparecer às audiências, o que é também cada vez mais usado por razões de custo, eficiência e qualidade. Além disso, a revisão de documentos assistida por computador, por exemplo, pode ser mais rápida, mais econômica e mais precisa do que envolver as pessoas a passar por grandes coleções de documentos.

Para além, a *Framework Guideline* adverte que há sempre a possibilidade de a tecnologia ser insegura ou instável e que tais fraquezas podem ter várias causas, incluindo vulnerabilidades de *software* e erros humanos. As consequências podem incluir violação de confidencialidade e/ou perda de dados essenciais.

Por isso, os árbitros devem tomar medidas razoáveis para adotar as melhores práticas em seu próprio uso da tecnologia e encorajar as partes (e quaisquer fornecedores terceirizados empregados pelas partes) a fazer o mesmo. Isto inclui garantir que o *software* seja atualizado, usando senhas únicas e suficientemente complexas e empregando a autenticação multifator. Assim, uma abordagem baseada no risco deve ser seguida ao avaliar quais as medidas de segurança são apropriadas.

Em arbitragens que sejam particularmente sensíveis ou que envolvam riscos particularmente altos, pode ser apropriado que os árbitros determinem que nenhum dado deve ser armazenado em um computador em rede e que os *back-ups* sejam feitos durante todo o processo de arbitragem.

Quando um ataque cibernético ou perda de dados for detectado pelos árbitros, eles devem revelar isso prontamente para as partes. Da mesma forma, devem ordenar que as partes revelem imediatamente qualquer ataque cibernético ou perda de dados, para que respostas rápidas e apropriadas possam ser tomadas pelas outras partes e pelos árbitros.

Consideramos que a adoção mais ampla da *e-arbitragem* no Brasil é apenas uma questão de tempo. Como visto, tal prática possui amplas facilidades tanto para o tribunal arbitral, quanto para as partes. Assim, tendo em vista a já adoção desses mecanismos tecnológicos no âmbito da arbitragem internacional e a experiência positiva nesse cenário, acreditamos que a adoção plena do processo eletrônico no meio arbitral brasileiro encontrará pouca resistência.

## Considerações Finais

O instituto da arbitragem internacional vem se desenvolvendo a séculos. Mas é somente após da execução da convenção de Nova Iorque de 1958 e da publicação da Lei Modelo UNCITRAL em 1985 (revisada em 2006) que ela se torna o meio de resolução de disputas internacionais que se destaca entre todas. Esse desenvolvimento, relativamente recente, permitiu que regras inerentes sobre seu funcionamento fossem expostas e que ideias emergentes das melhores práticas de diversas origens domésticas fossem coletadas e compartilhadas. Instituições como o CIARB, a *International Bar Association* (IBA) ou a *International Chamber of Commerce* (ICC) agem como um núcleo para consolidar e divulgar as melhores práticas acumuladas.

O Brasil, ao longo da existência e reforma de sua Lei de Arbitragem, vem se envolvendo cada vez mais com a comunidade internacional. Isso é ilustrado pelo estabelecimento da *Brazil Branch* da CIARB, a abertura do escritório da ICC em São Paulo e da contribuição de indivíduos e organizações nacionais em instrumentos internacionais. O resultado é que, cada vez mais, o Brasil é reconhecido como um foro de alta qualidade e segurança, com profissionais reconhecidos e respeitados mundialmente.

Existem características do processo arbitral “brasileiro” que podem contribuir para as melhores práticas coletivas, na mesma medida em que existem melhores práticas internacionais que podem ser importadas para este mesmo processo. Como se vê pelos exemplos apresentados, as *Guidelines* da CIARB não se aplicam somente às arbitragens estrangeiras ou da *common law*.

Este trabalho procura chamar a atenção da comunidade arbitral brasileira a certas práticas e consensos internacionais que podem, em muitas instâncias, aprimorar a arbitragem nacional de forma consistente com as regras cogentes e a cultura nacional, de forma a favorecer as partes, advogados e árbitros. Um pro-

cesso mais eficaz e célere acaba por beneficiar todos os envolvidos, especialmente as partes que bancam os custos e têm interesse ímpar na prolação de sentença arbitral justa, rápida e econômica, para que elas possam retomar suas atividades, com o mínimo de interrupção.

## Referências

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Arbitragem no Brasil – Pesquisa CBAR-Ipsos**. Disponível em: <[http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa\\_CBAR-Ipsos-final.pdf](http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAR-Ipsos-final.pdf)>. Acesso em 06.01.2022.

BLANKE, Gordon. *et. al. CIARB Framework Guideline on the Use of Technology in International Arbitration*. Londres: **Chartered Institute of Arbitrators**, 2021. Disponível em: <[https://www.viac.eu/images/COVID19/CIARB\\_Framework\\_Guideline\\_on\\_the\\_Use\\_of\\_Technology\\_in\\_International\\_Arbitration.pdf](https://www.viac.eu/images/COVID19/CIARB_Framework_Guideline_on_the_Use_of_Technology_in_International_Arbitration.pdf)>. Acesso em 05.01.2022.

BRASIL. **Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm)>. Acesso em 01.11.2021.

BRASIL. **Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm)>. Acesso em 02.01.2022.

BRASIL. **Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002**. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4311.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm)>. Acesso em 06.01.2022.

CÂMARA DE ARBITRAGEM DO MERCADO. **Orientação CAM Nº 01/2019**: Institui o sistema CAM B3 Digital e dispõe sobre seu funcionamento. São Paulo, 14 de jun. de 2019. Assinado por Roberto Teixeira da Costa. Disponível em: <<https://www.camarado-mercado.com.br/assets/pt-BR/Resolucao%20CAM%20B3%20Digital%20assinada.pdf>>. Acesso em: 10.01.2022.

CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM CIESP/FIESP. Resolução nº 13/2022 – Institui o portal de gerenciamento de casos on-line e dispõe sobre o seu funcionamento. São Paulo, 29 de agosto de 2022. Assinado por Sydney Sanches Presidente da Câmara Ciesp/Fiesp. Disponível em: <<https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/atos-normativos/resolucao-13-2022.html>>. Acesso em: 10 jun. 2024.

CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM ESPECIALIZADA - CAMES. *Regulamento de Arbitragem da Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada – CAMES*. 23 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.camesbrasil.com.br/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-arbitragem/>>. Acesso: 24 jan. 2022.

CARMONA, Carlos Alberto. O processo arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 1, n. 1, p. 21-31. São Paulo: RT, jan./abr. 2004.

\_\_\_\_\_. Flexibilização do Procedimento Arbitral. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 6, Issue 24, p. 07-21. Porto Alegre, out.-dez. 2009.

CONWAY, Chair Shawn. *et al. International Arbitration Practice Guideline nº 6: “Managing Arbitrations and Procedural Orders”*. Londres: **Chartered Institute of Arbitrators**, 2016. Disponível em: < <https://ciarb-brazil.org/wp-content/uploads/2020/12/guideline-6-managing-arbitrations-and-procedural-orders-2015.pdf> > . Acesso em 01.11.2021.

\_\_\_\_\_. *International Arbitration Practice Guideline nº 7: “Party-Appointed and Tribunal Appointed Expert”*. Londres: **Chartered Institute of Arbitrators**, 2016. Disponível em: < <https://ciarb-brazil.org/wp-content/uploads/2020/12/guideline-6-managing-arbitrations-and-procedural-orders-2015.pdf> > . Acesso em 01.11.2021.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; MONTEIRO, Ana Sofia. **Segurança cibernética, câmaras arbitrais e o sistema pacto**. 01 out. 2018. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/288257/seguranca-cibernetica--camaras-arbitrais-e-o-sistema-pacto> >.

MARINHO NUNES, Thiago. “Arbitragem como método adequado de resolução de conflitos nos contratos”. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 16, Issue 62, p. 58-79. Porto Alegre, abr.-jun. 2019.

\_\_\_\_\_. **A evolução do conceito de prova técnica na arbitragem**. 27.07.2021. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/coluna/arbitragem-legal/349079/a-evolucao-do-conceito-de-prova-tecnica-na-arbitragem> > . Acesso em: 30.10.2021.

\_\_\_\_\_. *The Relevance of the CIARB Guidelines for Domestic Arbitration in Brazil*. **Comitê Brasileiro de Arbitragem**. Publicado em: 24.03.2021. Disponível em: < <https://cbar.org.br/site/the-relevance-of-the-ciarb-guidelines-for-domestic-arbitration-in-brazil/> > . Acesso em 30.10.2021.

MASTROBUONO, Cristina M. Wagner. “Pesquisa: regras de imparcialidade e independência na produção de provas nas arbitragens”. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 17, Issue 67, p. 32-77. Porto Alegre, jul.-set. 2020.

MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva. **Introdução a Arbitragem e M&A**: coletânea de artigos. Rio de Janeiro: Curso Prático de Arbitragem, 2021.

\_\_\_\_\_. “Guia politicamente incorreto da arbitragem brasileira: visão crítica de vinte anos de sucesso”. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 50, p. 213-227. São Paulo, jul.-set. 2016.

\_\_\_\_\_. **Os 10 mandamentos da boa petição em arbitragem**. 10.03.2016. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/235483/os-10-mandamentos-da-boa-peticao-em-arbitragem> > . Acesso em: 10.01.2022.

PINSOLLE, Philippe. *Arbitration and New Technologies*. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.). **International Arbitration: The Coming of a New Age?**. Vol. 17. Singapore: ICCA Congress Series, 2012.

SIMÕES, Alexandre Palermo; MONTORO, Marcos André Franco. “O Perito e a Expert Witness (“Testemunha Técnica”) na Arbitragem”. *In*: NETO, Francisco Maia; FIGUEIREDO, Flavio Fernando de. (Coords.). **Perícias em Arbitragens**. 2ª ed. São Paulo: Leud, 2019.

UNITED NATIONS. UNCITRAL *Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006*. New York, 2006. Disponível em: <[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955\\_e\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf)> . Acesso em: 10.11.2021.



# 7 | A RESOLUÇÃO DA CVM Nº 80, A CONFIDENCIALIDADE DOS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS E A DIVULGAÇÃO DE FATOS RELEVANTES AO MERCADO PELAS COMPANHIAS DE CAPITAL ABERTO

Bruna Novis Gordilho<sup>1</sup>  
Joaquim De Paiva Muniz<sup>2</sup>

## Introdução

Para que os *players* do mercado possam negociar de forma mais segura e transparente possível, e assim evitar futuros conflitos envolvendo a compra e venda das ações, é necessário que se faça uma análise da abrangência do dever de informar fatos relevantes quando imposta as sociedades anônimas de capital aberto confidencialidade das arbitragens das quais fazem parte.

Nesse passo, cabe examinar no que consiste o dever de informar, mas também que informações são cabíveis a serem divulgadas ao mercado e quais as companhias não podem informar tendo em vista a confidencialidade de procedimentos arbitrais em que a companhia esteja envolvida.

1. Advogada no escritório *Bovesi and Partners em Imola-IT*. LL.M em *international trade*, *Università degli Studi di Torino*. Mestranda em *Legal Studies na Università degli Studi di Bologna*.
2. Sócio de Trench, Rossi e Watanabe Advogados. LL.M., *University of Chicago*. *Fellow do Chartered Institute of Arbitrators*. Presidente da Comissão de Arbitragem da OAB-RJ

De início, cumpre frisar que a transparência deverá ser uma norteadora do relacionamento das companhias abertas com o mercado, tendo em vista que o *full disclosure* é considerado como um dos principais pilares do mercado de ações.

Entretanto, poderia haver exceções a este dever de divulgação de fatos relevantes, que inexistem quando houver impedimento estabelecido por lei ou decisão judicial.<sup>3</sup>

Conforme prevê o Art. 4º, IV, “c” e 22, § 1º, VI da Lei 6.385/76 cabe a CVM, regulamentar a caracterização dos fatos relevantes e as hipóteses em que sua divulgação é obrigatória pelas companhias de capital aberto.<sup>4</sup>

Atualmente, o descumprimento à IN CVM nº 44 configura-se pela não divulgação de fatos relevantes, o que não se descaracteriza sob o fundamento de interesse legítimo. Nesse contexto, ante a existência de fatos relevantes, a companhia fica obrigada a divulgá-los imediatamente ao mercado (Art. 3º da IN CVM nº 44).

Dessa forma, um questionamento que surge é se o dever legal de divulgação será descumprido pela sociedade de capital aberto, caso esta se omita de informar ao mercado fatos relevantes decorrentes ou relacionados a um procedimento arbitral em andamento.

Nesse ponto, cabe esclarecer que, conforme estabelece o Art. 2, IN CVM nº 44 e o Art. 157, § 4º da LSA, o fato relevante é todo e qualquer ato ou fato político, administrativo, econômico-financeiro, técnico ou comercial que possa impactar, de forma atípica, nas cotações dos valores mobiliário, na decisão dos investidores de realizar a compra das ações ou de quaisquer outros direitos dos acionistas.<sup>5</sup>

Quando ocorre de uma sociedade omitir informações relevantes do mercado acarreta uma quebra de confiança ao mercado, conduzindo, assim, a uma redução da atratividade de investimentos, o que muitas vezes gera uma desvalorização de valores aportados pelo mercado<sup>6</sup>. Nessa seara, a IN CVM nº 44 e seus dispositivos buscam regularizar a divulgação das informações relevantes

3. BOECHEM, Felipe Tavares; RIOS, Alexandre Carvalho Pinto. Análise da Jurisprudência da CVM sobre o dever de divulgação de fatos relevantes, **Revista de Direito Empresarial**, v. 5., set/out, Thompson Reuters, 2014, p. 127-128

4. BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 17 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2019, p.185-187.

5. REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 213.

6. MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. Gerenciamento de Risco, Compliance e Geração de Valor: os compliance programs como ferramenta para mitigação de risco reputacionais nas empresas. **Revista dos Tribunais**, vol. 997, nov. 2018, p. 576.

ao mercado, tendo em vista que a mera possibilidade desses fatos impactarem na decisão dos investidores já os tornam objetos de divulgação, ainda que não exista um deságio.

Portanto, a CVM determina que a possibilidade de não divulgar fato relevante é situação absolutamente excepcional, considerando que o mercado de ativos mobiliários no Brasil é regido pelo princípio do *full disclosure*, assim decidiu a CVM nº PAS nº RJ 2006/5928 (Art. 6º, IN CVM nº 44; Art. 157, § 4º, LSA). Assim, resta garantido aos acionistas o direito de fiscalizarem a sociedade na qual investem, não podendo o interesse legítimo da companhia ser maior que esse direito, previsto no art. 109, inciso III, da Lei nº 6.404/76.

Dessa forma, resta clara a essencialidade da revelação de informações relevantes ao mercado de capitais com foco no dever de informar do administrador, tendo a CVM o papel de disseminar a importância do *full disclosure* e reduzir as assimetrias informacionais entre as companhias e os acionistas, fazendo com que o mercado funcione de maneira eficiente. Ademais, tendo em vista que essas informações têm grande influência nas decisões dos investidores do mercado de vender ou comprar os valores mobiliários emitidos pela companhia, influenciando assim em todo o mercado.<sup>7</sup>

O implemento do *full disclosure* tem o intuito de realizar um controle mais amplo e efetivo das condutas dos administradores e acionistas, aumentando assim a confiabilidade dos investidores, estabilizar a flutuação do valor das ações e promovendo aos *players* do mercado uma maior segurança, e assim incentivando maiores investimentos.

Assim, a partir da imposição as companhias de obrigações extensivas de divulgar informações relevantes estabelece uma relação mais segura entre os investidores do mercado de capitais e estas sociedades, já que estes passam a confiar na qualidade, credibilidade e continuidade das informações prestadas, principalmente com a possibilidade responsabilização da companhia caso está descumpra o que prevê a IN CVM nº 44.<sup>8</sup>

Entretanto, cabe aqui esclarecer que a IN CVM nº 44 em seu art. 3º, veda a divulgação de fatos incompletos ou inverídicos ao mercado, haja vista que estes podem gerar dúvidas e não esclarecimentos aos acionistas, sendo este o

7. REQUIÃO, *op. cit.*, p. 213-214.

8. PITTA, André Gruspun. **O Regime de Informação das Companhias Abertas**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 102.

principal objetivo da divulgação de fatos relevantes, que é justamente trazer esclarecimentos ao mercado. Ainda, segundo Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira<sup>9</sup>, tal atitude poderia ser uma violação ao interesse legítimo da companhia, pois ao divulgar tais fatos incompletos e até duvidosos, poderia acarretar prejuízos a credibilidade da companhia, colocando em risco os interesses de seus acionistas.

Dessa forma, a presente discussão girará em torno de se a confidencialidade sob o procedimento arbitral possui ou não o condão de eximir a Sociedade do seu dever legal de informar fato relevante.

## 1 A confidencialidade dos procedimentos arbitrais

No Brasil, a confidencialidade dos procedimentos arbitrais é facultativa. A Lei nº 9.3037/96 não traz expressamente em nenhum de seus dispositivos o dever de confidencialidade para as partes, esta, normalmente, é estabelecida pelas próprias convenções arbitrais ou pelos regulamentos de arbitragem das principais câmaras arbitrais, tendo como exceção apenas os procedimentos em qual for parte a administração pública.<sup>10</sup>

Cabe aqui ressaltar que, em seu artigo 13 § 6º a Lei de Arbitragem limita-se a estabelecer que os árbitros devem atuar com discrição no durante o procedimento arbitral. Dessa forma, o caráter confidencial deve ser estabelecido pelas partes que tem o intuito de assegurar que todas as informações envolvendo um futuro litígio não será exposta a terceiros.

Diante disso, existindo um terceiro não signatário da cláusula compromissória, no caso de procedimento arbitral, o tribunal não possui jurisdição para determinar a quebra do sigilo em face daquele, ante a ausência de poder coercitivo na arbitragem.<sup>11</sup>

Dessa forma, um questionamento que surge é se o dever de informar fatos relevantes ao mercado, estaria sendo violado pela sociedade de capital aberto, caso esta se omita de declarar a outra parte fatos que podem ser considerados

9. LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz (Coord.). **Direito das Companhias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1145.

10. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 246; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Confidencialidade na arbitragem**. V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial. Coimbra: Almedina, 2012, p. 201.

11. BIANCHI, Beatriz Homem de Mello. A produção de prova no procedimento arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 32. São Paulo, 2018, p. 220; BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem nos termos da lei 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 329.

como relevantes decorrentes ou relacionados a um procedimento arbitral em andamento.

Nesse contexto, é importante ressaltar que em um procedimento arbitral no qual seja estabelecida a confidencialidade pelas partes, teoricamente estas não estão autorizadas a divulgar qualquer conteúdo relacionado ao andamento do processo, depoimentos de testemunhas e decisões do tribunal a qualquer indivíduo que não esteja envolvido no caso<sup>12</sup>, entretanto, a nova resolução da CVM nº 40 estabelece que devem haver exceções a esta regra, determinando assim que certas decisões em arbitragens, que envolvem companhias de capital aberto, devem ser divulgadas ao mercado como fato relevante.

Anteriormente a resolução da CVM nº 40 as partes e o objeto do conflito de uma arbitragem sob confidencialidade não eram divulgados. Assim, somente as partes que fazem parte da arbitragem tinham conhecimento do conteúdo do procedimento, a menos que o tribunal arbitral autorizasse, expressamente, o acesso a um terceiro<sup>13</sup>, porém tal entendimento agora já é ultrapassado, tendo em vista as novas determinações impostas pela CVM.

A confidencialidade é constantemente apontada como uma das principais vantagens do procedimento arbitral em relação ao litígio, tendo em vista que por conta desta, haveria uma maior proteção aos interesses das partes.

Nesse sentido, entende-se que a adesão à obrigação de confidencialidade poderá evitar ferir a imagem da empresa, a exposição de seus negócios e, conseqüentemente, que estes sejam de alguma maneira prejudicados devido a divulgação de informações relacionadas a arbitragem na qual as partes estão envolvidas, podendo, inclusive, impedir um possível agravamento da disputa por conta de comentários públicos feitos durante o procedimento.<sup>14</sup>

A adesão à obrigação de confidencialidade poderá evitar ferir a imagem da empresa, a exposição de seus negócios e, conseqüentemente, que estes sejam de alguma maneira prejudicados devido a divulgação de informações relacionadas

12. IICOOK, Trevor; GARCIA, Alejandro I. *International Intellectual Property Arbitration*, **Arbitration in Context Series**, Volume 2 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2010, pp. 229 – 272

13. VOSER, Natalie; The Swiss Perspective on Parties in Arbitration: “Traditional Approach With a Twist regarding Abuse of Rights” or “Consent Theory Plus”. In: BREKOLAKIS, Stavros; LEW, Julian David Mathew; et al. (eds). *The Evolution and Future of International Arbitration*, *International Arbitration Law Library*. Volume 37. **Kluwer Law International**, 2016, p. 352; WAJNCYMER, Jeffrey Maurice; Part II: *The Process of an Arbitration*, *Chapter 7: Complex Arbitration\**, in *Procedure and Evidence in International Arbitration*, **Kluwer Law International**, 2012, p. 583.

14. BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on international arbitration*. Fifth edition, Oxford University Press, 2009, p. 31-33.

a arbitragem na qual as partes estão envolvidas, podendo, inclusive, impedir um possível agravamento da disputa por conta de comentários públicos feitos durante o procedimento.

Nessa seara, entende-se que, nos procedimentos arbitrais que envolvem grandes companhias de capital aberto, a confidencialidade seria para as mesmas a pedra angular, já que estas buscam, em sua maioria, preservar a imagem da companhia, bem como os seus segredos comerciais, de caráter estratégico e o *quantum* da demanda.

Assim, admitir a divulgação do conteúdo da arbitragem seria uma violação manifesta das regras aplicáveis, sejam contratuais ou arbitrais. Portanto, nos termos da Instrução CVM nº 44 a divulgação da sentença arbitral deveria ocorrer somente nas hipóteses em que esta seja caracterizada como ato ou fato relevante.

A *UNIDROIT Principles* determina o dever de confidencialidade como a obrigação de não compartilhar informações ou utilizá-las indevidamente. Além disso, estabelece que este dever impõe às partes a obrigação de não divulgar. Já a UNCITRAL- *United Nations Commission On International Trade Law*-, estabelece em suas *Notes on Organizing Arbitral Proceedings* de 1996, no Item 31, que a confidencialidade é vista como uma das características mais vantajosas e úteis da arbitragem.

## 2 A divulgação de fatos relevantes ao mercado

O dever de informar se trata de uma regra consolidada pelo mercado de valores mobiliários norte-americano, que inicialmente passou a exigir a divulgação periódica de informações ao mercado, com o intuito de proteger os investidores dos intermediários que realizam as ofertas públicas dos títulos e daqueles que emitem estes títulos.

O princípio do *full disclosure* consiste na divulgação total de informações relevantes a respeito de uma companhia, tendo como principais funções (i) proporcionar aos acionistas da companhia uma maior proteção; (ii) trazer uma maior credibilidade a companhia perante o mercado, devendo os fatos divulgados serem o mais completo e precisos possível; e (iii) evitar a prática de *insider tradin*.

A IN nº 44 da CVM dispõe a respeito da obrigação legal das empresas e dos seus diretores de realizarem a divulgação de fatos relevantes ao mercado de ca-

pitais. Em seu artigo primeiro a Comissão determina quem são os responsáveis por prestar essas informações.

A Comissão de Valores Mobiliários, através do exercício de suas competências, busca resguardar a lisura das operações no mercado, assegurando sua confiabilidade, tornando-o mais atrativo aos investidores, que o perceberão como um ambiente confiável, a despeito das suas oscilações típicas. Assim, a CVM tem função: consultiva, fiscalizadora, registraria, de fomento e regulamentar.<sup>15</sup>

Conforme foi destacado na decisão do PAS nº 2003/12818<sup>16</sup>: “A transparência é um dos pilares do mercado de valores mobiliários, e, conforme já mencionado, é função institucional dessa autarquia zelar para que o público investidor disponha de todas as informações necessárias para formar sua convicção, de modo consciente, a respeito de determinado investimento.”

Portanto, a CVM determina que a possibilidade de não divulgar fato relevante é situação absolutamente excepcional, considerando que o mercado de ativos mobiliários no Brasil é regido pelo princípio do *full disclosure*, assim decidiu a CVM no PAS nº RJ 2006/5928<sup>17</sup>. Assim, resta garantido aos acionistas o direito de fiscalizarem a sociedade na qual investem, não podendo o interesse legítimo da companhia ser maior que esse direito, previsto no art. 109, inciso III, da Lei nº 6.404/76.<sup>18</sup>

Nesta seara, o artigo 6º da IN CVM nº 44 prevê que:

Art. 6º Ressalvado o disposto no parágrafo único, os atos ou fatos relevantes podem, excepcionalmente, deixar de ser divulgados se os acionistas controladores ou os administradores entenderem que sua revelação porá em risco interesse legítimo da companhia.

Parágrafo único. As pessoas mencionadas no **caput** ficam obrigadas a, diretamente ou por meio do Diretor de Relações com Investidores, divulgar imediatamente o ato ou fato relevante, na hipótese de a informação escapar

15. MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. **Gerenciamento de Risco, Compliance e Geração de Valor**: os compliance programs como ferramenta para mitigação de risco reputacionais nas empresas. Em: Revista dos Tribunais, vol. 997, nov. 2018, p. 576.
16. CVM, PAS 2003/12818 Rio de Janeiro. Comissão de Valores Mobiliários Processo Administrativo Sancionador nº 12818 de 2003. Diretor Relator: Eli Loria. Julgado em: 15/10/2004
17. CVM, PAS 2006/5928 Rio de Janeiro. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador nº 5928 de 2006. Diretor Relator: Pedro Oliva Marcílio de Sousa. Julgado em: 17/04/2007. Disponível em: [http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2007/20070417\\_PAS\\_RJ20065928.pdf](http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2007/20070417_PAS_RJ20065928.pdf)
18. LOTUFO, Mirelle Bittencourt. O direito do acionista à informação e a confidencialidade da arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 53. Ano 14. P. 283-313. São Paulo: Ed. RT, abr-jun. 2017, p.290-291; VILLAR, Ingrid Danielle de Jesus. **Disclosure**: o impacto da divulgação de informações sobre as companhias abertas brasileiras; orientador: André Antunes Soares de Camargo. São Paulo: Insper, 2016, pp. 16-17.

ao controle ou se ocorrer oscilação atípica na cotação, preço ou quantidade negociada dos valores mobiliários de emissão da companhia aberta ou a eles referenciados.

Tendo isso em mente, no conflito entre confidencialidade e transparência por parte da companhia de capital aberto ao mercado, qual deve prevalecer?

Aqui cabe lembrar que, conforme estabelecido pela Comissão de Valores Mobiliários, se considera fato relevante todo e qualquer ato ou fato político, administrativo, econômico-financeiro, técnico ou negocial que possa impactar, de forma atípica, nas cotações dos valores mobiliários, na decisão dos investidores de realizar a compra das ações ou de quaisquer outros direitos dos acionistas, conforme prevê o art. 2º, IN CVM nº 44.

Entretanto, sabe-se que a IN CVM nº 44 em seu art. 3º, veda a divulgação de fatos incompletos ou inverídicos ao Mercado, haja vista que estes podem gerar dúvidas e não esclarecimentos aos acionistas, sendo este o principal objetivo da divulgação de fatos relevantes, que é justamente trazer esclarecimentos ao mercado. Ainda, segundo Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira<sup>19</sup>, tal atitude poderia ser uma violação ao interesse legítimo da companhia, pois ao divulgar tais fatos incompletos e até duvidosos, poderia acarretar prejuízos a credibilidade da companhia, colocando em risco os interesses de seus acionistas.

Nesse sentido, a CVM vem proferindo decisões quanto à possibilidade de exceção de divulgação de fatos relevantes ao mercado, diante disso, podemos concluir que existem algumas limitações a essa divulgação pela companhia aberta.

Em relação a esse conflito ao julgar os Processos Administrativos nº RJ 2008/0713, nº RJ 2012/13700 e RJ nº 2016/7190, a CVM adotou posicionamento de que a confidencialidade dos procedimentos arbitrais seria necessária para proteger as partes contra o uso indevido de informações por terceiros estranhos à relação processual, não havendo incompatibilidade com as disposições da LSA atinentes à divulgação de informações. Nesse sentido, conclui-se que, conforme o entendimento da CVM, o direito à informação dos acionistas não é amplo e irrestrito, bem como, a divulgação da sentença arbitral deveria ocorrer somente quando esta fosse caracterizada como ato ou fato relevante.

19. LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz (Coord.). **Direito das Companhias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1145.

Ademais, a CVM afirmou que não teria os poderes necessários para conferir a terceiro interessado o acesso a uma arbitragem que esteja sob sigilo, conforme prevê a Lei no 6.385/1976. Sendo assim, a CVM entendeu nos Processos Administrativos Sancionadores acima citados que seria possível que procedimentos arbitrais envolvendo companhias abertas ocorressem sob sigilo, devendo ser apenas serem observadas as normas de divulgação de atos e fatos relevantes.

Portanto, observa-se que o posicionamento da CVM buscou conciliar os interesses privados das companhias, nesse caso o de fazer parte de procedimentos arbitrais sob confidencialidade, com os interesses dos possíveis investidores e dos acionistas, que estão sempre em busca de uma assimetria de informações.

Diante dessa questão e dos controversos pontos de vista sobre essa questão, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), em março de 2021, lançou em audiência pública (SDM nº 01/21) para propor o debate em torno da proposta de alteração da instrução CVM nº 480, que busca regulamentar a divulgação de informações em demandas societárias judiciais e arbitrais.

As alterações postas para discussão pela CVM, tinham o intuito de propor a flexibilização da confidencialidade dos processos arbitrais que envolvam companhias de capital aberto, fazendo com que estas sejam compelidas a informar ao mercado sobre litígios: (i) que envolvam direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos e (ii) que possam atingir a esfera jurídica do emissor ou de outros investidores que não sejam parte do processo, conforme descreve a proposta apresentada para debate. Ademais, a CVM propõe que as companhias comuniquem, em um prazo de 3 (três) dias úteis, a respeito das decisões, tanto no caso dos procedimentos arbitrais como nos judiciais.

Entretanto, haja vista a necessidade das companhias de capital aberto de publicizar todas as informações que possam influenciar no preço das suas ações e que uma arbitragem iniciada poderia influenciar nas decisões do mercado e dos acionistas, esse procedimento arbitral não poderia, em alguns casos, ser confidencial.

Em razão dos intensos debates quanto ao tema, em 29 de março de 2022, foi baixada a Resolução CVM nº 80/22. Esta teve com principal intuito estabelecer a comunicação sobre demandas societárias às companhias abertas, porém conforme expõe o Anexo I da Resolução, vejamos:

Artigo 1º — Este anexo se aplica às demandas societárias em que o emissor, seus acionistas ou seus administradores figurem como partes, nessa qualidade, e:

I – que envolvam direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos; ou II – nas quais possa ser proferida decisão cujos efeitos atinjam a esfera jurídica da companhia ou de outros titulares de valores mobiliários de emissão do emissor que não sejam partes do processo, tais como ação de anulação de deliberação social, ação de responsabilidade de administrador e ação de responsabilidade de acionista controlador.

*§ 1º. Para fins deste anexo, considera-se demanda societária todo processo judicial ou arbitral cujos pedidos estejam, no todo ou em parte, baseados em legislação societária ou do mercado de valores mobiliários, ou nas normas editadas pela CVM.*

*§ 2º. Obrigações decorrentes de convenções de arbitragem, de regulamentos de órgãos arbitrais institucionais ou entidades especializadas ou de qualquer outra convenção não eximem o emissor do cumprimento das obrigações de divulgação previstas neste anexo, respeitadas as hipóteses e observados os limites de sigilo decorrente de lei.*

*§ 3º. Na hipótese de uma informação acerca da existência de demanda ou de algum de seus desdobramentos configurar ato ou fato relevante, nos termos estabelecidos em norma específica, o emissor deverá também observar os termos e prazos estabelecidos naquele normativo.*

*§ 4º. Na hipótese do § 3º, é facultado ao emissor divulgar apenas o aviso de fato relevante, desde que contenha todas as informações exigidas por este anexo e esclareça que a divulgação se dá em atendimento tanto à presente norma como à norma específica sobre divulgação de informações sobre ato ou fato relevante.*

Artigo 2º — O emissor deve divulgar ao mercado as principais informações relativas à demanda, incluindo:

I – notícia acerca da sua instauração, no prazo de 7 (sete) dias úteis a contar, conforme figure a parte na condição de demandante ou demandado, da data de propositura da ação ou da citação ou, em caso de arbitragem, da apresentação do requerimento de sua instauração ou do seu recebimento, indicando:

- a) partes no processo;
- b) valores, bens ou direitos envolvidos;
- c) principais fatos;
- d) pedido ou provimento pleiteado;

II – no caso de processo judicial, decisões sobre pedidos de tutelas de urgência e evidência, decisões sobre jurisdição e competência, decisões sobre inclusão ou exclusão de partes e julgamentos de mérito ou extintivos do processo sem julgamento de mérito, em qualquer instância, no prazo de 7 (sete) dias úteis a contar de seu conhecimento pela parte;

III – no caso de arbitragem, apresentação de resposta, celebração de termo de arbitragem ou documento equivalente que represente estabilização da demanda, decisões sobre medidas cautelares ou de urgência, decisões sobre jurisdição dos árbitros, decisões sobre inclusão ou exclusão de partes e sentenças arbitrais, parciais ou finais, no prazo de 7 (sete) dias úteis a contar de seu conhecimento pela parte; e

IV – qualquer acordo celebrado no curso da demanda, no prazo de 7 (sete) dias úteis da apresentação de sua celebração, indicando valores, partes e outros aspectos que possam ser do interesse da coletividade dos acionistas. Parágrafo único. Na apresentação das informações de que trata este artigo, não é necessária a disponibilização do inteiro teor dos documentos a que se refiram.

Por meio de tal resolução a CVM busca que a confidencialidade dos procedimentos arbitrais deixe de existir em determinadas situações, buscando assim atender aos pedidos do mercado por uma maior transparência, em relação aos procedimentos arbitrais dos quais a companhia aberta ou seus administradores são parte. Entretanto, tal resolução não revoga o que prevê o artigo 189 do Código de Processo Civil, assim o juiz ou o tribunal arbitral permanecem podendo determinar a publicidade sobre certos documentos.

Assim, as normas estabelecidas pela CVM na resolução nº 80 devem ser aplicadas em demandas judiciais ou arbitrais, que sejam baseadas na legislação societária ou em questões que envolvam o mercado de valores mobiliários, que possam ter efeitos ou decisões que encolhem a própria companhia ou os titulares de valores mobiliários.

Dessa forma, entende-se que com a implementação de tal resolução a CVM tem o intuito de dar mais mecanismos de proteção aos investidores e para os acionistas minoritários, tendo em vista que permite a estes avaliar de uma forma mais ampla as demandas e riscos que podem futuramente afetá-los, dando a estes uma maior visibilidade sobre demandas que envolvem a companhia na qual investem.

O anexo determina que as obrigações estabelecidas em convenções ou regulamentos arbitrais que preveem a confidencialidade não exime as companhias do cumprimento das obrigações estabelecidas pela CVM, principalmente em relação a de divulgação de fatos relevantes. Assim, as companhias são obrigadas a divulgar informações de todos os procedimentos em que está envolvida, dentro de um prazo determinado que deve ser contado a partir da notificação da existência de tal procedimento.

Portanto, pode-se concluir que a companhia passa a ter a obrigação de divulgar as partes envolvidas no procedimento, bem como os bens e direitos, além dos principais fatos e os pedidos. A companhia deverá informar tanto decisões finais quanto as intermediárias, bem como a apresentação da resposta ao requerimento de arbitragem, a celebração de termo de arbitragem ou comprovante da estabilização da demanda, decisões sobre medidas cautelares ou de urgência, jurisdição dos árbitros, inclusão ou exclusão de partes.

Nessa seara, a CVM estabelece “que as obrigações de divulgação refletem preocupações centrais do regramento do mercado de capitais e não podem ser afastadas por convenções de arbitragem, regulamentos de câmaras arbitrais ou por qualquer outra convenção, respeitadas as hipóteses e observados os limites aplicáveis de sigilo decorrentes de lei”.

A partir dessa resolução as companhias passaram a ter que agir com mais cuidado e agilidade, pois estas passaram a ser responsáveis por divulgar ainda mais informações, o que com o tempo pode vir a trazer uma maior insegurança ao mercado já que os procedimentos ainda estão em curso e as informações podem ser inconstantes e em maior quantidade já que agora a mais informações devem ser divulgadas.

No caso de procedimentos arbitrais as companhias passam a ter que informar ao mercado: 1) apresentação de resposta; 2) celebração de termo de arbitragem ou documento equivalente; 3) decisões sobre medidas cautelares ou de urgência, jurisdição dos árbitros, inclusão ou exclusão de partes; e 4) sentenças arbitrais, parciais ou finais. Ademais a companhia deve divulgar caso celebre acordos relacionados a tais demandas.

## **Considerações Finais**

No presente artigo, inicialmente, demonstrou-se que a relevância da confidencialidade nos procedimentos arbitrais, que apesar de ser facultativa as partes é reconhecida pelo direito brasileiro, tendo se tornado um mecanismo muito utilizado por companhias de capital aberto nas arbitragens. Em seguida se abordou a importância da divulgação de fatos relevantes ao mercado, devendo as companhias de capital aberto agirem de forma transparente, atestando a veracidade e exatidão das informações prestadas.

Assim, diante do conflito entre a confidencialidade da arbitragem e a obrigação das companhias de capital aberto em divulgar fatos relevantes ao mercado, buscou-se – através deste artigo – investigar se essa confidencialidade dos procedimentos arbitrais poderia configurar uma limitação ao dever de divulgar fato relevante.

Para tal foi necessário analisar os recentes julgados da CVM, concluindo com isso que o dever de informar da companhia teria a sua extensão limitada, haja vista que a companhia deveria preservar a confidencialidade do conteúdo das arbitragens em que está envolvida, não podendo fazer revelações a terceiros não envolvidos no procedimento.

Entretanto, após a mais recente resolução nº 80 da CVM se visualiza um novo cenário em que as companhias de capital aberto e os tribunais arbitrais passam a ter a obrigação de flexibilizar a confidencialidade dos procedimentos arbitrais em certas hipóteses a que se refere a resolução, principalmente em seu artigo 1º.

Nesse contexto, concluiu-se que a companhia também não estaria isenta do dever de informar em relação a informações relevantes oriundas de procedimentos arbitrais mesmo que estes estejam sob sigilo.

Entende-se, portanto, que a CVM ao estabelecer na resolução nº 80 estabeleceu expressamente uma limitação a confidencialidade do procedimento arbitral nos casos envolvendo companhias de capital aberto proporcionando uma maior segurança aos investidores e acionistas do mercado, já que assim há um maior acompanhamento dos acontecimentos que estariam passíveis de influenciar nas ações dessa sociedade cotada, tendo em vista que o acesso à informação e a transparências são uns dos princípios basilares dos mercados públicos.

Em suma, a implementação da resolução nº 80 deve ser considerada como um grande avanço para que o mercado brasileiro se aproxime mais da norma do modelo de *full disclosure*, propondo assim que os procedimentos arbitrais, que tenham como parte sociedades de capital aberto, tramitem com sigilo parcial, em respeito ao interesse dos acionistas e investidores.

Conclui-se, portanto, que mesmo que a companhia tenha o dever de prestar informações em relação a fatos relevantes ao mercado, é necessário se analisar caso a caso, considerando as suas peculiaridades, se estas seriam passíveis de divulgação, considerando, principalmente, todas as determinações da CVM,

devendo, assim, haver uma análise das limitações impostas por arbitragens que a companhia faça parte e estejam sob sigilo.

## Referências

- BAPTISTA, Luiz Olavo. Confidencialidade na arbitragem. **V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial**. Coimbra: Almedina, 2012.
- BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem nos termos da lei 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2014.
- BIANCHI, Beatriz Homem de Mello. A produção de prova no procedimento arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 32. São Paulo, 2018.
- BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on international arbitration**. Fifth edition, Oxford University Press, 2009.
- BOECHEM, Felipe Tavares; RIOS, Alexandre Carvalho Pinto. Análise da Jurisprudência da CVM sobre o dever de divulgação de fatos relevantes, **Revista de Direito Empresarial**, v. 5., set/out, Thompson Reuters, 2014.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 17 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2019.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.
- COOK, Trevor; GARCIA, Alejandro I. International Intellectual Property Arbitration, Arbitration in Context Series, Volume 2 (© Kluwer Law International; **Kluwer Law International**, 2010.
- Instrução Normativa CVM Nº 358, de 3 de janeiro de 2002.
- LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luis Bulhões. Coord. **Direito das Companhias**, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz (Coord.). **Direito das Companhias**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1145.
- LOTUFO, Mirelle Bittencourt. O direito do acionista à informação e a confidencialidade da arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 53. Ano 14. p. 283-313. São Paulo: Ed. RT, abr-jun. 2017.
- MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. Gerenciamento de Risco, Compliance e Geração de Valor: os compliance programas como ferramenta para mitigação de risco reputacionais nas empresas. **Revista dos Tribunais**, vol. 997, nov. 2018.
- PITTA, André Gruspun. **O Regime de Informação das Companhias Abertas**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003.

VILLAR, Ingrid Danielle de Jesus. **Disclosure**: o impacto da divulgação de informações sobre as companhias abertas brasileiras. orientador: André Antunes Soares de Camargo. São Paulo: Insper, 2016.

VOSER, Natalie; *The Swiss Perspective on Parties in Arbitration: “Traditional Approach With a Twist regarding Abuse of Rights” or “Consent Theory Plus”*. In: BREKOULAKIS, Stavros; LEW, Julian David Mathew; et al. (eds). *The Evolution and Future of International Arbitration, International Arbitration Law Library*. Volume 37. **Kluwer Law International**, 2016.

WAINCYMER, Jeffrey Maurice. *Part II: The Process of an Arbitration, Chapter 7: Complex Arbitration\**; in *Procedure and Evidence in International Arbitration*, **Kluwer Law International**, 2012.



# 8 | PANORAMA E TENDÊNCIAS NA ADOÇÃO DE DIRETIVAS DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS POR INSTITUIÇÕES ARBITRAIS

Maria Luiza Negreiros<sup>1</sup>  
Karin Klempp Franco<sup>2</sup>

## Introdução

Ao longo dos últimos anos, com o surgimento de legislações relativas à proteção de dados pessoais – como o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho (2016), doravante denominado “*General Data Protection Regulation*” ou “GDPR” (2016), no âmbito da União Europeia (EU), e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (BRASIL, 2018), doravante denominada “LGPD”<sup>3</sup>, no Brasil – passaram a surgir novos questionamentos relacionados à proteção de tais dados no âmbito da prática arbitral.

Sabe-se que há previsões de multas e outras penalidades na hipótese de descumprimento das normas de proteção de dados pessoais e que, em uma arbitragem (principalmente no caso das internacionais), mais de uma legislação pode afetar o procedimento e as relações entre as partes.

Logo, um dos recortes dos impactos das normas relativas à proteção de dados pessoais nas arbitragens é o da indagação de como essas normas afetam e orientam a administração e a condução dos procedimentos arbitrais, o que leva ao surgimento de uma preocupação entre seus participantes (sejam as partes

1. Graduanda em Direito na Universidade Federal da Paraíba - UFPB.
2. Doutora pela USP e mestre (LL.M.) pela Universidade de Colônia. Especialista em proteção de dados pela IAPP (CIPP/E). Fellow em arbitragem comercial internacional pelo CIARB (FCIARB). Professora da graduação e pós-graduação da Facamp. Socia de Barcellos Tucunduva Advogados.
3. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.

propriamente ditas, os árbitros, as secretarias ou outros) sobre quais são as práticas que devem ser adotadas a fim de evitar eventual violação.

Em que pese a promulgação da LGPD em 2018 e da publicação do GDPR em 2016, ainda não há muitas referências textuais e doutrinárias que abordem a problemática mencionada, com a formulação de orientações acerca das melhores práticas a serem adotadas nesse sentido.

Entretanto, algumas instituições arbitrais (sejam elas câmaras ou outras instituições dedicadas ao estudo da arbitragem) já abordaram, em diferentes níveis de aprofundamento, o tema, o que provavelmente ocorreu em função do constante risco que decorre do papel protagonista que desempenham no controle e na administração de dados em procedimentos arbitrais (Terrien, 2021, p. 364).

Diante disso, este trabalho foca na adoção de diretivas de proteção de dados pessoais pelas instituições arbitrais, por meio da condução de uma análise empírica e documental daquelas já existentes das instituições arbitrais, a fim de viabilizar uma visualização clara do cenário atual e a identificação de orientações mais recorrentes.

Para isso, explicar-se-á brevemente a metodologia para a seleção das políticas analisadas e para a consequente coleta de dados (Item 2); proceder-se-á com a exposição do atual panorama geral da adoção de políticas de proteção de dados por instituições arbitrais (Item 3); realizar-se-á a identificação das tendências no conteúdo dessas políticas (Item 4) e, por fim, serão apresentadas as considerações finais do trabalho.

## **I Metodologia**

Antes de adentrar o núcleo da análise objetivada, é importante delinear os parâmetros que foram usados na pesquisa e estabelecer os recortes da análise empírica e documental conduzida, a fim de que sejam plenamente compreendidas as premissas em que foi calcado o estudo.

Quanto ao recorte temporal da pesquisa, ressalte-se que os últimos dados foram coletados em 18 de janeiro de 2022, de maneira que atualizações posteriores a essa data não puderam ser consideradas no âmbito do presente trabalho.

Quanto aos documentos analisados, inicialmente, buscou-se diretivas de proteção de dados nos sítios eletrônicos (*websites*) de diferentes instituições arbitrais, verificando tanto seus regulamentos (sempre a considerar o mais re-

cente referente a arbitragem comercial) quanto outros documentos autônomos disponibilizados por elas.

Para isso, entendeu-se como instituição arbitral não apenas câmaras de arbitragem, mas também outras instituições ligadas ao estudo da temática (a título exemplificativo, menciona-se o *International Council for Commercial Arbitration* - ICCA e o *Swiss Chambers Arbitration Institute* - SCAI).

Compuseram o universo inicial da pesquisa 30 instituições arbitrais, nomeadamente: *American Arbitration Association – International Centre for Dispute Resolution* (AAA – ICDR); *The Australian Centre for International Commercial Arbitration* (ACICA); *Alternative Dispute Resolution of Canada* (ADRIC); *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce* (scc); a Câmara Americana de Comércio (AmCham – Brasil); a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem Ciesp/Fiesp (Câmara Ciesp/Fiesp); a Câmara de Mediação e Arbitragem da FGV (Câmara FGV); a Câmara de Arbitragem Empresarial (Camarb); o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC); a Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada (CAMES); o Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA), a *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (CIETAC); a *Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de Madrid* (CIMA); o Centro de Conciliação, Mediação de Conflitos e Arbitragem da Concórdia (Concórdia); a *Corte de Arbitraje de la Camara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid* (Câmara de Madrid); o *Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration* (CRCICA); o *Danish Institute of Arbitration* (DIA); o *German Arbitration Institute* (DIS); o *Hong Kong International Arbitration Centre* (HKIAC); a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI); o *International Council for Commercial Arbitration* (ICCA); a *The Japan Commercial Arbitration Association* (JCAA); a *London Court of International Arbitration* (LCIA); a *Milan Chamber of Arbitration* (MCA); o *Netherlands Arbitration Institute* (NAI); ao *Oslo Chamber of Commerce* (OCC); o *Swiss Chambers Arbitration Institute* (SCAI); o *The Singapore International Arbitration Centre* (SIAC); o *Vancouver International Arbitration Centre* (VANIAC) e o *Vienna International Arbitral Centre* (VIAC).

Após essa busca inicial, verificou-se a necessidade de realizar uma filtragem das orientações encontradas de acordo com a pertinência temática do tema estudado neste trabalho, uma vez que muitas das orientações e políticas encon-

tradas nos *websites* das instituições, apesar de mencionarem alguns conceitos relacionados a proteção de dados, não se alinhavam com o tema desta pesquisa.

Isso ocorreu porque, apesar de várias das instituições possuírem políticas de privacidade, o escopo de incidência dessas políticas varia, de maneira que algumas versam apenas sobre a privacidade no âmbito das atividades não ligadas ao contexto dos procedimentos arbitrais, ao passo que outras abrangem os procedimentos e outras não tratam propriamente de diretivas para a proteção dos dados (o que se relaciona a uma confusão generalizada entre avisos/políticas de privacidade e diretivas de proteção de dados, expressões comumente usadas como sinônimos).

Para evitar incoerências em função dessa ausência de uniformidade nos termos, neste estudo, considera-se como política de privacidade o instrumento meramente informativo que esclarece aos titulares como se dá a coleta, o processamento dos seus dados e seus direitos sobre eles. Por sua vez, considera-se como diretiva de proteção de dados aquela que estabelece ou propõe orientações sobre medidas protetivas de como proceder e lidar com tais dados a fim de garantir a conformidade.

Com base nisso, foram consideradas pertinentes tematicamente as políticas de proteção de dados (desde que correspondentes ao significado supramencionado, ainda que equivocadamente denominadas como política ou aviso de privacidade ou incluídas dentro de uma) no âmbito de procedimentos arbitrais.

Excluiu-se, portanto, por impertinência temática, aquelas que versam apenas sobre outras atividades desenvolvidas pela instituição arbitral, só sobre seu *website* ou que cumprem precipuamente a função informativa de uma política geral de privacidade, ainda que esta possua referência expressa a normas de proteção de dados e a termos correlatos.

Ao final, dentre as instituições em que foram buscadas as orientações, apenas sete possuem previsões que se encaixam nos requisitos delineados acima e foram consideradas, portanto, aptas a compor o universo final de análise da presente pesquisa (ou seja, aptas a terem suas políticas de proteção de dados analisadas).

Assim, as diretivas estudadas foram: o “*Best Practices Guide for Maintaining Cybersecurity and Privacy*” da *American Arbitration Association International Centre for Dispute Resolution* (C2022); a “*Note to Parties and Arbitral Tribunals on The Conduct of the Arbitration Under the ICC Rules of Arbitration*” da *ICC Inter-*

*national Court of Arbitration* (2019); a “*FAQ Datenschutz für DIS-Schiedsverfahren*” do *Deutsche Institution für Schiedsgerichtbarkeit* (2019); o “*ICCA-IBA Roadmap to Data Protection in International Arbitration*” do *International Council for Commercial Arbitration e da International Bar Association* (2020); as “*LCIA Arbitration Rules*” da *London Court of International Arbitration* (2020); as “*Swiss Rules of International Arbitration*” do *Swiss Arbitration Centre* (2021) e as “*VIAC Rules of Arbitration and Mediation*” do *Vienna International Arbitral Centre* (2020).

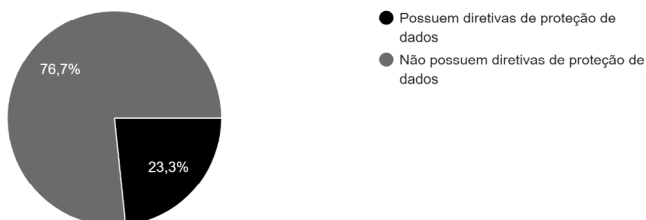
## 2 Apresentação do panorama da adoção de políticas de proteção de dados por instituições arbitrais

Neste ponto, serão apresentados alguns dados e disposições encontradas ao longo da pesquisa, sem adentrar ainda de forma mais crítica a interpretação das informações obtidas a partir do presente estudo como forma de identificar tendências.

Antes de proceder com a análise do panorama da adoção de diretivas de proteção de dados dentro do âmbito do conteúdo das instituições arbitrais que possuem diretivas sobre o tema nos termos delineados anteriormente (ou seja, que compõem o universo final de análise), é importante retornar alguns passos para visualizar o contexto do universo inicial.

Nesse contexto, buscou-se averiguar a existência de diretivas de proteção de dados em 30 instituições arbitrais. Na busca, verificou-se que 23 instituições (76,7%) não possuem diretivas de proteção de dados na forma delimitada e que 7 instituições (23,3%) possuem esse tipo de orientação, conforme se ilustra a seguir:

Percentual de instituições arbitrais que possuem ou não diretivas de proteção de dados  
30 respostas

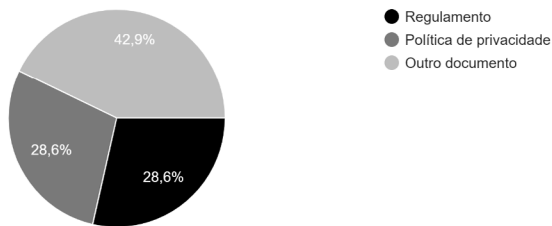


Apresentados esses dados sobre o universo inicial da pesquisa, pode-se adentrar agora o âmbito do universo final das instituições detentoras de diretivas de proteção de dados, a fim de trazer as informações concernentes a tais previsões. Para isso, foi dada ênfase a alguns aspectos, quais sejam: a identificação do instrumento de previsão das diretivas, o grau de aprofundamento das diretivas, o caráter vinculante ou não delas, a existência de recomendação para que os participantes do procedimento elaborassem orientações também e, por fim, a menção a leis específicas de proteção de dados.

No que toca o instrumento de previsão das diretivas, houve três modalidades principais que foram usadas pelas instituições para expressar as suas políticas de proteção de dados: seus respectivos regulamentos, suas políticas de privacidade e outros documentos autônomos (cujos formatos serão brevemente abordados um pouco mais adiante).

Neste ponto, percebeu-se que a maioria das instituições optou por prever as diretivas de proteção de dados em outros documentos, a totalizar 42,9% das instituições do universo final. Por sua vez, 28,6% delas fizeram essas orientações nos próprios regulamentos, ao passo que as 28,6% remanescentes incluíram as previsões nas políticas de privacidade. É o que se expõe a seguir:

Instrumento de previsão das diretivas  
7 respostas



Neste ponto, vale expor que as instituições que manifestaram suas diretivas em outros documentos foram a AAA-ICDR, a CCI e a ICCA, cujos instrumentos são denominados na forma a seguir, respectivamente: AAA-ICDR *Best Practices Guide for Maintaining Cybersecurity and Privacy*; *Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration*: Item VII (*Conduct of the Arbitration*) > D. (*Protection of Personal Data*); e *The ICCA-IBA*

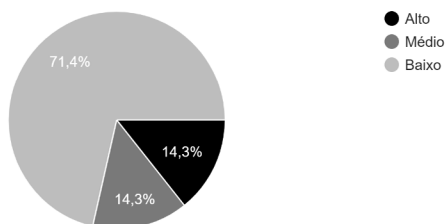
## *Roadmap to Data Protection in International Arbitration - Public Consultation Draft.*

Dentre as instituições que trouxeram as diretivas nos próprios regulamentos, cita-se a LCIA - que o fez no Artigo 30A do seu Regulamento, referente especificamente a “*Data Protection*” - e a SCAI - que o fez no Artigo 19.2, na parte relativa à organização e condução dos procedimentos.

Por fim, menciona-se que a DIS trouxe diretivas de proteção de dados na sua “FAQ Política de Privacidade para a Arbitragem”<sup>4</sup> (especificamente nos últimos 3 itens), à medida que o VIAC o fez em sua “*Arbitration Privacy Policy*” (No item sobre “*Suggestions for arbitrators and other neutral third parties to clarify data protection conditions in proceedings*”).

No âmbito do grau de aprofundamento das diretivas estudadas, a maioria (5 diretivas) apresentou um baixo grau de aprofundamento, ao passo que uma apresentou um grau médio de aprofundamento e uma foi considerada como detentora de um alto grau de aprofundamento, compondo os seguintes percentuais:

Grau de aprofundamento das diretivas  
7 respostas



A diretiva que apresentou o maior grau de aprofundamento foi a da ICCA, que surgiu a partir de uma iniciativa conjunta entre a ICCA e \tarefa para auxiliar os profissionais da arbitragem a entender melhor as obrigações de privacidade e proteção de dados a que estão submetidos em procedimentos arbitrais internacionais.

Assim, ao longo de 49 páginas, a referida diretiva aborda não apenas perspectivas e princípios gerais da proteção de dados, mas também suas aplicações

4. Tradução livre do alemão original: “*FAQ Datenschutz für DIS-Schiedsverfahren*”.

práticas antes, durante e depois da arbitragem, de maneira a trazer dicas e orientações para que a conformidade seja garantida nesses contextos.

A diretiva que apresentou grau médio de aprofundamento foi a da AAA-ICDR, a qual, apesar de não ser tão extensa e detalhada quanto aquela da ICCA, além de trazer algumas orientações sobre como as partes, seus representantes e os árbitros devem proceder no compartilhamento de informações durante a arbitragem, também traz uma lista de temas que podem ser considerados pelos participantes da arbitragem para nortear a elaboração de diretivas por eles.<sup>5</sup>

As diretivas menos aprofundadas foram as da CCI, do DIS, da LCIA, da SCAI e do VIAC. A diretiva mais superficial foi a da SCAI, que se restringiu a indicar que, assim que possível, após o recebimento dos autos, o tribunal arbitral deveria realizar uma reunião inicial com as partes, a fim de discutir regras de organização da arbitragem, dentre as quais mencionou questões de proteção de dados e cibersegurança para assegurar um nível adequado de conformidade.<sup>6</sup>

Na diretiva do VIAC, que foi materializada por meio da sua política de privacidade, consta a sugestão de que os árbitros e outros terceiros neutros esclareçam as condições de proteção de dados e seus efeitos na conduta dos procedimentos (trazendo como exemplo a figura do protocolo de proteção de dados), devendo apontar para as partes que o processamento de dados deve ser realizado em concordância com as regulações aplicáveis de proteção de dados (sendo pertinente especificar os regimes a que estão submetidas as partes), além de que cada envolvido que processa e transmite dados é responsável por essa observância.<sup>7</sup>

5. A título exemplificativo, menciona-se os seguintes temas, constantes na página 3 do AAA-ICDR *Best Practices Guide for Maintaining Cybersecurity and Privacy*: “a. Transmission of any and all sensitive communications by the parties, among arbitrators, between arbitrators and with any administering organization; b. Storage of arbitration-related sensitive information; c. Sharing of arbitration-related sensitive information with authorized third parties, such as arbitral participants, fact witnesses, experts or vendors, such as a stenographer; d. Breach detection and notification to all parties, the arbitrators, participants and, if applicable, government regulators. e. Retention and destruction of sensitive case documents”.
6. Realiza a sugestão no item 19.2 do Regulamento, cuja literalidade é: “As soon as practicable after receiving the file from the Secretariat, the arbitral tribunal shall hold an initial conference with the parties to discuss the organisation of the arbitration proceedings, including rules of procedure, as well as issues of data protection and cybersecurity to the extent needed to ensure an appropriate level of compliance and security”.
7. Sugestão que foi incluída na “Vienna International Arbitral Centre (VIAC) / Arbitration Privacy Policy”, a dispor, na literalidade: “Suggestions for arbitrators and other neutral third parties to clarify data protection conditions in proceedings. Arbitrators and other neutrals are required to point out to the parties involved in the proceedings that the data processing must be carried out in proceedings in accordance with the applicable data protection regulations (it is useful to specify which party of the proceedings is subject to which data protection regime); in principle, anyone who processes and transmits data is responsible for ensuring that the data is collected, processed and transmitted in accordance with the applicable legal provisions and that each party involved is responsible for complying with the obligations imposed on it by the applicable legal provisions (in particular information obligations). It is recommended that arbitrators and other neutrals clarify the applicability of data protection regulations and the effects on the conduct of the proceedings at the beginning of the proceedings (e.g. in a “data protection protocol”).”.

Nas diretivas do DIS, tratou-se brevemente de perguntas selecionadas para garantir uma conformidade entre GDPR e arbitragem, contendo os três seguintes questionamentos sobre esse tema: i. Como pode o árbitro cumprir suas obrigações como responsável pelas partes?; ii. Que medidas um árbitro pode tomar para assegurar a arbitragem em conformidade com o GDPR?; e iii. Como o árbitro pode documentar a observância da conformidade com o GDPR em uma arbitragem?<sup>8</sup>. Apesar de conter algumas recomendações, elas não são extensas e são mais ligadas ao papel do árbitro (sem abordar as condutas de outros participantes no procedimento).

Nas diretivas da LCIA, em síntese, consta a recomendação de que o tribunal arbitral, em consulta com as partes e, quando apropriado, com a LCIA, considere se é pertinente adotar medidas específicas de segurança da informação ou meios de abordar o processamento de dados pessoais produzidos e trocados na arbitragem, além de indicar que a LCIA e o tribunal arbitral podem emitir instruções acerca do tema.

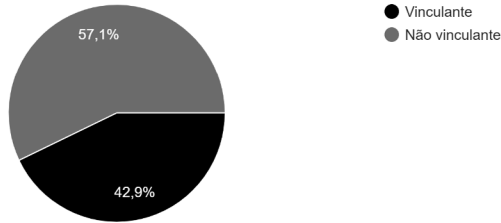
Por fim, nas diretivas da CCI, há algumas recomendações, como a de as partes assegurarem que seus representantes, testemunhas, assistentes técnicos e outros indivíduos atuando com eles estejam conscientes e aceitem que seus dados pessoais podem ser coletados; a de garantirem o cumprimento das normas de proteção de dados, a da inclusão de um protocolo de proteção de dados no Termo de Referência e a de assegurar os meios adequados para lidar com os dados, entre outras.

Apesar de não ser tão breve quanto outras diretivas apontadas como pouco aprofundadas, a maioria das recomendações contidas nela são mais genéricas e não adentram questões mais específicas e tangíveis das condutas dos participantes no procedimento arbitral e nem fornecem parâmetros mais claros (como quesitos e perguntas) para que haja essa delimitação.

No que toca o caráter vinculante ou não das diretivas estudadas, a divisão entre as diretivas se revelou equilibrada, de forma que 57,1% delas são não vinculantes, ao passo que 42,9% são vinculantes, tal qual ilustrado no gráfico abaixo:

8. Tradução livre das perguntas do último item da “FAQ Política de Privacidade para a Arbitragem”, cujas literalidades são: “33. *Wie kann der Schiedsrichter die ihn als Verantwortlichen gegenüber den Parteien betreffenden Verpflichtungen erfüllen?*”; 34. *Welche Schritte kann ein Schiedsrichter ergreifen, um ein DSGVOkonformes Schiedsverfahren sicherzustellen?*; 35. *Wie kann der Schiedsrichter die Einhaltung eines DSGVO-konformen Schiedsverfahrens dokumentieren?*”.

Caráter vinculante ou não das diretivas  
7 respostas



De um lado, foram consideradas vinculantes as diretivas da CCI, da LCIA e da SCAI. No caso da LCIA, há uma disposição expressa no sentido de que as diretivas emitidas por tal instituição e pelo tribunal arbitral sobre segurança da informação e proteção de dados serão vinculantes para as partes.<sup>9</sup>

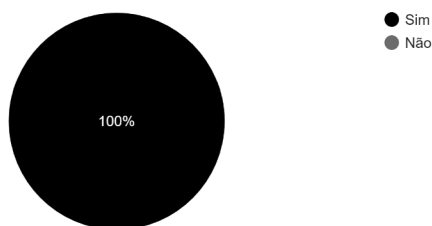
Além disso, a inclusão no regulamento conduz à premissa de que suas disposições devem ser necessariamente observadas (raciocínio este que também foi usado para concluir que as diretivas da SCAI são vinculantes para as partes). Por sua vez, nas diretivas da CCI, consta que a “*Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration*” em que estão incluídas é aplicável a todas as arbitragens da CCI, independentemente da versão do Regulamento, refletindo uma necessidade de observância.<sup>10</sup>

As não vinculantes foram as diretivas AAA-ICDR, do DIS, da ICCA e do VIAC. No caso das diretivas do VIAC, o título em que foram incluídas na Política de Privacidade aponta serem sugestões aos árbitros<sup>11</sup>. Nas do AAA-ICDR e da ICCA, o fato de consistirem em guias de melhores práticas também leva a essa conclusão. Por fim, nas diretivas do DIS, aponta-se que elas não devem e não podem constituir aconselhamento final e vinculativo<sup>12</sup>.

9. Na literalidade do item 30.6 do Regulamento da LCIA: “*The LCIA and the Arbitral Tribunal may issue directions addressing information security or data protection, which shall be binding on the parties, and in the case of those issued by the LCIA, also on the members of the Arbitral Tribunal, subject to the mandatory provisions of any applicable law or rules of law*”.
10. Na literalidade da “*Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration*”: “1 – General Information [...] 2. Unless otherwise indicated, this Note applies to all ICC arbitrations regardless of the version of the Rules pursuant to which they are conducted. The numbering of Articles in this Note refers to the 2017 Rules.”
11. “*Suggestions for arbitrators and other neutral third parties to clarify data protection conditions in proceedings*” no *Vienna International Arbitral Centre (VIAC) / Arbitration Privacy Policy*”.
12. Tradução livre da literalidade contida na página 1 do “FAQ Política de Privacidade para a Arbitragem”: “*Die folgenden FAQs dürfen und können keine rechtlich abschließende und verbindliche Beratung darstellen*”.

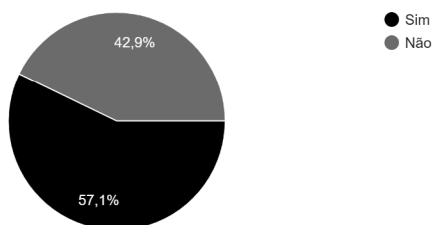
Na análise relativa à existência de recomendações no sentido de que os participantes elaborassem diretivas sobre a proteção de dados, verificou-se uma unanimidade: Em todas as diretivas, há algum tipo de sugestão nesse sentido, conforme se ilustra na imagem contida a seguir:

Há recomendação de elaboração de diretivas pelos participantes do procedimento?  
7 respostas



Por fim, no que toca a menção a legislações específicas de proteção de dados, percebeu-se que 42,9% das diretivas estudadas não realizam menções a legislações específicas (como a GDPR, a LGPD ou alguma outra lei nacional ou regional sobre a matéria), à medida que 57,1% delas o fazem, tal qual ilustrado a seguir:

Há menção a legislações específicas de proteção de dados?  
7 respostas



Dentre as que não realizam menções específicas a alguma legislação, menciona-se a diretiva da AAA-ICDR, a LCIA e a SCAI. Neste ponto, é interessante mencionar a disposição inserida na diretiva da AAA-ICDR, no sentido de que tal não possui o objetivo de assegurar a conformidade com quaisquer legislações, regulações ou obrigações éticas ou profissionais aplicáveis.<sup>13</sup>

13. É o que se dispõe na página 01 da mencionada diretiva, *in verbis*: "These best practices are not intended to ensure compliance with any applicable laws, regulations, professional or ethical obligations."

Dentre as que mencionam alguma legislação específica, estão as diretivas da CCI, do DIS, da ICCA e do VIAC. Todas elas possuem alguma referência ao GDPR. No caso da diretiva da ICCA, há múltiplas menções ao GDPR e a várias outras legislações (incluindo a LGPD) que inspiraram suas disposições ao longo do texto. Ademais, seu Anexo 9 contém uma tabela com uma lista não exaustiva de referências a leis nacionais e regionais de proteção de dados.

A diretiva do DIS faz algumas referências ao GDPR como elemento que embasou algumas das disposições. A da CCI traz a preocupação com a necessidade de proteção conforme normas de proteção de dados, incluindo GDPR (mas não exclusivamente). Por fim, a do VIAC indica que suas diretivas estão particularmente sujeitas às disposições do GDPR.

### **3 Tendências nas políticas de proteção de dados por instituições arbitrais**

Uma vez apresentado o panorama da adoção de diretivas de proteção de dados no âmbito das instituições arbitrais, é pertinente identificar, a partir das informações coletadas, as tendências que ocorrem.

A primeira tendência identificada é a da atual carência de instituições que possuam diretrizes de proteção de dados voltadas aos procedimentos arbitrais, de forma a apresentar orientações práticas e efetivas para as condutas dos participantes das arbitragens. Além disso, foi no contexto de tal parte da análise que se verificou também a constante confusão entre diretivas de proteção de dados e políticas de privacidade.

Foi possível identificar também que, dentre as instituições possuidoras de diretivas de proteção de dados, há uma tendência a utilizar instrumentos autônomos para realizar essas previsões, apesar de também o fazerem por meio do regulamento (em breves referências e remissões) e por meio da confusão com as políticas de privacidade.

É interessante, entretanto, observar que este ponto deve ser analisado com aquele referente à realização de sugestões ou recomendações de elaboração de diretivas complementares pelos próprios participantes do procedimento. Isso se dá porque a possibilidade de os participantes elaborarem diretivas acarreta, em si, a possibilidade de as diretrizes da instituição arbitral não serem exclusivas para um dado procedimento arbitral.

Logo, é possível haver uma série de outros instrumentos dos quais pode ser possível extrair as previsões sobre proteção de dados incidentes em um dado procedimento arbitral. Essa possibilidade se torna ainda mais relevante ao lembrar que todas as diretivas estipularam de alguma forma que os participantes poderiam (ou até deveriam) fazer disposições complementares.

Alguns exemplos de instrumentos indicados nas diretivas estudadas para essas disposições complementares são o Termo de Referência (CCI e ICCA), a figura autônoma do protocolo de proteção de dados (VIAC) ou até ordens processuais (na diretiva da ICCA, sugere-se incluir o protocolo de proteção de dados na primeira ordem processual ou no termo de referência).

Quanto ao aprofundamento, percebeu-se uma evidente superficialidade na maioria das diretivas estudadas, de forma que é possível notar que, além da patente ausência supramencionada de diretrizes de proteção de dados, há ainda, nas poucas existentes, uma necessidade de aperfeiçoamento.

Além disso, no estudo do conteúdo para avaliar o aprofundamento ou não das diretivas, percebeu-se que às vezes suas disposições não alcançam a amplitude das diversas condutas e possibilidades dentro de um procedimento arbitral.

O que se pode estimar neste ponto é que talvez isso ocorra em razão de uma tentativa de privilegiar a vontade das partes (para que estas aprofundem o conteúdo com base na autonomia de suas vontades), o que remete ao já mencionado ponto da unanimidade quanto à elaboração de recomendações de elaboração de diretivas complementares.

No ponto do caráter vinculante ou não das diretivas, viu-se que a maioria é não vinculante. Entretanto, em relação às que possuem caráter vinculante, devem ser realizadas breves observações: Apesar de haverem sido marcadas como vinculantes, todas as diretivas mencionadas como tal foram anteriormente enquadradas como não aprofundadas. Isso significa que as disposições que vinculam as partes não são numerosas.

Ademais, apesar dos pontos em que vinculam as partes, todas elas possuem algum tipo de recomendação de elaboração de diretivas complementares pelos participantes, o que demonstra que também dão uma margem de criatividade para que os participantes formulem outras disposições (de maneira que a vinculação aos demais pontos não é impeditiva quanto a isso).

Isso significa que, em mais um ponto, é possível verificar o privilégio conferido ao respeito da autonomia das partes, o que é notável não apenas pela prevalência das diretivas não vinculantes quanto pela presença, até mesmo nas vinculantes, de recomendações que estimulam e viabilizam a construção de disposições complementares pelos participantes do procedimento arbitral.

Por fim, uma tendência verificada foi a da forte inspiração das diretivas estudadas no GDPR, evidenciando que essa norma é um dos maiores referenciais na matéria e que há uma forte preocupação com as obrigações dela decorrentes e que podem ter consequências sobre os diversos participantes do procedimento arbitral.

## **Considerações Finais**

O principal objetivo apontado no início do presente trabalho era o de viabilizar uma visualização clara do cenário atual no que toca a adoção de diretivas de proteção de dados pessoais pelas instituições arbitrais e de possibilitar, a partir dessa perspectiva, a identificação das tendências em tal contexto. Após a realização da investigação em diversas câmaras e da análise empírica e documental das diretivas de proteção de dados pessoais encontrados, foi possível chegar às conclusões expostas a seguir.

A elaboração de diretivas de proteção de dados por instituições arbitrais ainda está em fase incipiente e possui muita margem para desenvolvimento e aprofundamento, visto que poucas instituições se dedicaram a abordar o tema efetivamente por meio de disposições voltadas à prática arbitral (principalmente considerando as suas especificidades).

Notou-se, a partir das diversas tendências expostas, que há um denominador em comum entre as diretivas analisadas (o qual representou uma unanimidade entre elas): a atenção à participação e à autonomia das partes na elaboração das diretrizes para a proteção de dados pessoais em um procedimento arbitral.

Esse denominador em comum extraído a partir das tendências no panorama da adoção de diretivas de proteção de dados pessoais em procedimentos arbitrais parece ser essencial por permitir uma adequação das medidas às especificidades de cada caso (considerando, por exemplo, as diversas nacionalidades dos participantes envolvidos).

Esse elemento pode ser responsável por influenciar as instituições arbitrais a se valerem de instrumentos autônomos e não vinculantes para abordar a questão (duas tendências identificadas no estudo), de maneira que tais modalidades conferem maior possibilidade de participação às partes. Como crucial para a arbitragem, diante da natureza contratual que possui, também aqui a autonomia da vontade deve ser refletida, visando à minimização dos impactos legislativos no procedimento.

Diante disso, apesar de ter sido percebido que há pouco aprofundamento nas diretivas estudadas, sugere-se aqui que as instituições arbitrais privilegiem aquelas cujo conteúdo é voltado à orientação das partes para que possam, por si e a partir das dicas práticas e questionamentos fornecidos, elaborar as diretivas que mais se adequem às suas necessidades.

## Referências

*American Arbitration Association International Centre for Dispute Resolution. Best Practices Guide for Maintaining Cybersecurity and Privacy.* 2022. Disponível em: < [https://www.adr.org/sites/default/files/document\\_repository/AAA258\\_Best\\_Practices\\_Cybersecurity\\_Privacy.pdf](https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/AAA258_Best_Practices_Cybersecurity_Privacy.pdf) >. Acesso em: 16 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm) >. Acesso em: 04 jan. 2022.

*Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit. FAQ Datenschutz für DIS-Schiedsverfahren.* 2019. Disponível em: < [https://www.disarb.org/en/search?tx\\_indexedsearch\\_pi2\[action\]=search&tx\\_indexedsearch\\_pi2\[controller\]=Search&tx\\_indexedsearch\\_pi2\[search\]\[sword\]=rules](https://www.disarb.org/en/search?tx_indexedsearch_pi2[action]=search&tx_indexedsearch_pi2[controller]=Search&tx_indexedsearch_pi2[search][sword]=rules) >. Acesso em: 16 jan. 2022.

*ICC International Court of Arbitration. Note to Parties and Arbitral Tribunals on The Conduct of the Arbitration Under the ICC Rules of Arbitration.* 2019. Disponível em: < <https://iccwbo.org/publication/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration/> >. Acesso em: 16 jan. 2022.

*International Council for Commercial Arbitration e da International Bar Association. ICCA-IBA Roadmap to Data Protection in International Arbitration.* 2020. Disponível em: < [https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media\\_document/roadmap\\_28.02.20.pdf](https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/roadmap_28.02.20.pdf) >. Acesso em: 16 jan. 2022.

*London Court of International Arbitration. LCIA Arbitration Rules.* 2020. Disponível em: < [https://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx](https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx) >. Acesso em: 16 jan. 2022.

Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho (*General Data Protection Regulation*). 27 abr. 2016. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>>. Acesso em: 04 jan. 2022.

Swiss Arbitration Centre. *Swiss Rules of International Arbitration*. 2021. Disponível em: <<https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2021/12/Swiss-Rules-2021-EN-1.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2022.

TERRIEN, Armand. *International Arbitration in The Age of data Accountability: The Impact of The 2016 European General Data Protection Regulation on The Conduct of International Arbitration Proceedings*. In: GONZALEZ-BUENO, Carlos. **40 under 40 International Arbitration** (2021), (Dykinson, S.L. 2021) pp. 359 – 376.

Vienna International Arbitral Centre. *VIAC Rules of Arbitration and Mediation*. 2 ed. 2020. Disponível em: <[https://www.viac.eu/images/documents/vienna\\_rules/Wiener\\_Regeln\\_2018\\_Brosch%C3%BCre\\_en\\_Onlinefassung\\_Einzelseiten\\_2.\\_Auflage\\_20200401.pdf](https://www.viac.eu/images/documents/vienna_rules/Wiener_Regeln_2018_Brosch%C3%BCre_en_Onlinefassung_Einzelseiten_2._Auflage_20200401.pdf)>. Acesso em: 16 jan. 2022.

# 9 | *OMNIBUS DISPUTE BOARDS* EM CONTRATOS DE CONCESSÃO E DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS DE INFRAESTRUTURA

Igor Andrade Galiza<sup>1</sup>  
Marlon Shiguero Ushiro Ieiri, FCIARB<sup>2</sup>

## Introdução

O investimento em infraestrutura é um dos principais pilares para o desenvolvimento de um país. Entre 2000 e 2016, a média do Produto Interno Bruto (PIB) alocado em infraestrutura foi de 2,1%. Segundo estudos elaborados pelo Infra2038<sup>3</sup>, durante os próximos 20 anos será necessário investir R\$ 8.7 trilhões para compensar a escassez de investimentos públicos das últimas décadas. Alcançar esse volume de investimentos não será possível sem uma maior participação do capital privado, nacional ou estrangeiro.

Os contratos de concessão e as parcerias público-privadas (PPPs) são importantes ferramentas na atração do capital privado. Somente em 2021, foram garantidos R\$ 37,6 bilhões em investimentos privados para ferrovias, aeroportos, rodovias, portos e hidrovias que, somados aos números de 2019, ultrapassam

1. Graduando em Direito na Universidade Federal da Paraíba.
2. Advogado especializado em projetos de construção e infraestrutura, gerenciamento de projetos e ADRs.
3. INFRA 2038. Quanto precisaremos investir até 2038? Projeto Infra2038, janeiro de 2018, p. 5. Disponível em: <[https://159146a3-f37e-4128-a17e-52af8299c800.filesusr.com/ugd/63fe2f\\_dc1de8a653bc4883abbde785de8efdo2.pdf](https://159146a3-f37e-4128-a17e-52af8299c800.filesusr.com/ugd/63fe2f_dc1de8a653bc4883abbde785de8efdo2.pdf)>. Acesso em 20 jan. 22.

os R\$ 100 bilhões em investimentos<sup>4</sup>. Para o ano de 2022, o Ministério da Infraestrutura projeta mais R\$ 108 bilhões em investimentos<sup>5</sup>.

A atração desses investimentos está diretamente relacionada a um ambiente socioeconômico estável no país e, sobretudo, à segurança jurídica nas contratações públicas. A utilização dos *dispute boards* como forma de resolução de conflitos vem, historicamente, contribuindo com os grandes projetos de infraestrutura ao redor do mundo. Dados da *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF) revelam que, em cerca de 2340 projetos que utilizaram o meio de resolução de conflitos, 97% deles tiveram suas divergências resolvidas sem a necessidade de judicialização ou arbitragem, resultando em uma economia de 166 bilhões de dólares (Bueno, 2021).<sup>6</sup>

Nesse contexto, o presente artigo pretende dialogar sobre a possibilidade de utilização do *dispute board* nos contratos de concessão e de PPPs, em especial tratando da modalidade *Omnibus Dispute Board* no direito brasileiro. O *Omnibus Dispute Board* é uma modalidade que vem sendo utilizada em PPPs de infraestrutura em países como Estados Unidos e Canadá para dar mais eficiência às resoluções (e prevenções) de disputas nesses projetos.

## 1 O panorama de investimentos em infraestrutura no Brasil

Por definição dada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA (2012), o termo infraestrutura deve ser compreendido como “toda a matriz logística, energética, de comunicações, saneamento, saúde, educação e segurança pública que possibilita a produção de bens e serviços na sociedade”<sup>7</sup>.

Ainda segundo o IPEA, em países em desenvolvimento é comum que o Estado seja protagonista nos investimentos em obras de infraestrutura, muito embora

4. EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA. Concessões realizadas em 2021 garantem mais de R\$ 30 bilhões em investimentos nos próximos anos. Epl.gov.br, [S. l.], p. 1, 20 jan. 2021. Disponível em: <https://www.epl.gov.br/concessoes-realizadas-em-2021-garantem-mais-de-r-30-bilhoes-em-investimentos-nos-proximos-anos>. Acesso em: 23 jan. 2022.
5. GOVERNO FEDERAL. Governo Federal projeta R\$ 108 bilhões em investimentos contratados para transporte rodoviário. Gov.br, Brasil, p. 1, 27 dez. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/noticias/2021/12/governo-federal-projeta-r-108-bilhoes-em-investimentos-contratados-para-transporte-rodoviario>. Acesso em: 23 jan. 2022.
6. BUENO, Julio Cesar. Os *dispute boards* na nova lei de licitações e contratos administrativos. Migalhas, [S. l.], p. 1, 5 abr. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/342966/dispute-boards-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-administrativos>. Acesso em: 23 jan. 2022.
7. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Infraestrutura e Planejamento no Brasil**: Coordenação estatal da regulação e dos incentivos em prol do desenvolvimento – o caso do setor elétrico. Brasília: Ipea, 2012, p. 7. Disponível em: < <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/17240> >. Acesso em 15 jan. 2022.

a situação se inverte em modernas economias capitalistas, onde os agentes econômicos privados tomam a frente. O histórico de desenvolvimento da infraestrutura no Brasil é marcado pela alternância de modelos de investimentos, que ora eram públicos, ora privados.

O início do século xx foi marcado pelo investimento estrangeiro no país, a exemplo da *The São Paulo Tramway, Light and Power Company's*, que, entre os anos 1899 e 1979, operou toda a infraestrutura de energia, gás, transportes urbanos e telefones do eixo Rio – São Paulo (Jourdan, 2006).<sup>8</sup>

No entanto, a partir da década de 1970, o modelo de investimentos no Brasil mudou, passando a ter dominância o investimento Estatal, atingindo a sua fase áurea no período entre 1977 e 1982, (Pêgo Filho; Cândido Júnior; Pereira, 1999)<sup>9</sup>. Entretanto, segundo dados da Câmara Brasileira da Indústria da Construção (2015), os investimentos públicos tiveram uma drástica redução, passando de uma média de 5,4%, na década de 1970, para 2,4% do Produto Interno Bruto - PIB, na década de 2010<sup>10</sup>.

Os altos investimentos estatais em infraestrutura realizados durante a década de 1970 custaram, para o Brasil, o aumento exorbitante da dívida externa, que em 1984 representou 54% do PIB<sup>11</sup>, o que tornou esse modelo de investimento insustentável. De acordo com o Mapa Estratégico da Indústria 2018-2022, da Confederação Nacional da Indústria, o Brasil apresenta deficiências de infraestrutura que limitam o crescimento do país, sendo urgente o fomento de um ambiente favorável capaz de elevar a participação do investimento privado para a retomada desse crescimento<sup>12</sup>. É nessa conjuntura que surgem os contratos de concessão e as PPPs, objeto de estudo desse trabalho, importantes ferramentas de atração do investimento privado para o setor de infraestrutura e os *dispute*

8. JOURDAN, Marcelo Mollica. **A *Light*, investimento estrangeiro no Brasil**. Uma luz sobre o ciclo privado-público em 80 anos pela análise de taxa de retorno. 2006. 223 p. Dissertação (Mestrado em Finanças e Economia Empresarial) - Escolha de Pós-Graduação em Economia, Fundação Getúlio Vargas, [S. L.], 2006.
9. PÊGO FILHO, Bolívar; CÂNDIDO JÚNIOR, José Oswaldo; PEREIRA, Francisco. **Investimento e Financiamento da Infraestrutura no Brasil: 1990-2002**. Brasília: Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas - IPEA, 1999. 65 p. v. I.
10. CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO. **Investimento em Infraestrutura e Recuperação da Economia**. Brasília: [s. n.], 2015.
11. SANZ, Beatriz; MENDONÇA, Heloísa. O lado obscuro do 'milagre econômico' da ditadura: o boom da desigualdade. *El País*, [S. L.], p. 1, 28 nov. 2017. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/29/economia/1506721812\\_344807.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/29/economia/1506721812_344807.html). Acesso em: 18 jan. 2022.
12. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Mapa estratégico da indústria 2018-2022**. Rev. e atual. Brasília: CNI, 2018.

*boards*, mecanismo eficaz para a resolução célere, eficaz e precisa das disputas que vierem a ocorrer durante a execução contratual.

## 2 Os contratos de concessão, de PPPs, as formas de resolução de conflitos e o *dispute board*: conceitos gerais

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017)<sup>13</sup>, apesar de não haver uniformidade acerca do conceito das concessões enquanto instituto, a doutrina brasileira adota, majoritariamente, o entendimento de que são dois os gêneros das concessões, translativa ou constitutiva, admitindo-se três tipos: serviços públicos, obras públicas e de bem público.

A concessão será translativa quando importar transferência, de um sujeito a outro, bens ou direitos que se perderão pelo primeiro (Estado) e serão adquiridos pelo segundo (cessionário). Pertencem a essa modalidade as concessões de serviços públicos, de obras públicas, concessões patrocinadas e concessões administrativas (cujo objeto seja prestação de serviço público). Por outro lado, a concessão será constitutiva quando, baseado em um poder mais amplo, constitui-se poder menos amplo em favor do concessionário. Pertence a essa modalidade a concessão de uso de bem público.

Ato contínuo, para Hely Lopes Meirelles (2001), o contrato de concessão seria “o ajuste pelo qual a Administração delega ao particular a execução remunerada de serviço ou obra pública ou lhe cede o uso de um bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais”<sup>14</sup>.

Já as PPPs, conforme Carlos Ari Sunfeld (2011), são “os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral”<sup>15</sup>.

Tanto na concessão quanto na PPP, um ente privado – o concessionário – assume a prestação de um serviço público por um tempo determinado. A diferença primordial entre estes dois modelos de contratação reside no fato de

13. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30 ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

14. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26 ed. Malheiros Editores. São Paulo. 2001.

15. SUNFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNFELD, Carlos Ari (org.). **Parcerias Público-privadas**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, cap. 1, p. 17-46.

que naquela, a remuneração dos serviços é proveniente da cobrança de tarifas dos usuários, enquanto nesta o pagamento dos serviços é feito, de forma parcial (concessão patrocinada) ou total (concessão administrativa), pelo ente público.

No Brasil as concessões são regulamentadas pela Lei 8.987/95, que em seu artigo 23-A<sup>16</sup>, permitiu que os contratos de concessões contenham disposições quanto a adoção de mecanismos privados de resolução de disputas, tais como a arbitragem e o *dispute board*. Por outro lado, é a Lei 11.079/04 que regulamenta as PPPs, que também prevê, em seu art. 11<sup>17</sup>, a possibilidade de mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

O *dispute board*, também denominado de Comitê de Resolução de Conflitos ou Disputas é um método de resolução consensual de conflitos<sup>18</sup> por meio do qual um comitê é formado por profissionais, experientes e imparciais, antes do início de um projeto de construção para acompanhar o progresso da execução da obra, encorajando as partes a evitar litígios e auxiliar na resolução de disputas que eventualmente surgirem durante a execução do projeto<sup>19</sup>. Dessa forma, o *dispute board* passa a ser parte da administração do projeto e, portanto, poderá influenciar as partes durante o período do contrato (Chern, 2015)<sup>20</sup>.

O *dispute board* pode, ainda, ser classificado em três espécies: (a) *Dispute Review Board*, no qual o comitê estabelecido realizará apenas recomendações não vinculantes às partes do contrato; (b) *Dispute Adjudication Board*, em que o comitê será responsável por emitir uma decisão vinculante, e; (c) *Combined Dispute Board*, um sistema híbrido, criado pela *International Chamber of Commerce*, em 2004, que valer-se-á tanto de recomendações não vinculantes quanto de decisões vinculantes.<sup>21</sup>

16. Lei 8.987/95. Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

17. Lei 11.079/04. Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

[...]

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

18. Enunciado nº 49, 1 Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios (2016): “Os Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards) são método de solução consensual de conflito, na forma prevista no § 3º do art. 3º do Código de Processo Civil Brasileiro.”

19. Disponível em: <<https://www.drj.org/>> Acesso em 20 jan. 22.

20. CHERN, Cyril. *Chern on Dispute Boards*. third. ed. [S. l.]: Informa Law from Routledge, 2015. p. 29

21. *Ibidem*, p. 30.

A adoção do *dispute board* como forma de resolução de conflitos é, além de adequada, recomendada para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura<sup>22</sup>, dada a reconhecida existência de conflitos e disputas na indústria da construção (Chern, 2015)<sup>23</sup>. Todavia, cabe ressaltar que, em geral, a natureza dos problemas é bastante similar, resumindo-se, em geral, as divergências a questões ligadas a prazo, preço e qualidade (Marcondes, 2017)<sup>24</sup>. É, portanto, inegável que o acompanhamento da execução do contrato e a celeridade na resolução dos conflitos proporcionada pelo *dispute board* garante o sucesso do projeto, com os menores desvios possíveis.

### 3 A experiência brasileira com *dispute boards*

Os *dispute boards* foram inseridos na realidade brasileira em razão do financiamento das grandes obras pelos organismos internacionais que, em seus contratos, possuíam a exigência de inserção do comitê de resolução de disputas como forma de resolução de conflitos no contrato.

O primeiro *dispute board* brasileiro surge no projeto de construção da Linha 4 - Amarela da Companhia do Metropolitano do Estado de São Paulo, com a denominação de “Comitê de Resolução de Disputas”, por exigência do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento - BIRD, órgão financiador do projeto. A implementação do *dispute board* foi possível pois, a antiga Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), em seu art. 42, § 5º, permitia a adoção de condições decorrentes de normas e procedimentos dos órgãos financiadores.<sup>25</sup>

22. Enunciado nº 80, 1 Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios (2016): “a utilização dos Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards), com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos”.

23. CHERN, *op. cit.*, p. 4.

24. MARCONDES, Fernando. Dispute Board em Contratos de Construção: o desenvolvimento do método nos países da América Latina. In: FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (org.). FGV **Projetos**: Solução de conflitos. 30 ed. Rio de Janeiro: FGV, abril/maio 2017. p. 99-114.

25. Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior.

O Comitê de Resolução de Disputas permaneceu atuante entre 2004, ano de sua instalação, até 2015, data do encerramento do projeto. Nesse período foi instado a se manifestar em 16 ocasiões e, como o contrato previa a atuação do Comitê mesmo depois da conclusão das obras, lhe fora solicitada a manifestação em outros 10 litígios de diversas naturezas (Jobim, Ricardino, Camargo, 2016).<sup>26</sup>

Todavia, apesar da atuação profissional, técnica e séria dos membros do Comitê de Resolução de Disputas, o Poder Público questionou as recomendações do Comitê em arbitragem sempre que essas contrariavam seus interesses e, nas arbitragens, questionava as sentenças desfavoráveis através do Judiciário (Marcondes, 2017)<sup>27</sup>, evidenciando que a cultura do litígio é um obstáculo a ser superado para garantir a eficácia da resolução extrajudicial.

Outro importante exemplo, e mais recente na história brasileira, foi a utilização dos *Dispute Adjudication Boards* nas Olimpíadas Rio 2016. A “Rio 2016”, uma Sociedade de Propósito Específico - SPE, criada para viabilizar a ocorrência das olimpíadas no país, tinha a administração dos contratos das obras das instalações provisórias sob sua responsabilidade e, a fim garantir a solução célere de conflitos, haja visto que as obras não poderiam atrasar em razão de as olimpíadas possuírem data para seu início, contratou a DRBF para prover a capacitação de profissionais para atuar como membros de *dispute boards*.

A estratégia inicial montada para a Rio 2016 previa a instalação de cerca de 40 *dispute boards*, um para cada contrato, que envolviam a construção, manutenção e a desmontagem das estruturas não permanentes pós-evento. Os *dispute boards* seriam permanentes ou *ad hoc*, na modalidade *Dispute Adjudication Board*, compostos por 1 ou 3 membros. Os membros deveriam, necessariamente ter sido treinados pelo *Rio 2016 DAB Training Program* e deveriam ser fluentes em português ou espanhol<sup>28</sup>. Ao final dos treinamentos, o Comitê Olímpico optou

26. JOBIM, Jorge Pinheiro; RICARDINO, Roberto; CAMARGO, Rui Arruda. A experiência brasileira em CRD: o caso do metrô de São Paulo. In: **Comitê de Resolução de Disputas nos Contratos de Construção e Infraestrutura**. São Paulo: PINI, 2016, p. 169-191.

27. MARCONDES, Fernando. *Dispute Board em Contratos de Construção: o desenvolvimento do método nos países da América Latina*. In: FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (org.). **FGV Projetos: Solução de conflitos**. 30 ed. Rio de Janeiro: FGV, abril/maio 2017, p. 111

28. SILVA NETO, Augusto Figueiredo. *Evolution of Dispute Board Practices: Dispute Board Program for the Rio 2016 Olympic and Paralympic Games*. In: DRBF 15<sup>th</sup> **Annual International Conference**. Genoa, Italy, 22-23 May 2015.

pela adoção de *dispute boards ad hoc*, que foram instaurados duas vezes durante as obras da Rio 2016 (Marcondes, 2017)<sup>29</sup>.

No Brasil, a experiência com os *dispute boards*, em especial com contratos públicos, ainda é recente, com um longo caminho de debate e aprendizado pela frente. Todavia, é correto afirmar que os primeiros passos vêm sendo dados para a evolução e consolidação dessa forma alternativa de resolução de conflitos.

#### 4 Os *dispute boards* nos contratos de concessão e de PPP: vantagens x problemáticas

Segundo o Guia para o Gestor Público de Concessões e Parceiras Público-Privadas (Guimarães, 2017)<sup>30</sup>, para fins didáticos dissociamos a concessão e a PPP em duas grandes fases: (i) a fase de obras ou de investimentos, também denominada de fase preparatória, e; (ii) fase de operação, ou fase de prestação do serviço público.

A fase preparatória é o momento de investimento do capital privado, geralmente oriundo de órgãos de financiamento, por quase não haver receita, haja visto que a principal fonte de renda de uma concessão ou PPP se dá justamente pelas tarifas cobradas pelo uso ou pela disponibilização do serviço (fase de operação). É nessa fase, também, que estarão presentes os mais diversos contratos para a viabilização da obra, tais como: contratos de *Engineering, Procurement and Construction - EPC*, contratos de fornecimento de bens, contratos de prestação de serviços, contratos de terceirização, entre outros.<sup>31</sup>

É nessa rede de contratos, naturalmente complexos, que o *dispute board* surge como ferramenta auxiliar do concessionário, responsável por gerenciar todas as contratações e viabilizar tais obras. O comitê, formado por profissionais experientes e imparciais acompanhando o progresso de execução da fase de obras da concessão<sup>32</sup>, tornar-se-á parte da administração do projeto e poderá, durante o período contratual, influenciar positivamente na performance das partes envolvidas.

29. MARCONDES, *op. cit.*, 2017, p. 112.

30. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessões e parcerias público-privadas**: Guia para o gestor público. Brasília: Câmara Brasileira da Indústria da Construção, 2016, 104 p.

31. *Ibidem*, p.28.

32. Conceito provido pela *Dispute Resolution Board Foundation*, disponível em: <<https://www.drbb.org/>> Acesso em 21.01.2022.

A abertura para a utilização do *dispute board* poderá significar a redução da judicialização dos conflitos, que, consigo, trará a redução dos custos com tais disputas em eventual ação no Poder Judiciário ou em arbitragem (Silva Neto, 2019)<sup>33</sup>. Há, ainda, por proporcionar uma solução célere para os litígios, uma contribuição do Comitê para a prevenção da expansão dos custos dos conflitos ocasionados por eventuais ociosidades ou paralizações geradas até a solução do impasse.

Todavia, apesar das nítidas vantagens elucidadas, os contratos de concessão e de PPP possuem características peculiares – sobre os quais levantar-se-ão dois questionamentos: o tempo de duração contratual e a multiplicidade de partes que estarão envolvidas na fase de obras. Conforme o art. 18, inciso 1 da Lei 8.987/95<sup>34</sup>, o prazo da concessão é definido pelo edital, não se sujeitando a um período mínimo ou máximo; já nas PPPs, o prazo de vigência deve ser entre cinco e trinta e cinco anos, incluindo eventual prorrogação<sup>35</sup>.

A título exemplificativo, no Edital da Concorrência Internacional para a Concessão para Exploração dos Serviços de Transporte de Passageiros da Linha 4 - Amarela do Metrô de São Paulo (Trecho Luz até Taboão da Serra)<sup>36</sup>, ficou estabelecido que a vigência do Contrato seria de 32 anos, prorrogável até o máximo de 35 anos, para garantir o prazo de exploração de 30 anos<sup>37</sup>.

Sendo, portanto, uma espécie contratual de longa duração, torna-se inviável a instalação de um *dispute board*:

Ato contínuo, conforme já fora mencionado anteriormente, uma concessão envolverá diversos outros contratos, por estarem todos coligados à execução do contrato principal – que é o da concessão ou da PPP –, formarão uma intensa rede contratual, na qual, inclusive, a inexecução de um afetará no cumprimento de outro.

33. SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. Os dispute boards no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras. **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution** – RBADR, Belo Horizonte, ano 01, n. 02, p. 69-95, jul./dez. 2019
34. Lei 8.987/95 (Lei de Concessões). Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente: 1 - o objeto, metas e prazo da concessão;
35. Lei 11.079/04 (Lei de Parcerias Público-Privadas). Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: 1 – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;
36. Disponível em: <www.parcerias.sp.gov.br%2FParcerias%2FDocumento%2FDownload%3Fcodigo%3D2239&usg=AOvVaw1y8A5JlloaZ3agqMblgVL3D> Acesso em: 20 jan. 22.
37. Conforme mencionado anteriormente, a Concessão divide-se entre a fase preparatória e a fase de exploração.

Essas múltiplas relações contratuais – ou “interfaces contratuais” – terão, cada uma, seus *friction points*, que são possíveis conflitos na execução contratual, podendo ser elencados aqui, a título elucidativo, alguns desses possíveis *friction points*: (a) a relação entre concessionário e órgãos financiadores poderá enfrentar problemas acerca do financiamento da obra e da operação, das receitas obtidas, do retorno sobre o investimento, etc.; (b) a relação entre concessionário e seguradores/garantidores poderá enfrentar conflitos acerca dos limites de coberturas operacionais e de construção, assim como de subgarantias, etc.; (c) na relação entre concessionário e o *epcista* poderá ocorrer divergências acerca de atrasos nas obras, divergência de preços, acréscimos e decréscimos de escopos, problemas com mão de obra, entre outros. Acrescenta-se, ainda, que o *epcista* poderá enfrentar os mesmos problemas com os seus subcontratados e fornecedores, e, por fim; (d) a relação entre o concessionário e a operação e manutenção (contratos O&M) poderá sofrer com conflitos correlatos a qualidade de materiais e equipamentos, a garantias legais e contratuais, entre outros.<sup>38</sup>

A existência das diversas relações contratuais destacadas significará, também, uma multiplicidade *dispute boards* a serem instalados? Há o risco de decisões/recomendações conflitantes?

## 5 Possíveis soluções: *Dispute Board* permanente e *Dispute Board Ad Hoc; Omnibus Dispute Board*

Cabe-nos, após suscitar os questionamentos, conjecturar possíveis soluções que viabilizem a aplicação dos *dispute boards* em contratos de concessão e de PPP de infraestrutura. Em primeiro lugar, abordaremos a problemática do longo período contratual para, em seguida, discorrer acerca da multiplicidade de *dispute boards* nesses tipos de contratos.

O Comitê de Resolução de Conflitos poderá atuar de duas maneiras, que dependerão do momento de sua instauração: permanente – *full term dispute board* –, quando for constituído desde a celebração do contrato e ficando ativo durante toda a vigência do contrato, e; *ad hoc*, quando for formado apenas diante do surgimento de uma controvérsia formalmente apresentada pelas partes,

38. SCOTT, Sid. *Infrastructure Development in the US: How to implement DRBs on PPP Projects and other alternative project delivery methods*. 2018.

caso em que, nessa ocasião, o Comitê permanecerá ativo somente até a resolução da controvérsia específica levantada (Silva Neto, 2019)<sup>39</sup>.

Apesar de o formato permanente ser, de fato, o mais indicado e adequado para obras de infraestrutura, no contexto dos contratos de concessão, cuja vigência é extensa, não se torna o modelo mais adequado, posto que os custos de sua manutenção por todo o período de uma concessão – que costuma superar 30 anos –, o torna inviável. Além disso, há ainda o alto risco de dissolução do Comitê, seja pela renúncia dos membros, até mesmo por razões de saúde. Em outras palavras, um *dispute board* permanente poderá ser desconfigurado diversas vezes durante a vigência do contrato, o que pode ser prejudicial para o projeto, haja visto que uma das vantagens do Comitê de Resolução de Disputas é o acompanhamento em “tempo real” dos acontecimentos ao longo do tempo.

Conforme já delineado, as concessões são, didaticamente, divididas em duas fases: (i) fase de obras ou preparatória e; (ii) fase de operação, ou fase de prestação do serviço público. É na primeira fase que ocorrerão as obras, período em que devem estar alocados os melhores esforços para o cumprimento dos preços, prazos e qualidades contratadas. É, também, a fase de maior assunção de riscos, em razão da ausência de receita oriunda da própria concessão. Já a fase de operação é, naturalmente, mais estável, apesar de ainda estar sujeita a litígios.

Por esta razão, é possível traçar uma relação de “risco de conflitos x necessidade do *dispute board*”. Isto é, quanto maior for o risco de existência de conflitos, maior será a necessidade de manter um *dispute board* permanente para o acompanhamento e prevenção dos litígios. Por outro lado, havendo um menor risco de conflitos, menor será a necessidade de manutenção de um Comitê permanente.

Assim sendo, nos parece razoável que o edital de concessão preveja as duas modalidades de formação do *dispute board*, de forma que durante a fase de obras o Comitê seja permanente e acompanhe toda a execução das obras públicas, e, durante a fase de operação, que seja adotado o *dispute board ad hoc*, formado especificamente para dirimir conflitos que eventualmente surgirem.

Nessa linha, o *Guidance on the Use of Dispute Boards in Public Private Partnership Projects*, elaborado pela DRBF (2017) recomenda que, nos projetos em

39. SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. Os dispute boards no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution* – RBADR, Belo Horizonte, ano 01, n. 02, p. 69-95, jul./dez. 2019, p. 74.

que não for economicamente viável a manutenção de um Comitê permanente durante toda a execução do Contrato, que esse permaneça ativo, ao menos, nos primeiros cinco anos de operação<sup>40</sup>. Após esse período, na fase de operações, nada obsta a previsão de *dispute board ad hoc* para dirimir eventuais conflitos relacionados à concessão ou PPP e, até mesmo, poderá ser utilizado para avaliar pleitos de equilíbrio econômico-financeiro do contrato previstos no edital.

Outra alternativa trazida pela DRBF é a redução do Comitê de três membros para um único membro após os cinco anos acima mencionado, sendo este *board* renovável a cada cinco anos. Não obstante, comitês *ad hoc*, em função dos longos períodos de vigência do contrato de concessão ou PPP, tornam-se mais vantajosos por razões econômicas.

Cabe destacar, ainda, que os Comitês *ad hoc* podem contar com o suporte administrativo das câmaras de resolução de conflito que preveem a possibilidade dessa modalidade de *dispute board*, como é o caso do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá<sup>41</sup>, o Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA<sup>42</sup> e da Câmara de Conciliação Mediação e Arbitragem da CIESP/FIESP<sup>43</sup>.

Ato contínuo, superada a problemática quanto ao período de atividade do *dispute board* nos contratos de concessão e de PPP, que, em suma, poderá ser permanente durante a fase de obras e, durante a fase de operação, *ad hoc*, passa-se à discussão acerca da multiplicidade de contratos e, por conseguinte, de *dispute boards*.

Durante a fase de obras, o concessionário estará diante de diversas subcontratações necessárias para a preparação do projeto para a fase de operação. Entre os contratos que podem ser elencados estão o *design & build*, contratos EPC, contratos de fornecimento de materiais e equipamentos, etc. Por se tratar de contratos complexos, o risco de surgimento de conflitos é alto, porém, e ao mesmo tempo, não é viável econômica e juridicamente a manutenção de di-

40. DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Guidance on the Use of Dispute Boards in Public Private Partnership (PPP) Projects*. DRBF, [S. l.], p. 1-13, 6 abr. 2017. Disponível em: <https://www.drb.org/dbs-for-ppps>. Acesso em: 24 jan. 2022.

41. Ver regulamento, disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/dispute-boards/>. Acesso em 22 jan. 22.

42. Ver Regulamento, disponível em: [http://www.cbma.com.br/novo\\_dispute\\_board](http://www.cbma.com.br/novo_dispute_board). Acesso em 22 jan. 22.

43. Ver Regulamento, disponível em: <https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/dispute-boards/regulamento.html>. Acesso em 22 jan. 22.

versos Comitês de Resolução de Conflitos – de modo que exista um para cada contrato pactuado.

A instalação de Comitês separados para cada relação contratual pode ser prejudicial para o projeto, pois representam não só um custo de manutenção a mais para cada contrato, mas também os riscos de decisões conflitantes que levarão a uma escalção dos litígios aumentam consideravelmente. Nesse passo, vislumbra-se como melhor alternativa a adoção do *Omnibus Dispute Board*.

“*Omnibus*” é um termo em latim cujo significado literal é “para tudo” e a principal ideia do *Omnibus Dispute Board* é a instituição de um Comitê único que possa ser utilizado não só pelo concessionário e o Poder Concedente, mas também pelos principais subcontratados envolvidos no contrato de concessão ou PPP.

A utilização do mesmo *dispute board* nos mais diversos níveis de hierarquia contratual tornará possível uma abordagem consistente para evitar disputas e, se essas ocorrerem, uma solução do litígio mais eficaz. Esta é, inclusive, uma prática recomendada pela DRBF em PPPs nos Estados Unidos e no Canadá.<sup>44</sup>

Dentre as vantagens na instalação de um *Omnibus Dispute Board* é possível destacar: (a) a divisão dos custos *pro rata* – entre esses: custos oriundos das visitas dos membros ao local da obra, custos da realização de audiências, etc. – entre as partes que utilizarão do Comitê para emitir recomendações e/ou decisões; (b) economia de custos transacionais; (c) a formação de um Comitê que terá ampla visão de cada relação contratual, se tornando hábil a emitir suas recomendações e decisões uniformes e consistentes valendo-se de informações obtidas nos diversos contratos dentro da hierarquia contratual e alinhando os interesses de cada uma dessas, evitando o risco de decisões conflitantes e a judicialização desnecessária desse impasse; (d) a composição de uma *pool* de membros do *dispute board* com uma variedade de expertise – conforme será melhor tratado abaixo, possibilitando a escolha dos membros mais qualificados em relação ao conflito específico surgido.

Apesar de ser um Comitê de Resolução de Conflitos competente para atuar em todos os contratos, não se parte do pressuposto que todas as partes envolvidas – incluindo a Administração Pública – farão parte da sua resolução. Pelo

44. DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Recommended Best Practices for Use of Dispute Review Boards (DRBs) on Public Private Partnership Projects in the U.S. and Canada* [S. l.], p. 1-30, 21 jul. 2015. Disponível em: < <https://www.drb.org/dbs-for-ppps> >. Acesso em 24.01.2022.

contrário, essa forma de *dispute board* implica o reconhecimento da premissa de que haverá conflitos entre apenas algumas das partes, seja ela o concessionário e o Poder Concedente, ou o concessionário e seu subcontratado, mas sempre relacionado ao objeto do contrato de concessão ou PPP.

O *Omnibus Dispute Board* será previsto no contrato de concessão ou PPP, cabendo ao concessionário providenciar que seus arranjos contratuais sejam estruturados de forma que os subcontratados estejam engajados na resolução consensual dos conflitos, cientes de sua atuação e que aceitem essa modalidade de *dispute board*, ou seja, de modo que o subcontratado realize um *buy-in* no *dispute board* em progresso (Chern, 2017).<sup>45</sup>

O processo de escolha dos membros do Comitê não deve ser um entrave para a sua adoção. Em um *dispute board* tradicional, cada parte indicará um profissional experiente e idôneo, que, juntos, indicarão o terceiro membro. Conforme as *Recommended Best Practices for Use of Dispute Review Boards (DRBs) on Public Private Partnership Projects in the U.S. and Canada*, da DRBF, uma alternativa para esse procedimento de escolha é a utilização de uma *DRB pool*, que se traduz em uma lista de integrantes pré-selecionados pelas partes que poderão compor o Comitê de Recomendação a partir do conflito surgido.

A utilização de uma *DRB pool* permite, ainda, que sejam indicados membros com uma variada gama de expertise, haja visto que serão selecionados para emitir uma recomendação ou decisão conforme a natureza do litígio, que pode variar entre questões contratuais, questões legais, questões técnicas de engenharia ou questões financeiras e econômicas, por exemplo.

Surgido o conflito, recomenda-se às partes elencar, de comum acordo, os três – ou mais – membros que deverão compor o *dispute board* para o conflito em voga, diferentemente do que ocorre em um *dispute board* de um projeto de construção. Exemplos desse procedimento de escolha em um *dispute board* com mais de três membros são: o contrato de construção, sob as condições FIDIC, do túnel sob o canal da mancha, onde fora denominado cinco especialistas para composição do Comitê e a nomeação desses especialistas para a emissão da recomendação ou decisão dependia da natureza jurídica do litígio<sup>46</sup>, e; a construção do aeroporto de Hong Kong, cujo *dispute board* possuía uma *pool* de 7 *experts* que, igualmente ao caso acima, seriam escolhidos para a emissão da

45. CHERN, *op. cit.*, p. 44

46. CHERN, *op. cit.*, p. 382.

recomendação em razão da natureza do conflito e sua complexidade (Chapman, 2015)<sup>47</sup>.

## 6 Próximos passos para a consolidação dos *dispute boards* no Brasil

Não restam dúvidas acerca dos impactos positivos na implementação do *dispute board* nas obras de infraestrutura, em especial nas obras públicas. Todavia, considerando que a experiência brasileira ainda é bastante incipiente, serão necessários alguns passos nos próximos anos com o objetivo de consolidação tal como o instituto da arbitragem.

Um dos passos a serem dados é a elaboração de uma legislação federal que regule o *dispute board*, de igual forma como ocorre com a Lei 9.307/06, que regulamenta a arbitragem e a Lei 13.140/15, que regulamenta a mediação. Atualmente, consta em tramitação o PL 2421/21 (anterior PLS 206/18)<sup>48</sup>, que já recebeu aprovação no Senado Federal e aguarda Parecer do Relator na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público.

A aprovação de uma lei federal será um fator que contribuirá para a segurança jurídica do instituto no país, garantindo, inclusive, que os entes públicos possam valer-se desse método sem o receio de violação ao princípio da legalidade.

No Brasil, já há legislação Estadual e Municipal regulamentando o *dispute board*, como é o exemplo da Lei 16.873/2018, do Município de São Paulo, que instituiu o “Comitê de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados” e da Lei 11.241/2020, do Município de Belo Horizonte, que, igualmente, regulamentou o “Comitê de Prevenção e Solução de Disputas” na resolução de litígios em contratos administrativos de execução continuada. Mas apesar da falta de legislação federal específica, esse não é um fator impeditivo, considerando que os regulamentos das Câmaras de Resolução de Conflitos podem ser utilizados para dar norte ao funcionamento dos *dispute boards*, assim como o próprio contrato de concessão ou PPP poderá regular o Comitê. Além disso, diversas leis já autorizam expressamente a utilização dos DBs como forma de resolução de conflito, como é o caso da nova lei de licitações e contratos

47. CHAPMAN, Peter H. J.. *The Use of Dispute Boards on Major Infrastructure Projects*. *Turkish Commercial Law Review*, Vol. 1, nº 3, October, 2015.

48. Há, ainda, o PL 9.883/18, na Câmara dos Deputados, que foi apensado ao PL 2421/21 para uma tramitação conjunta, haja visto tratarem da mesma temática.

administrativos (Lei 14.133/21), em seu art. 151, e, outras que o autorizam genericamente, como as próprias leis de concessões e de PPPs.

Cabe destacar, ainda, que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 7.063/17, que tem o intuito de criar uma Lei Geral de Concessões, a qual expressamente prevê a utilização do Comitê de Resolução de Disputas nas contratações públicas.<sup>49</sup>

Maior desafio é, certamente, o de superar a cultura litigiosa ainda vivenciada no Brasil. O *dispute board* deve ser aceito pelo Poder Público e seus concessionários como uma forma de resolução de conflitos, não como uma mera fase pré-arbitral, tampouco deve ser utilizado apenas para cumprir os requisitos para obtenção de financiamento dos organismos internacionais.

Iniciativas como a realizada na SPE Rio 2016 em parceria com a DRBF, que capacitou profissionais e difundiu conhecimento acerca do *dispute board* são de extrema necessidade para alcançar esse objetivo. É necessário que os gestores públicos e agentes privados conheçam os benefícios da utilização de um *dispute board* em suas obras e, sobretudo, que compreendam que tais benesses não se limitam a uma economia financeira.

## Considerações Finais

Nas últimas décadas o Brasil vivenciou uma queda vertiginosa nos investimentos públicos em obras de infraestrutura, saindo de uma média de 5,4%, na década de 1970, para 2,5% do PIB na década de 2010. Essa situação traz à tona a necessidade de ampliar a participação do capital privado no setor da infraestrutura, através dos contratos de concessão e PPPs.

Para atrair o capital privado, um dos fatores primordiais a serem proporcionados pelo Poder Público é a segurança jurídica nos contratos públicos. É nesse cenário que os *dispute boards* surgem como importante ferramenta na gestão de conflitos nesses contratos. Os Comitês de Resolução de Conflitos chegaram na realidade brasileira através das exigências realizadas pelos organismos internacionais de financiamento, tais como o Banco Mundial e o Banco Interamericano para Reconstrução e Desenvolvimento - BIRD.

49. PL 7.063/17. Art. 173. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, tais como a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Apesar de recente, a experiência brasileira já conta com alguns *cases* que demonstram a utilidade do *dispute board*, é o caso do Comitê estabelecido no projeto do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante em Pernambuco, em 2012, na construção do trecho norte do Rodoanel em São Paulo, em 2013, bem como dos *dispute boards ad hoc* formados para dirimir conflitos no âmbito das contratações da SPE Rio 2016, Sociedade de Propósito Específico formada para viabilizar as Olimpíadas no Rio de Janeiro, em 2016.

O *dispute board*, como visto acima, é uma forma de resolução consensual de conflitos, na qual será formado um comitê por profissionais experientes e imparciais em momento anterior ao projeto de construção – normalmente no momento da contratação – que acompanhará o decorrer das obras, encarregado de encorajar as partes a evitar os conflitos e, também, auxiliar na resolução desses, se vierem a ocorrer.

No presente artigo, tratamos como alternativa viável a utilização dos *dispute boards* nos contratos de concessão ou PPP, espécies contratuais que possuem diversas especificidades, dentre as quais debateu-se a multiplicidade de partes envolvidas na consecução do objeto da concessão (Poder Concedente, concessionário, subcontratados, entre outros) e a longa vigência contratual que, não raras vezes supera os trinta anos.

Debateu-se, ainda, a utilização do *Omnibus Dispute Board* como prática adequada e recomendada para os Contratos de Concessão. “*Omnibus*”, palavra com origem no latim que significa “para todos”, o *Omnibus Dispute Board*, portanto, é um Comitê de Resolução de Conflitos que poderá ser utilizado para dirimir conflitos entre as partes do contrato de concessão ou PPP, seja entre o Poder Concedente e concessionário, seja entre concessionário e seus principais subcontratados, ou, também, entre todos eles.

Ao fim, traçamos perspectivas sobre os próximos passos para a evolução e consolidação dos *dispute boards* no direito brasileiro, tratando como os dois principais obstáculos, atualmente, a ausência de uma legislação federal que os regule de forma geral, muito embora não seja um empecilho para a sua instalação, posto que, além de haver a autorização legislativa em diversas leis esparsas, como é o caso da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/21), por exemplo, as cláusulas contratuais – em especial pela natureza consensual do *dispute board* – e os regulamentos das Câmaras de Resolução de Conflito podem auxiliar

nesse quesito e, também, a cultura litigiosa vivida no Brasil, sendo necessária a difusão dos benefícios que o *dispute board* pode trazer para as obras públicas de infraestrutura e, assim, possa ser respeitado como um mecanismo de resolução de conflitos de fato e não como uma fase pré-judicial ou pré-arbitral.

## Referências

- BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Lei de Parcerias Público-Privadas, [S. l.], 30 dez. 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm). Acesso em: 24 jan. 2022.
- BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Lei de Concessões Públicas, [S. l.], 13 fev. 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm). Acesso em: 24 jan. 2022.
- BRASIL. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. Enunciados nº 49 e 80. I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios. Brasília, 2016.
- Brasil*: Coordenação estatal da regulação e dos incentivos em prol do desenvolvimento – o caso do setor elétrico. Brasília: Ipea, 2012, p. 7. Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/17240> >. Acesso em 15.01.2022.
- BUENO, Julio Cesar. Os dispute boards na nova lei de licitações e contratos administrativos. Migalhas, [S. l.], p. 1, 5 abr. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/342966/dispute-boards-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-administrativos>. Acesso em: 23 jan. 2022.
- CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO. **Investimento em Infraestrutura e Recuperação da Economia**. Brasília: [s. n.], 2015.
- CHAPMAN, Peter H. J.. *The Use of Dispute Boards on Major Infrastructure Projects*. *Turkish Commercial Law Review*, Vol. 1, nº 3, October, 2015.
- CHERN, Cyril. *Chern on Dispute Boards*. third. ed. [S. l.]: Informa Law from Routledge, 2015. p. 29
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Mapa estratégico da indústria 2018-2022** Rev. e atual. Brasília: CNI, 2018.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30 ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Guidance on the Use of Dispute Boards in Public Private Partnership (PPP) Projects*. DRBF, [S. l.], p. 1-13, 6 abr. 2017. Disponível em: <https://www.drb.org/dbs-for-ppps>. Acesso em: 24 jan. 2022.

DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. Recommended Best Practices for Use of Dispute Review Boards (DRBs) on Public Private Partnership Projects in the U.S. and Canada [S. l.], p. 1-30, 21 jul. 2015. Disponível em: < <https://www.drb.org/dbs-for-ppps>>. Acesso em 24.01.2022.

EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA. Concessões realizadas em 2021 garantem mais de R\$ 30 bilhões em investimentos nos próximos anos. Epl.gov.br, [S. l.], p. 1, 20 jan. 2021. Disponível em: <https://www.epl.gov.br/concessoes-realizadas-em-2021-garantem-mais-de-r-30-bilhoes-em-investimentos-nos-proximos-anos>. Acesso em: 23 jan. 2022.

GOVERNO FEDERAL. Governo Federal projeta R\$ 108 bilhões em investimentos contratados para transporte rodoviário. Gov.br, Brasil, p. 1, 27 dez. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/noticias/2021/12/governo-federal-projeta-r-108-bilhoes-em-investimentos-contratados-para-transporte-rodoviario>. Acesso em: 23 jan. 2022.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessões e parcerias público-privadas**: Guia para o gestor público. Brasília: Câmara Brasileira da Indústria da Construção, 2016.

INFRA 2038. Quanto precisaremos investir até 2038? Projeto Infra2038, janeiro de 2018, p. 5. Disponível em: < <https://www.infra2038.org/quanto-investir-ate-2038>>. Acesso em 20.01.22.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Infraestrutura e Planejamento no Brasil*: Coordenação estatal da regulação e dos incentivos em prol do desenvolvimento – o caso do setor elétrico. Brasília: Ipea, 2012, p. 7. Disponível em: < <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/17240> >. Acesso em 15.01.2022.

JOBIM, Jorge Pinheiro; RICARDINO, Roberto; CAMARGO, Rui Arruda. A experiência brasileira em CRD: o caso do metrô de São Paulo. In: CRD - **Comitê de Resolução de Disputas nos Contratos de Construção e Infraestrutura**. São Paulo: PINI, 2016. p. 169-191.

JOURDAN, Marcelo Mollica. **A Light, investimento estrangeiro no Brasil**. Uma luz sobre o ciclo privado-público em 80 anos pela análise de taxa de retorno. 2006. 223 p. Dissertação (Mestrado em Finanças e Economia Empresarial) - Escolha de Pós-Graduação em Economia, Fundação Getúlio Vargas, [S. l.], 2006.

MARCONDES, Fernando. *Dispute Board em Contratos de Construção*: o desenvolvimento do método nos países da América Latina. In: FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (org.). **FGV Projetos**: Solução de conflitos. 30 ed. Rio de Janeiro: FGV, abril/maio 2017. p. 99-114.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Malheiros Editores. São Paulo. 26 ed. 2001.

PÊGO FILHO, Bolívar; CÂNDIDO JÚNIOR, José Oswaldo; PEREIRA, Francisco. **Investimento e Financiamento da Infraestrutura no Brasil**: 1990-2002. Brasília: Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas - IPEA, 1999. 65 p. v. 1.

SANZ, Beatriz; MENDONÇA, Heloísa. O lado obscuro do ‘milagre econômico’ da ditadura: o boom da desigualdade. **El País**, [S. l.], p. 1, 28 nov. 2017. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/29/economia/1506721812\\_344807.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/29/economia/1506721812_344807.html). Acesso em: 18 jan. 2022.

SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. Os dispute boards no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras. **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution** – RBADR, Belo Horizonte, ano 01, n. 02, p. 69-95, jul./dez. 2019

SILVA NETO, Augusto Figueiredo. *Evolution of Dispute Board Practices: Dispute Board Program for the Rio 2016 Olympic and Paralympic Games*. In: DRBF 15<sup>th</sup> **Annual International Conference**. Genoa, Italy, 22-23 May 2015.

SCOTT, Sid. **Infrastructure Development in the US: How to implement DRBs on PPP Projects and other alternative project delivery methods**. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Parcerias Público-privadas**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. cap. 1, p. 17-46.

# 10 | PARTICULARIDADES DA ARBITRAGEM NO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO

César Henrique Silva Diniz<sup>1</sup>

Pedro H. B. Sousa<sup>2</sup>

## Introdução

Por determinação constitucional, a exploração dos serviços de instalação de energia elétrica é competência privativa da União<sup>3</sup>. Isso não significa, entretanto, que apenas a União é responsável pelos serviços de geração, distribuição e comercialização de energia no Brasil. Pelo contrário, das etapas do serviço de prestação de energia elétrica no país participam uma série de agentes, tanto públicos quanto privados.

Essas etapas — geração, transmissão e comercialização, como se verá adiante, são codependentes, isto é, o sucesso de uma depende da boa execução da etapa anterior. Embora inexista proibição legal para que essas etapas sejam executadas por um único agente, é comum no mercado que as tarefas sejam divididas entre empresas que possuam melhor *know how* na execução de cada uma delas.

E, considerando que o fornecimento de energia é um serviço essencial para o desenvolvimento da maior parte das atividades humanas, é razoável que o setor seja bastante regulado. Cita-se que a função de regular esse setor no Brasil foi delegada, por meio da Lei nº 9.427/1996, para a Agência Nacional de Energia

1. Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

2. Advogado. Mestre em Direito Transnacional pela Católica *Global School of Law da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa/Portugal (Master of Transnational Law – CGSL-UCP/Lisboa)*. LL.M. em *Law in a European and Global Context pela Católica Global School of Law da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa/Portugal (CGSL-UCP/Lisboa)*. Especializado em Compliance Anticorrupção pela *Legal, Ethics & Compliance (LEC/SP)*.

3. Art. 21 da Constituição Federal de 1988: Compete à União: XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos.

Elétrica (ANEEL), autarquia em regime especial vinculada ao Ministério de Minas e Energia. A ANEEL pode, também por delegação, atuar como parte na relação contratual e realizar os procedimentos licitatórios para exploração de energia elétrica, conforme determina o art. 3º, II e IV, da Lei nº 9.427/1996.<sup>4</sup>

As particularidades do processo de produção e comercialização de energia elétrica faz com que esse setor seja bastante complexo e suscetível à ocorrência de controvérsias da mais variada natureza. Paralelo a isso, a arbitragem tem sido cada vez mais buscada pelas empresas no Brasil para a resolução de litígios complexos<sup>5</sup>. A possibilidade de escolha de árbitros especializados na matéria objeto do conflito, aliado à proposta de procedimento *tailor made* do instituto, são grandes atrativos da arbitragem em comparação com a judicialização de conflitos.

E, justamente pelo fato de a energia elétrica ser um insumo essencial às atividades humanas, é razoável que haja dúvidas acerca da possibilidade de se submeter controvérsias relacionadas a esse setor à arbitragem. Isso porque, por determinação do art. 1º da Lei nº 9.307/96<sup>6</sup>, apenas direitos disponíveis podem ser submetidos à arbitragem.

As páginas seguintes serão dedicadas a apresentar aspectos gerais do processo de comercialização de energia elétrica no Brasil, bem como a analisar a arbitrabilidade dos principais conflitos no setor elétrico, à luz da legislação e da doutrina nacional. A possibilidade de participação da ANEEL na arbitragem também será abordada em tópico próprio, pois, como já mencionado, a agência regulatória pode atuar como agente no ambiente de comercialização da energia. Por fim, será apresentado um caso concreto cuja controvérsia reúne diversas questões levantadas ao longo do texto.

4. Art. 3º da Lei nº 9.427/1996: Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL: [...] IV - gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica. [...] II - promover, mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente, os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos.
5. Informação Disponível em: <https://conima.org.br/em-25-anos-lei-de-arbitragem-popularizou-e-profissionalizou-o-procedimento/>. Acesso em 1. jan. 2022.
6. Art. 1º da Lei nº 9.307/1996: As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

## I Aspectos gerais da comercialização de energia elétrica no Brasil

Por determinação do art. 21, inc. XI, “b” da Constituição Federal, a instalação e aproveitamento de energia elétrica no Brasil são atividades exclusivas da União, que pode explorá-las diretamente ou por meio de autorizações, concessões e permissões. Por se tratar de um serviço público essencial, que permite a satisfação de necessidades básicas da população, o setor de comercialização de energia elétrica no país é extremamente regulado.

A realização de negócios no setor elétrico brasileiro ocorre por meio da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), pessoa jurídica de direito privado, regulada e fiscalizada pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que possui como finalidade viabilizar a realização de contratos de energia no país pela promoção de leilões de compra e venda de energia elétrica<sup>7</sup>.

No âmbito da CCEE a comercialização ocorre por meio de segmentos, quais sejam: Ambiente de Contratação Livre (ACL), Ambiente de Contratação Regulada (ACR), Sistema Interligado Nacional (SIN) e Mercado de Curto Prazo (MCP), também conhecido como mercado *Spot*). Os dois primeiros são os ambientes onde ocorrem o maior número de transações de energia elétrica no Brasil.<sup>8</sup>

No Ambiente de Contratação Regulada ocorrem contratações, via leilão público, entre distribuidores e geradores. Por outro lado, o Ambiente de Contratação Livre permite que geradores e comercializadores celebrem contratos bilaterais de compra e venda de energia<sup>9</sup>. Não cabe aqui, considerando a finalidade a qual o presente texto se propõe, esmiuçar as particularidades de cada segmento, bastando saber que, devido aos diferentes níveis de exigência para contratar em cada um desses microsistemas, diferentes tipos de conflitos podem ser gerados, conforme se verá adiante.

No processo de comercialização de energia elétrica atuam os seguintes agentes: geradores, transmissores (aqui incluídos os distribuidores) e comercializadores<sup>10</sup>, além da própria CCEE, da ANEEL e da própria Administração Pública. A

7. Art. 4º. da Lei nº 10.848/2004: Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei.

8. DAVID, Solange M. G. R. A arbitragem e a comercialização de energia elétrica no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**: v. 20, p. 86-121, 2009, p. 92.

9. *Ibidem*, p. 92.

10. RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. **Arbitragem no Setor de Energia Elétrica**. São Paulo: Almedina, 2017.

cadeia de comercialização tem início com a atuação dos geradores que, por meio de uma concessão de serviço público, produzem a energia elétrica. A categoria se subdivide em autoprodutores, que produzem para atender a própria demanda, e produtores independentes. Os geradores podem negociar a energia produzida com os transmissores ou negociá-la diretamente com os consumidores.

A função dos transmissores é intuitiva; transportar a energia a seu destinatário final, também por meio de uma concessão de serviço público. A transmissão pode ocorrer por meio de distribuidores, que transportam energia em média e baixa tensão diretamente ao consumidor, mediante tarifa e condições de fornecimento reguladas pela ANEEL.

Comercializadores, ao seu turno, compram energia por meio de contratos bilaterais e a revendem para outros distribuidores, por meio de leilões regulados, ou diretamente para o consumidor final, por meio de contratos de compra e venda. Os contratos são registrados na CCEE com especificações acerca do montante de energia e do período de vigência, mas sem constar o preço da energia contratada. É importante mencionar que a capacidade para comercializar independe de concessão e pode ser exercida tanto por empresas privadas quanto por empresas públicas.

Também é possível que a própria CCEE intervenha diretamente nos contratos de comercialização de energia elétrica, seja qual for a sua natureza. Isso porque, nessa espécie de contrato é desejável que o montante fornecido seja aproximado ao de consumo, em *mega watt-hora* (MWh), estipulado em contrato. Todavia, por conta de falhas operacionais, erros de cálculo de consumo ou por motivos de força maior, podem ocorrer diferenças entre o montante fornecido/consumido e o montante contratado.<sup>11</sup>

Nesse cenário, é necessária a realização de uma contabilização final quando o distribuidor, por quaisquer motivos, deixa de entregar o volume de MWh contratado, ou quando o consumidor não utiliza o volume a que faz jus. Nessas situações, cabe ao CCEE proceder a liquidação dos saldos com base no preço vigente no mercado no momento em que foi gerado o débito ou o crédito<sup>12</sup>. Por conta dessa interferência na contabilização do montante de energia contratado/

11. NOHARA, Irene Patrícia e VILELA, Danilo Vieira. Arbitragem em contratos de infraestrutura celebrados com a Administração Pública: desenvolvimento e energia. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura - RDAL**, São Paulo: Thomson Reuters - Livraria RT, v. 3, n. 9, p. 23-44, 2019, p. 29.

12. PINTO, José Emílio Nunes. A arbitragem na comercialização de energia elétrica. **Revista de Arbitragem e Mediação**: v. 9, 2006, p. 176.

consumido, é comum que o próprio CCEE seja indicado para integrar resoluções de disputas que envolvem controvérsias relativas ao trinômio consumo, fornecimento e preço.

A partir dessa breve delimitação é possível inferir que os contratos de comercialização de energia elétrica podem ser público-públicos ou público-privados, hipótese em que se enquadram todos aqueles contratos que envolvam concessão de serviço público (geração e transmissão), ou ainda privado-privados, tais como de transmissão e comercialização.

Nos contratos público-públicos ou público-privados, por delegação da União Federal, é obrigatória a participação da ANEEL<sup>13</sup>, autarquia federal responsável por fiscalizar a aplicação das inúmeras normas e procedimentos que devem ser rigorosamente observados na comercialização de energia. Por tal razão, nos contratos de geração e distribuição em que há contrato de concessão de serviço público, é imperiosa a participação da ANEEL como parte — ou da própria União Federal, nos casos em que não há delegação de responsabilidade.

Constata-se que o setor de comercialização de energia elétrica no Brasil conta com a participação de diversos agentes que, após autorizados pela União, titular das atividades de instalação e aproveitamento de energia elétrica no Brasil, podem celebrar contratos de geração, transmissão, distribuição e comercialização.

## 2 Arbitrabilidade dos conflitos no setor elétrico

Considerando o caráter de serviço público do fornecimento de energia elétrica, é razoável que sejam dedicadas algumas linhas para tratar do tema da possibilidade de se submeter à arbitragem os conflitos oriundos dos contratos no setor elétrico.<sup>14</sup>

Quando se considera que a Administração Pública deve pautar sua atuação na satisfação do interesse público<sup>15</sup> é razoável que, à primeira vista, surjam dúvidas acerca da capacidade do ente público de ser parte em um procedimento arbitral. Mas, a possibilidade de utilização de arbitragem nos contratos que envolvem entes públicos e as empresas por eles criadas e controladas não é nenhuma novidade no direito brasileiro.

13. RIBEIRO, *op. cit.*, p. 3.

14. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30 ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 174.

15. *Ibidem*, p. 136.

O Estado possui plena capacidade de contratar (arbitrabilidade subjetiva ou *ratione personae*), razão pela qual, a princípio, não se vislumbra nenhum impedimento para que um ente, ou uma empresa pública, possa pactuar um contrato com cláusula compromissória ou uma convenção arbitral. Leciona Selma Lemes: “O Estado como pessoa jurídica de Direito Público e Privado (sociedade de economia mista e empresa pública), tem capacidade legal para assumir obrigações, direitos e responsabilidades e, por consequência, firmar contratos com particulares”<sup>16</sup>.

A questão acerca do requisito da disponibilidade do direito objeto da arbitragem (arbitrabilidade objetiva ou *ratione materiae*), é mais complexa. Por determinação do artigo 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/96, apenas podem ser submetidos à arbitragem direitos negociáveis, isto é, os patrimoniais disponíveis.<sup>17</sup>

Malgrado o fato de que um dos princípios que regem a atuação da administração seja o da supremacia do interesse público, não se pode afirmar que todos os interesses titularizados pela Administração Pública sejam indisponíveis.<sup>18</sup>

As relações desenvolvidas pela Administração Pública com as pessoas jurídicas de direito privado (aqui incluídas, claro, as empresas públicas) possuem natureza negocial. Assim, muito embora o fornecimento de energia seja um serviço essencial, os negócios celebrados para o atingimento desse fim possuem natureza econômica, portanto, perfeitamente arbitráveis.<sup>19</sup>

Por tal razão, Selma Lemes, em parecer redigido em 2005, conclui que, nos contratos de comercialização de energia elétrica, apesar de se tratar de serviço público, a atividade desenvolvida é de comercial e, portanto, disponível: Desta forma, não há a menor dúvida que a atividade mercantil de comercialização de energia elétrica em todas as suas modalidades, tais como, produção, geração, transmissão, etc representa direito disponível, na acepção conferida ao termo na Lei nº 9.307, de 1996, art. 1º.<sup>20</sup>

16. LEMES, Selma M. Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública, A**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 42

17. Art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/1996: [...] “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

18. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 241, p. 241-272, 2005, p. 258.

19. RIBEIRO, *op. cit.*, p. 43-44.

20. LEMES, Selma M. Ferreira. Contrato de compra e venda de energia firmado com sociedade de economia mista e contendo cláusula compromissória. Validade e eficácia da convenção de arbitragem. Disponibilidade dos Direitos litigiosos. Reconhecimento dos efeitos positivo e negativo da cláusula compromissória. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 7, página 1-10, out. 2005, p. 28.

Em 2008 o Superior Tribunal de Justiça foi provocado a se manifestar acerca da possibilidade de instauração de arbitragem para dirimir controvérsia originada no bojo de um contrato de exploração portuária que, segundo o art. 21 da Constituição Federal, é uma atribuição exclusiva da União<sup>21</sup>. A Primeira Seção do Tribunal entendeu que a Administração Pública, ao optar pela arbitragem, não estaria violando o interesse público, mas sim optando por uma forma mais hábil para dirimir a controvérsia de natureza contratual.

De fato, consoante ao que já foi delineado anteriormente, as relações negociais entre a Administração Pública e as empresas que atuam no setor elétrico são fomentadas, principalmente, por meio de contratos de concessão para explorar uma atividade que compete privativamente à União, nos termos do art. 21, XI, “b”, da Constituição Federal. A própria Lei Geral das Concessões, em seu art. 23, inciso XV<sup>22</sup>, prevê a possibilidade de utilização de modos amigáveis de resolução de controvérsias nos contratos de concessão de serviços públicos, indicando que os conflitos não precisam, necessariamente, serem resolvidos pela via judicial.<sup>23</sup>

A Lei nº 10.848/2004, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, sacramentou as discussões sobre o tema ao prever, em seu art. 4º, § 5º, que as regras para resolução de conflitos entre agentes da CCEE deverão contemplar a utilização da arbitragem. Ainda no art. 4º, § 6º, consta a ressalva de que as empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização devem aderir à convenção de arbitragem.<sup>24</sup>

A previsão de utilização da arbitragem pelos agentes da CCEE que comercializem energia elétrica, sejam eles pessoas jurídicas de direito público ou privado (aqui incluída a própria CCEE), foi replicada na Resolução Normativa

21. **Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 11.308/DF**, Primeira Seção, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 9/4/2008 e publicado no DJE em 19/5/2008.

22. Art. 23, da Lei nº 8.987/1995. “São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: [...] xv - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.”

23. LEMES, *op. cit.*, p. 20.

24. Art. 4º da Lei nº 10.848/2004: Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei. [...] § 5º As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. § 6º As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo.

nº 109/2004 da ANEEL, que torna obrigatória<sup>25</sup> a submissão de conflitos à arbitragem em certas hipóteses<sup>26</sup>.

Subscrever a Convenção Arbitral constitui, portanto, uma obrigação dos agentes<sup>27</sup>, de modo que o ingresso na CCEE implicará, também, na adesão ao Regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem, que foi escolhida por meio de deliberação da Assembleia Geral<sup>28</sup>. Ainda, o art. 59 da Convenção Arbitral<sup>29</sup> adotou o modelo de escalonamento mediação-arbitragem ao tornar obrigatório, também, a realização de processo de mediação previamente ao procedimento arbitral.

### 3 Participação da ANEEL na arbitragem

Sobre a possibilidade de a própria ANEEL figurar como parte em um procedimento arbitral, alguns pontos merecem ser destacados. A Lei nº 9.427/1996, que instituiu a ANEEL, estabelece em seu art. 1º que a agência reguladora é uma autarquia em regime especial<sup>30</sup>, enquanto o art. 2º explica que a ANEEL tem por finalidade (i) regular e (ii) fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica<sup>31</sup>.

25. Sobre a imposição de subscrever a convenção arbitral, José Emílio Pinto Nunes destaca que não se trata de arbitragem compulsória, pois, nesse caso, a subscrição é uma obrigação aceita pelo associado após assinatura de um contrato aberto de associação. (PINTO, *op. cit.*, p. 183.)
26. Art. 58 da Resolução Normativa nº 109/2004 da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL): “Os agentes da CCEE e a CCEE deverão dirimir, por intermédio da Câmara de Arbitragem, todos os conflitos que envolvam direitos disponíveis, nos termos da lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, nas seguintes hipóteses: I – Conflito entre dois ou mais Agentes da CCEE que não envolva assuntos sob a competência direta da ANEEL ou, na hipótese de tratar, já tenha esgotado todas as instâncias administrativas acerca do objeto da questão em tela; II – Conflito entre um ou mais Agentes da CCEE e a CCEE que não envolva assuntos sob a competência direta da ANEEL ou, na hipótese de tratar, já tenha esgotado todas as instâncias administrativas acerca do objeto da questão em tela; e III – sem prejuízo do que dispõe cláusula específica nos CCEARS, conflito entre Agentes da CCEE decorrente de Contratos Bilaterais, desde que o fato gerador da divergência decorra dos respectivos contratos ou de Regras e Procedimentos de Comercialização e repercuta sobre as obrigações dos agentes contratantes no âmbito da CCEE”.
27. O art. 8º, IX, do Estatuto Social da CCEE prevê que é um dever do agente “providenciar e firmar os documentos necessários para sua atuação na CCEE e aderir à Convenção Arbitral”.
28. DAVID, *op. cit.*, p. 101.
29. Art. 59 da Resolução Normativa nº 109/2004 da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL): “Fica obrigada a Câmara de Arbitragem a instituir processo de mediação com o objetivo de promover, no âmbito privado e de forma prévia ao procedimento arbitral, uma solução amigável de Conflitos”.
30. Art. 1º da Lei nº 9.427/96: É instituída a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com sede e foro no Distrito Federal e prazo de duração indeterminado.
31. Art. 2º da Lei nº 9.427/96: A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

A função de regulação da ANEEL diz respeito ao poder de elaborar normas com força obrigatória, como instituir uma nova política de reajuste de preços, por exemplo. A agência exerce sua função de fiscalização quando atua para garantir que os agentes estejam observando os procedimentos e normas que regem o setor elétrico<sup>32</sup>. A ANEEL possui, também, o poder de sancionar os agentes por descumprimentos de obrigações contratuais<sup>33</sup> e de dirimir eventuais conflitos<sup>34</sup>.

A atuação das agências em suas funções de regular e fiscalizar certamente não podem ser submetidas à apreciação de um Tribunal Arbitral, por ser pautada nas prerrogativas legais de conveniência e oportunidade<sup>35</sup>. Com efeito, tem-se que essas funções definidas no art. 2º da Lei nº 9.427/1996 têm caráter indisponível.

Igualmente, não se pode submeter um ato sancionatório, decorrente do exercício do poder de polícia por parte da Administração Pública à arbitragem, quando a referida sanção estiver prevista em lei<sup>36</sup>, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. Sobre a função sancionadora das agências reguladoras, Luís Roberto Sigaud Cordeiro Guerra destaca que: “A rigor, essa atividade da agência reguladora tem caráter nitidamente indisponível. Aplicar uma punição aos partícipes quando violados deveres e obrigações no ambiente regulado não é uma faculdade, mas uma imposição legal, inegociável às agências reguladoras”<sup>37</sup>.

Ocorre que, para o mesmo autor, quando a sanção estiver prevista em contrato, ela possuirá caráter patrimonial disponível e, portanto, poderá ser questionada em um procedimento arbitral<sup>38</sup>. Isso, porque a previsão de sanção no

32. DI PIETRO, *op. cit.*, p. 77-78.

33. Art. 3º, x, da Lei nº 9.427/1996: Além das atribuições previstas nos incisos II, III, v, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 10, compete à ANEEL: [...] fixar as multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica, observado o limite, por infração, de 2% (dois por cento) do faturamento, ou do valor estimado da energia produzida nos casos de autoprodução e produção independente, correspondente aos últimos doze meses anteriores à lavratura do auto de infração ou estimados para um período de doze meses caso o infrator não esteja em operação ou esteja operando por um período inferior a doze meses.

34. Art. 3º, v, da Lei nº 9.427/1996: Além das atribuições previstas nos incisos II, III, v, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 10, compete à ANEEL: [...] dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores.

35. CARDOSO, André Guskow. As agências reguladoras e a arbitragem. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães e TALAMINI, Eduardo. (Coord.) **Arbitragem e o poder público**. São Paulo: Saraiva, páginas 16/61, 2010, p. 29.

36. ANDRADE, Gustavo Fernandes de. Algumas reflexões sobre as arbitragens e as regras da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. Rio de Janeiro (67), 2013, p. 94.

37. GUERRA, Luís Roberto S. Cordeiro. As agências reguladoras e a arbitragem: uma alternativa às divergências setoriais. **Revista Digital de Direito Administrativo - Universidade de São Paulo (USP)**. vol. 6, n. 2, p. 71-94, 2019, p. 89.

38. *Ibidem*, p. 90.

contrato pressupõe que ambas as partes optaram, voluntariamente, por aderir aqueles termos. Posicionamento idêntico adota Alexandre Aragão: “Embora as sanções administrativas propriamente ditas, *stricto sensu*, por constituírem atos de império (conforme tópico 6), a princípio não possam ser resolvidas no curso de arbitragens, as sanções contratuais, de base e pressupostos negociais, não encontram qualquer óbice para sê-lo”<sup>39</sup>.

Assim, no tocante às sanções, a arbitragem poderá ser utilizada para resolver conflitos cuja origem tenha sido uma sanção aplicada pela ANEEL em decorrência de uma disposição contratual, mesmo que a agência reguladora não seja parte do contrato. Decerto que, nesses casos, a autarquia deverá concordar em submeter o litígio à arbitragem, por se tratar de um método consensual de resolução de controvérsias.

Por outro lado, caso a fonte da sanção seja uma previsão legal, e a ANEEL atuar com base em sua obrigação de sancionar, esta não poderá ser discutida em arbitragem, pois, como já mencionado, trata-se de prerrogativa indisponível. Insta mencionar que, mesmo que o contrato repita, nos exatos termos, uma sanção prevista em lei, esta ainda possuirá caráter contratual. Sobre o tema, Eros Grau faz a ressalva de que: “Na relação contratual administrativa o Estado-aparato (a Administração) atua vinculado pelas mesmas estipulações que vinculam o particular; ambos se submetem à lei [Estado-ordenamento]; ou seja, a Administração não exerce ato de autoridade no bojo da relação contratual”<sup>40</sup>.

Alexandre Aragão adota posicionamento no mesmo sentido. Veja-se:

Ainda que determinadas sanções contratuais sejam prévia e detalhadamente reguladas em sede legislativa, o seu campo de aplicação não deixa de ser uma relação jurídica negocial e o ato que lhe motiva não deixa de ser um evento contratual. O seu fundamento de aplicação imediato, reitera-se, é o contrato; a lei é apenas o quadro do qual ele parte. [...] Tal conclusão não é repelida nem mesmo quando as sanções ou poderes unilaterais são incumbidos, pelo contrato, às agências reguladoras ou a qualquer outra entidade administrativa a quem se incumba a função de interveniente ou de representante do ente público contratante.<sup>41</sup>

39. ARAGÃO, Alexandre Santos. A Arbitragem no Direito Administrativo. **Revista da AGU**. v. 16. nº 03, julho/setembro, página 20/56, 2017, p. 33.

40. GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. v. 21, páginas 141-148, Março/2002, p. 145.

41. ARAGÃO, *op. cit.*, p. 34.

A ANEEL também pode atuar como gestora de contratos de concessão ou de permissão prestação dos serviços de energia elétrica, por determinação do art. 3º, IV, da Lei nº 9.427/1996. Nesse caso, a própria autarquia terá celebrado o contrato e atuará como parte, representando os interesses da União. E, como abordado no tópico anterior, não há óbice para que a Administração Pública — aqui incluídas as autarquias, possa celebrar contrato com cláusula arbitral, ou convenção arbitral.

Em conclusão, a aplicação de sanção por parte da ANEEL (e das demais agências reguladoras), quando possuir fundamento de validade no próprio contrato, será arbitrável. Igualmente, os conflitos advindos de um contrato em que a ANEEL figure como parte podem ser submetidos à arbitragem, desde que envolvam direitos disponíveis. E, nessas situações, o procedimento será conduzido de acordo com as particularidades da arbitragem com a Administração Pública.

#### **4 Panorama dos conflitos arbitráveis no setor elétrico**

A comercialização de energia elétrica no Brasil depende da interação de diversos agentes, que devem atuar em estrita observância com as normas e procedimentos de um setor bastante regulado. Nesse cenário, a quantidade de conflitos nesse setor é grande e diversificada, que, segundo Solange David, possui “*gene conflituoso*”<sup>42</sup>. Em regra, como já mencionado, os litígios contratuais originados no âmbito da CCEE devem ser submetidos à arbitragem.

A cláusula primeira do primeiro parágrafo da Convenção Arbitral da CCEE define conflito como “oposição manifesta que envolva controvérsia ou divergência de interesses entre os Agentes da CCEE e/ou entre esses e a CCEE”, desde que não envolva assuntos sob a competência direta da ANEEL. Destaca-se que a referida Convenção não se aplica a conflitos entre os agentes da CCEE e a própria ANEEL, o que, como já dito, não impede que a ANEEL seja parte de uma arbitragem que não seja regulada pela Convenção da CCEE.

Existem conflitos comuns entre o Ambiente de Contratação Livre, segmento em que os contratos são livremente pactuados, e o Ambiente de Contratação Regulada. Nessa seara, destacam-se os pedidos de indenização por conta da prevenção de falhas nos sistemas de transmissão e/ou de distribuição e pela dissipação de energia contratada. Também são passíveis de serem submetidas

42. DAVID, *op. cit.*, p. 96.

à arbitragem as questões referentes ao inadimplemento no fornecimento da quantidade de energia contratada ou ao não pagamento do montante ajustado.<sup>43</sup>

Ainda, são bastantes comuns as arbitragens em que se discute a readequação da equação econômico-financeira do contrato, por conta da ocorrência de fatores ambientais e econômicos que modificaram as condições estabelecidas, ou litígios relacionados à extinção da obrigação pactuada, com a apuração de indenizações decorrentes da rescisão/resolução contratual.<sup>44</sup>

Durante a pandemia da Covid-19, por exemplo, os tribunais arbitrais e judiciais se depararam com uma série de litígios envolvendo pedidos de repactuação de preços estabelecidos em contratos na modalidade *take or pay*<sup>45</sup>. Nesses contratos, o comprador se obriga a pagar por um volume mínimo de energia, independentemente da quantidade consumida<sup>46</sup>. Com a paralisação das atividades necessárias para conter o avanço da pandemia, muitos contratantes se viram impossibilitados de utilizar o nível mínimo de energia fornecido, embora tivessem que continuar pagando pelo percentual contratado. O resultado foi o aumento das demandas de revisão dos contratos de *take or pay* com base no art. 393 do Código Civil<sup>47</sup>.

Especificamente no Ambiente de Contratação Regulada podem ocorrer conflitos relacionados a problemas na liberação de faixas para construção de linhas e distribuição, questão indiscutivelmente arbitrável por se tratar de uma estipulação contratual, bem como oscilações tarifárias que desequilibram os preços estipulados em contrato e podem dar origem a pedidos de recomposição econômico-financeira do ajuste.<sup>48</sup>

Adiantou-se que o procedimento arbitral também pode ser instaurado para dirimir conflitos entre um agente e a ANEEL ou entre um agente e a CCEE. Entre os dois últimos são comuns as divergências em relação à aplicação, pela CCEE, do

43. RIBEIRO, *op. cit.*, p. 112.

44. *Ibidem*, p. 74.

45. Sobre o tema, conferir: LOUREIRO, Gustavo Kaercher; ALBINO, Jean. Caso Fortuito e Força Maior nos contratos de compra e venda de energia? Disponível em: <https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2021-07/caso-fortuito-e-forca-maior-nos-contratos-de-compra-e-venda-de-energia-parte-i.pdf>. Acesso em 1. jan. 2022.

46. VIEIRA, Vitor Silveira. A Cláusula de *take or pay* no Direito Privado Brasileiro: Qualificação, Regime e Aplicação. **Revista de Direito Privado**. Vol. 106. Out./dez. 2020, p. 104.

47. Art. 393 do Código Civil: O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

48. FERNANDES, Cecília Bicalho. A mediação e o setor elétrico. *In*: Sociedade Global e seus impactos sobre o estudo e a afetividade do Direito na contemporaneidade, 2013, São Paulo. **Justiça e o paradigma da eficiência na contemporaneidade**. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 10.

disposto nas Regras e Procedimentos de Comercialização, bem como alegações de inconformidades com o montante apurado em liquidação pela CCEE<sup>49</sup>, bem como pedidos para que esta seja compelida a registrar os contratos celebrados entre os agentes<sup>50</sup>.

Ao seu turno, as arbitragens entre agentes e a ANEEL podem tratar de discordâncias acerca de sanções contratuais aplicadas à empresa pela agência reguladora, bem como conflitos oriundos de descumprimentos contratuais pelo concessionário/permissionário ou pela própria autarquia.

## 5 Caso - ANEEL vs. Transnorte Energia

A arbitragem entre a ANEEL e a Transnorte Energia (TNE)<sup>51</sup> ainda não aconteceu, embora o Requerimento de Arbitragem já tenha sido formalizada pelas partes. O estudo deste caso é relevante no presente artigo, por se tratar do primeiro pedido de instauração de arbitragem em face da ANEEL, bem como reúne diversas questões tratadas nos parágrafos acima, quais sejam, (i) distribuição de energia elétrica, (ii) arbitrabilidade de contratos de concessão que envolvem prestação de serviço público e (iii) participação da ANEEL em um procedimento arbitral.

Em breve síntese, no ano de 2011 foi realizado leilão para a instalação de uma linha de transmissão para interligar o Estado de Roraima ao Sistema Interligado Nacional. A empresa vencedora foi a TNE, concessionária formada pela estatal Eletronorte e a Alupar S.A, e o término das obras estava previsto para 2015. Porém, o chamado “linhão”<sup>52</sup> sequer saiu do papel por ausência de licenciamento ambiental. A recusa da permissão se deu pelo fato de não haver comprovação de que a passagem da estrutura não afetaria as comunidades indígenas da Reserva *Waimiri Atoari*.

Por conta dos impasses a concessionária apresentou um requerimento administrativo à ANEEL, responsável pela gestão do contrato, para reivindicar o valor da receita anual que viria a receber pela execução dos serviços. Todavia,

49. DAVID, *op. cit.*, p. 96.

50. Sobre os pleitos relativos ao registro de contratos, confira-se: COSTA, Luciano. Briga de comercializadoras de energia vai à Justiça e deve impactar liquidação na CCEE. Disponível em: <https://baralldimariani.com.br/brigade-comercializadoras-de-energia-vai-a-justica-e-deve-impactar-liquidacao-na-ccce/> Acesso em 1. jan. 2022.

51. Todas as informações apresentadas neste tópico estão disponíveis nos seguintes endereços: <<http://www.canalarbitragem.com.br/materias/linhao-de-tucurui-opta-pela-arbitragem/>> e <<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2021/04/14/aneel-acredita-que-arbitragem-e-saida-para-linhao-de-rr.ghtml>>. Acesso em 1. jan. 2022.

52. O projeto recebeu o apelido de linhão pois o traçado previsto para ser erguido era de 721km.

as partes não conseguiram formar um consenso acerca dos valores que seriam repassados a título de reequilíbrio financeiro do contrato, o que fez com que a TNE formalizasse, em março de 2021, proposta para submeter o litígio a um procedimento arbitral. Em toda história, este é o primeiro pedido de arbitragem contra a ANEEL.

Em setembro de 2021, após autorização da Advocacia Geral da União (AGU) e do Ministério de Minas e Energia (MME), a ANEEL aprovou a celebração de Termo de Compromisso Arbitral entre a agência e a TNE, para discutir a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro da concessão e garantir a continuidade do contrato celebrado. A decisão do Tribunal Arbitral colocará fim a uma disputa que envolve a União, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA).

Trata-se de uma arbitragem bastante singular, pois, em 2019, o empreendimento do linhão foi reconhecido como de interesse da Política de Defesa Nacional, haja vista que o Estado de Roraima é o único que não está integrado ao sistema elétrico do País, e seu fornecimento de energia depende de usinas térmicas movidas a óleo diesel. Com efeito, estamos diante de uma arbitragem que discutirá questões atinentes a um contrato que visa garantir a prestação de um serviço público essencial — isto é, fornecimento de energia para um Estado.

## **Considerações Finais**

É difícil imaginar como seria o funcionamento de uma sociedade sem a utilização de energia elétrica, pois se trata de um insumo essencial para o desenvolvimento das atividades mais básicas do ser humano. Por isso, é razoável que a comercialização de energia elétrica se dê em um ambiente regulado, isto é, na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. É no âmbito da CCEE que ocorrem os negócios relacionados à geração, transmissão (aqui incluídos os de distribuição) e comercialização de energia.

Argumentou-se, no presente texto, que os contratos de geração, transmissão (aqui incluídos os de distribuição) e comercialização podem conter cláusula arbitral, uma vez que os negócios celebrados para o fornecimento de energia possuem natureza econômica. Trata-se, na verdade, de uma controvérsia superada, pois já existe previsão de utilização de mecanismos alternativos de resolução

de conflitos na Lei de Concessões, bem como a disposição na Lei 10.848/2004, que trata da comercialização de energia elétrica, de que os contratos entre os agentes da CCEE devem contemplar a utilização de arbitragem.

Aspecto controverso, no entanto, é a possibilidade de a Administração Pública discutir questões atinentes à prestação do serviço público de fornecimento de energia elétrica através da arbitragem. Isso porque, como visto, a União possui competência originária para a exploração e prestação do serviço de energia elétrica, podendo repassar essa atribuição aos entes privados.

O posicionamento adotado neste texto, para proporcionar o início de um debate e dependendo de casos futuros para aprofundar mais a questão – especialmente pelo fato de que somente há um caso, como mostrado – foi o de que o princípio da supremacia do interesse público não representa óbice para que a Administração Pública possa resolver conflitos em contratos de energia elétrica pela via arbitral. Por tal razão, a ANEEL, autarquia responsável pela gestão de contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, também pode ser parte de uma arbitragem, representando o interesse público. Até mesmo as multas aplicadas pela ANEEL em sua prerrogativa de sancionar podem ser submetidas à arbitragem, desde que a sanção esteja prevista em contrato.

A participação de agências reguladoras em arbitragens, todavia, é algo incipiente no Brasil. Ao final do presente texto, tratou-se sobre a expectativa de realização do primeiro procedimento arbitral tendo a ANEEL como parte, o que certamente abrirá ampla margem para a continuação deste debate.

## Referências

ANDRADE, Gustavo Fernandes de. Algumas reflexões sobre as arbitragens e as regras da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. Rio de Janeiro (67), 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos. A Arbitragem no Direito Administrativo. **Revista da AGU**. v. 16. nº 03, julho/setembro, página 20/56, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 1. jan. 2022.

BRASIL. ANEEL. **Resolução Normativa nº 109 de 26 de outubro de 2004**. Institui a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica, estabelecendo a estrutura e a forma de funcionamento da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE.

Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2004109.pdf>. Acesso em: 1. jan. 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm). Acesso em: 1. jan. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm). Acesso em: 1. jan. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.427 de 26 de dezembro de 1996**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm). Acesso em: 1. jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 1. jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.848 de 15 de março de 2004**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l10.848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.848.htm). Acesso em 1. jan. 2022.

CARDOSO, André Guskow. As agências reguladoras e a arbitragem. *In*: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães e TALAMINI, Eduardo. (Coord.) **Arbitragem e o poder público**, São Paulo: Saraiva, páginas 16/61, 2010.

COSTA, Luciano. **Briga de comercializadoras de energia vai à Justiça e deve impactar liquidação na CCEE**. Disponível em: <https://baraldimariani.com.br/briga-de-comercializadoras-de-energia-vai-a-justica-e-deve-impactar-liquidacao-na-ccee/> Acesso em 1. jan. 2022.

DAVID, Solange M. G. R. A arbitragem e a comercialização de energia elétrica no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 20, p. 86-121, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30 ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. v. 21, páginas 141-148, Março/2002.

GUERRA, Luis Roberto S. Cordeiro. As agências reguladoras e a arbitragem: uma alternativa às divergências setoriais. **Revista Digital de Direito Administrativo - Universidade de São Paulo (USP)**. vol. 6, n. 2, p. 71-94, 2019.

FERNANDES, Cecília Bicalho. A mediação e o setor elétrico. *In*: Sociedade Global e seus impactos sobre o estudo e a afetividade do Direito na contemporaneidade, 2013, São Paulo. **Justiça e o paradigma da eficiência na contemporaneidade**. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

LEMES, Selma M. Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública, A**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

\_\_\_\_\_. Contrato de compra e venda de energia firmado com sociedade de economia mista e contendo cláusula compromissória. Validade e eficácia da convenção de arbitragem. Disponibilidade dos Direitos litigiosos. Reconhecimento dos efeitos positivo e negativo da cláusula compromissória. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 7, página 1-10, out. 2005.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher; ALBINO, Jean. **Caso Fortuito e Força Maior nos contratos de compra e venda de energia?** Disponível em: <https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2021-07/caso-fortuito-e-forca-maior-nos-contratos-de-compra-e-venda-de-energia-parte-i.pdf>. Acesso em 1. jan. 2022.

NOHARA, Irene Patrícia; VILELA, Danilo Vieira. Arbitragem em contratos de infraestrutura celebrados com a Administração Pública: desenvolvimento e energia: **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura - RDAI**, São Paulo: Thomson Reuters - Livraria RT, v. 3, n. 9, p. 23 – 44, 2019.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 241, p. 241–272, 2005.

PINTO, José Emílio Nunes. A arbitragem na comercialização de energia elétrica. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 9. São Paulo: 2006.

RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. **Arbitragem no setor de energia elétrica**. São Paulo: Almedina, 2017.

VIEIRA, Vitor Silveira. A Cláusula de take or pay no Direito Privado Brasileiro: Qualificação, Regime e Aplicação. **Revista de Direito Privado**. Vol. 106. Out./dez. 2020.



# 11 | O PROTOCOLO DO CIARB SOBRE AS REGRAS DE INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DOS PERITOS

Cristina M. Wagner Mastrobuono<sup>1</sup>  
Brenda Souza Corrêa<sup>2</sup>

## Introdução

A atuação dos peritos e dos assistentes técnicos nos processos<sup>3</sup> é fundamental para o alcance da verdade material e, conseqüentemente, para o cumprimento do devido processo legal. Contudo, há diversas incertezas quanto à própria conceituação sobre essas figuras e quanto ao seu papel num procedimento arbitral. Além disso, no que diz respeito à forma de produção de provas, ainda não há uma regulamentação específica sobre a imparcialidade e independência dos profissionais técnicos atuantes na arbitragem, como levantou Mastrobuono<sup>4</sup> em sua publicação na Revista Brasileira de Arbitragem (nº 67), o que pode gerar incertezas no processo de produção de provas.

Ainda que se preze pela prevalência do princípio da autonomia das Partes, é possível conciliá-lo com o interesse do Tribunal Arbitral em ter um modelo que forneça maior clareza e credibilidade quanto aos profissionais técnicos e

1. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). *LLM-Master of Laws pela University of Chicago*. Árbitra, FCIARB. Presidente do CIARB Brazil Branch 2024/2026.
2. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogada. *Student member do Chartered Institute of Arbitrators* (CIARB), Brasil, 2021-2023. Membro do Comitê de Jovens Arbitralistas do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CJA/CBMA), 2019-2022.
3. Neste artigo, entenda processo(s) como processos judiciais, procedimentos arbitrais e outros métodos extrajudiciais de resolução de conflitos.
4. MASTROBUONO, Cristina M. Wagner. Pesquisa: Regras de Imparcialidade e Independência na Produção de Provas nas Arbitragens. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 67, jul.-set. 2020, pp. 32-77.

às provas produzidas, de modo a efetivamente influenciar no processo de tomada de decisão do árbitro. Para tanto, a comunidade arbitral internacional já vem se movimentando e o *Chartered Institute of Arbitrators* (CIARB) possui uma orientação específica, o *CIARB Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration* (Protocolo CIARB)<sup>5</sup>, que são pertinentes ao tema, podendo ser internalizados na prática arbitral no Brasil. Trata-se de um documento com diretrizes voltadas à nomeação e uso das figuras do **perito da parte e do perito indicado pelo Tribunal Arbitral**.

No início do artigo, nós exploraremos a ausência de regra no Brasil, abordando o tema sob a perspectiva da Lei 13.105/15 (Código de Processo Civil de 2015 – CPC) e da Lei 9.307/96 (“Lei de Arbitragem”). Em seguida, no tópico 2 demonstraremos como o CIARB lida com o tema em sua *Guideline 7*, onde consta o Protocolo CIARB. Após, no tópico 3 será trabalhada a aplicabilidade das diretrizes do CIARB na arbitragem brasileira, explorando sua congruência com as garantias constitucionais e com a opinião e experiência da comunidade arbitral, em linha com a pesquisa empírica realizada anteriormente por Mastrobuono<sup>6</sup>. E, finalmente, encerraremos com as nossas considerações finais.

Com o objetivo de contribuir com a discussão e trazer elementos para oferecer maior segurança jurídica para a comunidade arbitral, o presente artigo se propõe a internalizar as orientações do CIARB<sup>7</sup>, quanto aos peritos indicados pelo tribunal e os peritos da Parte, nos procedimentos e nas instituições arbitrais brasileiras, de modo a servir como um guia no que diz respeito às condutas dos peritos e à produção de prova técnica.

## 1 A ausência de regra no Brasil

### 1.1 Disposições do Código de Processo Civil Brasileiro

Tendo em vista que a cultura profissional e os princípios da arbitragem vieram, em boa parte, da jurisdição estatal, é fundamental entender primeiramente como funciona a produção de provas no CPC. A prova constitui um dos direitos

5. *CIARB Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration*. Disponível em: <<https://www.ciarb.org>>. Acesso em: 26 dezembro 2021.

6. MASTROBUONO, Cristina M. Wagner. Pesquisa: Regras de Imparcialidade e Independência na Produção de Provas nas Arbitragens. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 67, jul.-set. 2020, pp. 32-77.

7. *CIARB Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration*. Disponível em: <<https://www.ciarb.org>>. Acesso em: 26 dezembro 2021.

fundamentais que as Partes têm nos processos para mostrar a verdade dos fatos e influenciar na convicção do juiz no momento de tomada de decisão, vide redação do art. 369, do CPC:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Sendo assim, o direito à prova nada mais é do que “um desdobramento da garantia constitucional do devido processo legal ou um aspecto fundamental das garantias processuais da ação, da defesa e do contraditório”<sup>8</sup>. De modo que, em situações que demandem conhecimento técnico, a perícia vem justamente como um “instrumento essencial do julgador”<sup>9</sup>, para a busca da verdade no caso concreto.

Desde o Código de 1973, a figura do perito sempre foi fundamental em vários momentos do processo judicial, contudo, houve algumas mudanças quanto ao papel dos profissionais técnicos e quanto à forma de produção de provas. No atual entendimento do CPC de 2015, os diferentes papéis de cada profissional técnico são bem determinados, sendo essencial conceituarmos cada um deles, assim:

O “perito” produz laudo técnico, realiza perícias e analisa as provas<sup>10</sup>, sendo designado pelo próprio tribunal, de modo que deve atuar com imparcialidade e independência. Por outro lado, o “assistente técnico”<sup>11</sup> emite parecer técnico<sup>12</sup> e é designado pela própria Parte para ajudar com a análise de documentos e provas, podendo ainda, atuar em conjunto com o perito em situações específicas (*e.g.*, para a elaboração de trabalhos técnicos, acompanhamento de perícias, entre outros).

É importante frisar que, apesar do CPC não dispor sobre a assinatura de termo de compromisso ou sobre as penalidades pelo descumprimento da tarefa pelo

8. CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 166.

9. GONÇALVES, Eduardo Damião; SILVA, Rafael Bittencourt. A perícia na arbitragem. A produção de provas técnicas no âmbito do procedimento arbitral e novas tendências. **Revista do Advogado**, São Paulo, a. 33, n. 119, abr. 2013, pp. 35-41.

10. Ver art. 465. O juiz nomeará perito especializado no objeto da perícia e fixará de imediato o prazo para a entrega do laudo. Lei 13.105, de 16 de março de 2015.

11. Ver art. 465, § 1º Incumbe às partes, dentro de 15 (quinze) dias contados da intimação do despacho de nomeação do perito: [...] II - indicar assistente técnico. Lei 13.105, de 16 de março de 2015.

12. Ver art. 471, § 2º O perito e os assistentes técnicos devem entregar, respectivamente, laudo e pareceres em prazo fixado pelo juiz. Lei 13.105, de 16 de março de 2015.

profissional técnico, os deveres de imparcialidade e independência permanecem. Segundo Mastrobuono, a:

[...] diferença do modelo de 1992 para o de 2015 poderia ser apontada no que diz respeito ao caráter de imparcialidade que se espera do perito, uma vez que a nova redação, embora submeta este às regras de suspeição e impedimento aplicáveis aos magistrados, não repetiu as mesmas expressões mandatórias de assinatura de termo de compromisso e a prescrição de penalidades pelo descumprimento da tarefa que lhe foi atribuída. No entanto, a ausência de replicação dos comandos mais diretos e de previsão de imposição de penalidades no texto do NCPC em vigor não afasta a obrigação de atuação imparcial e independente do perito e uma possível impugnação, caso existam elementos para tanto.<sup>13</sup>

Estas condutas éticas esperadas de cada profissional são comuns também no âmbito da arbitragem, contudo o modelo a ser adotado no procedimento arbitral, no que tange ao papel de cada profissional técnico, bem como na forma de produção de provas, pode ser completamente diferente de como funciona no processo judicial.

## 1.2 Lei de Arbitragem

No que diz respeito à Lei de Arbitragem, apesar de ter internalizado alguns costumes e princípios do CPC, estes têm uma abordagem diferente no procedimento arbitral. Segundo Eduardo Parente, “entre os elementos peculiares do processo arbitral destacamos a presença de regras e, fundamentalmente, de princípios. Isso leva a uma leitura absolutamente típica de institutos do processo estatal, que, quando ingressam no seu ambiente, alteram-se por completo”<sup>14</sup>. Nesse sentido, é preciso perceber que o processo arbitral é mais flexível que o judicial, ele ocorre por escolha das Partes e só pode dirimir sobre conflitos de direitos patrimoniais disponíveis<sup>15</sup>, tendo como base primordial a autonomia da vontade das Partes, a igualdade entre elas e a observância ao devido processo legal. Sendo a autonomia da vontade das Partes, de acordo com João Bosco

13. MASTROBUONO, *op. cit.*, p. 37.

14. PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 315. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02042013-165242/publico/Eduardo\\_de\\_Albuquerque\\_Integral.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02042013-165242/publico/Eduardo_de_Albuquerque_Integral.pdf). Acesso em: 20.01.2022.

15. Vide art. 1.º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Lei 9.307/1996, de 23 de setembro de 1996.

Lee (2003, p. 146), citado por Montoro, “o principal critério determinante das regras aplicáveis ao procedimento arbitral”<sup>16</sup>.

Quando analisamos a Lei de Arbitragem, podemos perceber que não há nenhuma informação específica quanto ao tema da produção de provas e da designação dos profissionais técnicos. Contudo, vale ressaltar que os arts. 21 e 22 do referido diploma legal trazem a importante diretriz da flexibilidade do procedimento arbitral e a possibilidade do árbitro ou do Tribunal Arbitral determinarem a produção de provas de ofício, *in verbis*:

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

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

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§ 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

§ 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

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

Diante da ausência de regras quanto à produção de provas e a flexibilidade do procedimento arbitral disposta no art. 21, segundo Pedro Batista Martins, “não há, em arbitragem, procedimento cerrado quanto à produção das provas”<sup>17</sup>, sendo possível, portanto, sua adaptação. Montoro corrobora com esse pensamento:

Tendo em vista as diversas possibilidade de flexibilidade do procedimento arbitral (de criação e de adaptação do procedimento, muitas das quais exami-

16. MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 51. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082011-161411/>. Acesso em 10.01.2022.

17. NUNES, Thiago Marinho. A evolução do conceito de prova técnica na arbitragem. **Migalhas**, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/arbitragem-legal/349079/a-evolucao-do-conceito-de-prova-tecnica-na-arbitragem>. Acesso em: 24.01.2022.

nadas ao longo deste estudo), parte da doutrina afirma que uma das grandes vantagens da arbitragem é exatamente a flexibilidade do procedimento arbitral, que pode ser adaptado a cada caso concreto.<sup>18</sup>

De acordo com o art. 22 da referida Lei, este está em conformidade com o art. 369 do CPC<sup>19</sup>, pois, no que diz respeito aos meios de prova possíveis de serem produzidos no curso do procedimento arbitral, as Partes possuem uma certa liberdade para tanto, apenas não devendo produzir provas ilícitas ou ofender o princípio do contraditório, por exemplo<sup>20</sup>. Ademais, o art. 22 também traz uma informação importante quanto ao árbitro ou o Tribunal Arbitral, que podem determinar de ofício a realização de perícias ou quaisquer outras provas.

Nesse sentido, é perfeitamente cabível a aplicação de outras regras, além das nacionais, nos casos em que as Partes não estipularam nada quanto à produção de provas na convenção de arbitragem, facultando-se às Partes delegar ao próprio árbitro ou ao Tribunal Arbitral a função de regular o procedimento, vide art. 21 da Lei de Arbitragem. Portanto, tratando-se de decisão que cabe às Partes e ao Tribunal Arbitral, é perfeitamente plausível a aplicação da *Guideline 7* do CIARB.

É importante frisar que, mesmo na arbitragem, os deveres de independência e imparcialidade dos profissionais técnicos devem ser observados. De acordo com Selma Lemes, “a exigência de independência e imparcialidade constitui a garantia de um julgamento justo e é o baluarte de uma justiça honesta”<sup>21</sup>. Com a proposta de trazer uma norma de conduta que regule o comportamento ético esperado dos profissionais técnicos, criou-se em 2019 um grupo de trabalho intitulado “Grupo de Estudos de Perícias” no âmbito do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAR, que se propôs a estudar o tema e elaborar um código de ética. O resultado foi consubstanciado no **Código de Ética do Perito e do Assistente Técnico em Processos**<sup>22</sup>, publicado em 2021. A proposta traz uma

18. MONTORO, *op. cit.*, p. 73-74.

19. Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. Lei 13.105, de 16 de março de 2015.

20. RAVAGNANI, Giovani dos Santos. Regras da IBA sobre “Taking of Evidence”: Compatibilidade com as Normas Processuais Brasileiras. **Revista de Processo**. Vol. 283. set. 2018, p. 7.

21. LEMES, Selma Maria Ferreira. A independência e a imparcialidade do árbitro e o dever de revelação. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 26, abr./jun. 2010, pp. 22-34.

22. ROSA, Beatriz Vidigal Xavier da Silveira. HERZ, Renato. Código de Ética do Perito e do Assistente Técnico em Processos. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 70, abr.-jun. 2021, pp. 208-218.

definição bem delimitada quanto ao papel de cada um desses três profissionais: perito, assistente técnico e testemunha técnica.

Assim como disposto no CPC, o “perito” produz laudo técnico, realiza perícias e analisa as provas. Diferentemente do perito, a ‘testemunha técnica’ é chamada para atuar com a finalidade de esclarecer um ponto específico do procedimento arbitral, sendo facultada a produção de um parecer técnico. Ambos são designados pelo próprio Tribunal Arbitral, devendo atuar com imparcialidade e independência.

Na mesma linha, o “assistente técnico” também emite parecer técnico, no entanto, é designado pela própria Parte para ajudar com a análise de documentos e provas, podendo ainda atuar em conjunto com o perito em situações específicas. Não possui, portanto, o dever de imparcialidade e independência perante o Tribunal Arbitral, assim como não é obrigado a produzir provas que sejam contrárias à posição da Parte que o contratou.

## 2 A proposta trazida pela *Guideline 7* do CIArb

### 2.1 *Guideline 7*

Diante da falta de regulamentação oficial sobre a produção de provas e o papel dos profissionais técnicos na arbitragem brasileira, gerando incertezas quanto ao assunto e dilatando a duração do procedimento arbitral, há ainda a possibilidade de aplicação de *soft laws*, bastante utilizadas no âmbito do direito internacional. Segundo Carmona, as “*soft laws* não são leis, não são regras, não são comandos: são diretrizes, orientações, esclarecimentos, aconselhamentos que objetivam harmonizar (não uniformizar!) comportamentos e perspectivas, especialmente no âmbito internacional”<sup>23</sup>. Assim, os instrumentos de *soft law* podem ser utilizados em conjunto com leis, regras ou procedimentos diversos, em arbitragens institucionais ou *ad hoc*, de modo a melhorar a eficiência do procedimento arbitral e harmonizar os diferentes costumes jurídicos das Partes em uma arbitragem internacional. Algumas instituições produzem estas diretrizes<sup>24</sup>, mas o foco do presente artigo será a orientação emanada do CIArb.

23. CARMONA, Carlos Alberto. Breves considerações críticas acerca das diretrizes da *International Bar Association* sobre a representação de parte na arbitragem internacional. *Revista UNIFESO – Humanas e Sociais*. v. I. n. 1. 2014. pp. 69-99.

24. Uma instituição emblemática na produção de *soft law* no meio da arbitragem internacional é a *International Bar Association* (IBA), que possui diretrizes sobre conflitos de interesse, comportamento ético dos árbitros, entre outras.

O CIARB é uma fundação criada em 1915 com recursos da coroa britânica, voltada ao estudo e treinamento de pessoas para atuar na arbitragem, desenvolvendo boas práticas e aperfeiçoamento voltados à melhor condução de arbitragens.

Nessa toada, foram criadas algumas *guidelines* para a comunidade arbitral, como, por exemplo, a *Guideline 7 - Party-appointed and Tribunal-appointed Experts* (Guideline)<sup>25</sup>, que deve ser lida em conjunto com o seu Anexo I, denominado Protocolo CIARB<sup>26</sup> (*Protocol for the Use of Party-Appointed Experts Witnesses in International Arbitration*), ambos documentos integrantes do *International Arbitration Practice Guideline*<sup>27</sup>. De fato, as *guidelines* têm a finalidade de orientação quanto aos padrões éticos para a nomeação e uso dos peritos indicados pelas Partes e dos peritos indicados pelo Tribunal Arbitral.

Diferentemente do sistema jurídico de *civil law*, em que se utiliza mais a figura do perito técnico indicado pelo Tribunal Arbitral, no sistema de *common law* é mais usual o “*party-appointed expert*”, perito indicado pelas Partes, mas também comprometido com os valores éticos de independência e imparcialidade. No Brasil, este profissional se encaixaria mais com a figura de um “perito da Parte” do que com um “assistente técnico”, por exemplo, pois está sujeito às mesmas regras de independência e imparcialidade que o perito técnico indicado pelo tribunal. Logo, essa diferenciação inicial é importante para compreendermos melhor a quem se destinam as orientações dispostas na *Guideline* e no Protocolo CIARB.

## 2.2 Protocolo CIARB

O Protocolo CIARB, inspirado na *IBA Rules*, é voltado para o perito da Parte<sup>28</sup>, e fornece maiores detalhes quanto à redação do *expert's written opinion*, sobre o que deveria ou não compor o seu conteúdo, bem como dispõe sobre a inde-

25. Disponível em: <<https://www.ciarb.org/media/4200/guideline-7-party-appointed-and-tribunal-appointed-expert-witnesses-in-international-arbitration-2015.pdf>>. Acesso em: 23 dezembro 2021.

26. O Protocolo CIARB foi estipulado para ser utilizado em situações em que os “*party-appointed experts*” (ou, “peritos das partes”) tivessem que produzir provas no procedimento arbitral. De modo que, foi escrito similarmente ao *IBA Rules* no que diz respeito a estes profissionais técnicos.

27. Disponível em: <<https://www.ciarb.org/resources/guidelines-ethics/international-arbitration/>>. Acesso em: 23 dezembro 2021.

28. A respeito da evolução da produção de prova técnica e a figura do perito da parte, Thiago Marinho Nunes afirma que: “[...] nada impede que a prova técnica numa arbitragem seja comandada pelas próprias partes, as quais nomeiam diretamente seus peritos para apresentarem seus respectivos pareceres técnicos. E tais pareceres técnicos, apesar de produzidos pelas próprias partes, conferem aos árbitros os necessários subsídios ao deslinde da demanda”. NUNES, Thiago Marinho. A evolução do conceito de prova técnica na arbitragem. **Migalhas**,

pendência e a prerrogativa desses peritos, podendo ser utilizado como um todo ou parcialmente pelo Tribunal Arbitral. Um dos aspectos que o diferencia das *IBA Rules*, é que o Protocolo CIARB prevê a reunião de peritos (em inglês, “*expert’s meeting*”) antes da produção de relatórios e/ou pareceres<sup>29</sup>.

No preâmbulo, fica claro que o objetivo não é limitar a flexibilidade existente na arbitragem uma vez que as Partes e o Tribunal Arbitral são livres para adaptar as diretrizes a cada caso concreto. A produção e a apresentação da prova pericial, em conformidade com esse Protocolo CIARB, pretende garantir que cada Parte saiba com antecedência da audiência probatória (em inglês, “*evidentiary hearing*”<sup>30</sup>) as provas periciais nas quais a outra Parte se baseia. Ainda, fica claro que os peritos, mesmo indicados pelas Partes, devem prestar assistência ao Tribunal Arbitral, e não “advogar” a favor da Parte que o nomeou, devendo esses pontos serem fixados antes de qualquer audiência probatória, com o maior grau possível de acordo entre peritos.

No capítulo quanto ao uso do Protocolo CIARB há uma orientação sobre quando ele será usado para guiar a produção e a apresentação de provas. Havendo conflitos entre qualquer disposição do Protocolo CIARB e qualquer disposição obrigatória da lei acordada pelas Partes ou determinada pelo Tribunal Arbitral para ser aplicável à Arbitragem, prevalecerá a disposição obrigatória dessa lei. Em caso de conflito entre o Protocolo CIARB e as *General Rules*<sup>31</sup>, ou caso elas sejam silentes no tema de produção e apresentação de provas, ou ainda, caso haja alguma disputa com relação ao significado de algo desse protocolo, o Tribunal Arbitral, após consulta das Partes, fará as interpretações necessárias e dará as orientações apropriadas para tal.

Após, são dadas instruções do que o Tribunal Arbitral deve fazer quando o Protocolo CIARB for aplicável, de modo que devem logo ser conduzidas as questões que necessitem de produção de provas, a quantidade de peritos autori-

2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/arbitragem-legal/349079/a-evolucao-do-conceito-de-prova-tecnica-na-arbitragem>. Acesso em: 24.01.2022.

29. *The CIARB Protocol expands upon the IBA Rules in that, amongst other things, it caters for tests and analyses to be conducted, it gives more detailed guidance as to what should (and should not) be in an expert’s written opinion and it deals with independence and privilege. It only differs from the IBA Rules in providing for experts’ meeting before reports are produced”. The Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration (CIARB Protocol), Foreword.*
30. *“Evidentiary Hearing means any hearing in the Arbitration whether or not held on consecutive days, at which the Arbitral Tribunal receives oral evidence”. The Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration (CIARB Protocol), Definitions.*
31. *“Means the institutional or ad-hoc rules according to which the Arbitration is being conducted”. The Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration (CIARB Protocol), Definitions.*

zados a prestar depoimento sobre cada questão, e, quais os testes e análises serão requeridos. Ainda, há algumas orientações quanto ao parecer técnico e o que deve conter nele. O parecer tem que ser imparcial e objetivo e, diferentemente do que vimos anteriormente, não só o perito, como também o perito da Parte, tem o dever de auxiliar o Tribunal Arbitral a resolver o ponto controvertido que necessitou da produção da prova. Além disso, as instruções e quaisquer condições de nomeação de um perito não devem ser divulgadas, contanto que haja um bom motivo.

Por fim, há recomendações quanto ao procedimento para a apresentação de provas técnicas, quanto ao testemunho do perito e quanto à sua declaração. Estão inclusos na declaração que o perito se compromete a auxiliar o tribunal a resolver a questão, a dar um parecer imparcial e objetivo, que deverá estar de acordo com sua *expertise* e que o documento escrito foi completo e preciso quando da sua realização, entre outros aspectos. É importante destacar que se o Tribunal Arbitral considerar o parecer ou testemunho escrito de um perito fora da conformidade com a declaração que tenha sido dada em observância ao artigo 8 do Protocolo CIARB, o Tribunal Arbitral não levará em consideração esses documentos, no todo ou em parte.

### **3 Aplicabilidade das *Guidelines* na arbitragem brasileira**

Visualizadas as disposições da *Guideline 7* do CIARB, para a devida internalização da *soft law* pelos árbitros ou pelas câmaras arbitrais brasileiras é essencial o preenchimento de certos requisitos. É necessário que haja compatibilidade da *Guideline 7* com as garantias processuais constitucionais, com as disposições do CPC e da Lei de Arbitragem quanto ao tema da produção de provas, e, com o interesse da comunidade arbitral brasileira, seja com relação às instituições arbitrais ou aos árbitros, profissionais técnicos e advogados. É o que se pretende analisar a seguir.

#### **3.1 Garantias processuais constitucionais**

O direito das Partes na convenção de arbitragem de regularem o procedimento arbitral não é absoluto, posto que devem observar os princípios constitucio-

nais brasileiros, sob pena de anulação da sentença arbitral, vide art. 32, inciso VIII, da Lei de Arbitragem.<sup>32</sup>

Conforme os incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (CF), são assegurados a todos a garantia do devido processo legal, o exercício do contraditório e o direito de ampla defesa. Em consonância com a Constituição, o § 2º do art. 21 da Lei de Arbitragem estabelece que no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da imparcialidade do árbitro, de seu livre convencimento e da igualdade das Partes deverão ser respeitados.

Já o § 1º do art. 23<sup>33</sup> da Lei de Arbitragem dispõe que as regras de direito aplicadas na arbitragem não poderão ser incompatíveis com a ordem pública e os bons costumes brasileiros. Sobre o que seria a “ordem pública”, Garcez<sup>34</sup> define que:

embora o conceito de ordem pública seja multifacetado e importe numa série de definições as regras processuais destinadas ao resguardo de direitos fundamentais, tais como a ampla defesa e o contraditório, mesmo sendo normas infraconstitucionais, deverão ser respeitadas no procedimento arbitral [...]. A ordem pública processual representa a garantia do respeito ao devido processo legal e assim, deverá ser sempre respeitada no processo arbitral e na sentença arbitral, sob pena desta não ser homologada em caso de sentença arbitral estrangeira (artigo 39, II da Lei de Arbitragem e artigo v (2) (b) da Convenção de Nova Iorque) ou de ser declarada nula (artigo 32, VIII c/c 21, parágrafo 2º da Lei de Arbitragem).

Além disso, no que diz respeito à produção de provas, em confluência com o art. 369, do CPC, o inciso XVI do art. 5º da CF traz limitações constitucionais sobre esse assunto, a partir do momento em que é claro ao estabelecer que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Assim não é permitido o uso de prova ilícita, ainda que no decurso de um procedimento arbitral, pois poderia ofender a ordem pública e os bons costumes brasileiros.

Verifica-se que a aplicação da *Guideline 7* do CIARB está em sintonia com os princípios constitucionais a serem observados numa arbitragem.

32. Art. 32. É nula a sentença arbitral se: [...] VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei. Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996.

33. Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996.

34. GARCEZ, José Maria Rossani. Aspectos da produção de provas na arbitragem internacional – sistemas da common law ou da civil law. **Migalhas**, 2009. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/97584/aspectos-da-producao-de-provas-na-arbitragem-internacional--sistemas-da-common-law-ou-da-civil-law>. Acesso em: 08.01.2022.

### 3.2 Entrevistas com a comunidade arbitral

Apesar da possibilidade de as Partes serem de nacionalidades e costumes diferentes, da existência de regimes jurídicos variados e diferentes legislações aplicáveis aos procedimentos arbitrais, é possível, ao menos, definir critérios éticos universais e regras que observem os princípios de independência e imparcialidade dos profissionais técnicos, os quais sejam de senso comum da comunidade arbitral<sup>35</sup>. E, para tanto, nos basearemos no resultado da pesquisa feita com a comunidade arbitral brasileira, publicada na **Revista Brasileira de Arbitragem** (Ed. 67), bem como na tendência das mais prestigiosas câmaras arbitrais internacionais investigadas em pesquisa específica, publicada no **Young Arbitration Review** (Ed. 39).

De acordo com a questão 17<sup>36</sup> do questionário, cerca de 80% dos entrevistados acreditam que as instituições arbitrais poderiam ter regras de independência e imparcialidade dos *experts*. Contudo, a questão 4.1<sup>37</sup> aponta que apenas uma câmara tem essa regra de forma explícita, sendo que, na questão 4.2<sup>38</sup>, 4 (quatro) destas instituições responderam que os peritos devem sempre assinar uma declaração de independência e imparcialidade quando são designados pelo Tribunal Arbitral.

Além disso, na pesquisa realizada junto a instituições arbitrais internacionais na questão quanto à existência de regras de independência e imparcialidade para os peritos (“*tribunal appointed experts*”), dentre 33 (trinta e três) câmaras cujos regulamentos foram analisados, apenas em 33% foram localizadas regras detalhadas sobre o tema, em 15% há algum tipo de orientação e, em 52% das instituições arbitrais investigadas não se localizou qualquer tipo de regulamentação<sup>39</sup>. Ainda que esse tenha sido o resultado da maioria, é possível notar que há uma

35. MASTROBUONO, Cristina M. Wagner. “Independence and Impartiality of Experts and The Role of Arbitral Institutions: A Brazilian and an International View”. *YAR – Young Arbitration Review*, year 9 ed. 39, Oct/2020, pp.32-35.

36. Questão 17 aos árbitros, profissionais técnicos e advogados: “Você entende que deveria haver regulamentação pelas câmaras e instituições de arbitragem sobre regras de conflito de interesses aplicadas aos profissionais técnicos que realizam perícias?”.

37. Questão 4.1 às instituições arbitrais: “Existe alguma orientação dessa Câmara de Arbitragem (que não conste do Regulamento) sobre regras de: condução de perícia?”.

38. Questão 4.2 às instituições arbitrais: “Existe alguma orientação dessa Câmara de Arbitragem (que não conste do Regulamento) sobre regras de: análise de conflitos de interesse dos peritos?”.

39. MASTROBUONO, Cristina M. Wagner. Independence and Impartiality of Experts and The Role of Arbitral Institutions: A Brazilian and an International View. pp. 34-35.

tendência<sup>40</sup> internacional de regulamentação da independência e imparcialidade dos peritos técnicos, vide os exemplos da IBA<sup>41</sup>, ICC<sup>42</sup> e CIARB<sup>43</sup>.

Em nosso entendimento, a criação dessas regras poderia auxiliar para afastar questões de conflito de interesses que podem prejudicar a produção de provas e diminuir as incertezas quanto aos laudos e pareceres técnicos, de modo a conferir maior credibilidade a esses documentos técnicos, de maneira que os árbitros possam ter mais confiança nessas provas e considerá-las no momento de tomada de decisão.

## Considerações Finais

Considerando que a perícia é fundamental para a busca da verdade no caso concreto, diante da ausência de regras na arbitragem brasileira quanto à atuação dos profissionais técnicos e a forma de produção de provas, e ainda, com a flexibilidade e liberdade probatória do procedimento arbitral, podem as Partes e o Tribunal Arbitral se valer de orientações e guias sobre o tema, sendo possível a aplicação de *soft laws* advindas da prática internacional no sistema brasileiro.

Pelo que foi demonstrado no presente artigo, a *Guideline 7* do CIARB está em conformidade com a ordem pública brasileira, respeita os bons costumes, os princípios processuais e constitucionais, bem como os da Lei de Arbitragem, não encontrando óbice nas disposições dos arts. 2º, § 1, e 21, § 2, da Lei de

40. “We have detected a trend in rules, guidelines and codes of conduct, to harmonize the approach to be followed by both tribunal-appointed experts and party-appointed experts, requiring the later to satisfy the standards of independence, impartiality and neutrality expected from the former”. DE BERTI, Giovanni. Experts and Expert Witnesses in International Arbitration, Adviser, Advocate or Adjudicator?, p. 62. Disponível em: [https://www.dejalex.com/wp-content/uploads/2017/12/publ\\_11\\_AYIA.pdf](https://www.dejalex.com/wp-content/uploads/2017/12/publ_11_AYIA.pdf). Acesso em: 07.01.2022.

41. “The IBA Rules on the Taking of Evidence were issued in 1999 and adopted by the IBA Council in 2010. It addresses the necessary independence and impartiality of experts in charge of producing evidence, appointed by tribunal as well as by the parties”. MASTROBUONO, Cristina M. Wagner. “Independence and Impartiality of Experts and The Role of Arbitral Institutions: A Brazilian and an International View”. YAR – Young Arbitration Review, year 9, Ed. 39, Oct/2020, pp.32-35.

42. “The ICC International Centre for ADR published in 2015 the ICC Rules for the Proposal of Experts and Neutrals, offering three distinct services: (i) proposal of experts and neutrals; (ii) appointment of experts and neutrals; and (iii) administration of experts’ proceedings”. MASTROBUONO, Cristina M. Wagner. “Independence and Impartiality of Experts and The Role of Arbitral Institutions: A Brazilian and an International View”. YAR – Young Arbitration Review, year 9, Ed. 39, Oct/2020, pp.32-35.

43. “The Chartered Institute of Arbitrators issued in 2007 the Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration (CIARB Protocol), structured in similar lines to the IBA Rules, but giving “more detailed guidance as to what should (and should not) be in an expert’s written opinion and it deals with independence and privilege”. MASTROBUONO, Cristina M. Wagner. “Independence and Impartiality of Experts and The Role of Arbitral Institutions: A Brazilian and an International View”. YAR – Young Arbitration Review, year 9, Ed. 39, Oct/2020, pp.32-35.

Arbitragem. Além disso, a *Guideline 7* do CIARB está em consonância com a opinião da comunidade arbitral brasileira.

Há, portanto, compatibilidade dessa diretriz com o sistema arbitral brasileiro, que pode ser um valioso instrumento de orientação às condutas a serem adotadas na produção de provas pelas Partes e árbitros nos procedimentos arbitrais processados sob a lei brasileira.

## Referências

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 30/12/2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Lei de Arbitragem. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm). Acesso em: 30/12/2021.

CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Ed. RT, 2001.

CARMONA, Carlos Alberto. Breves considerações críticas acerca das diretrizes da International Bar Association sobre a representação de parte na arbitragem internacional. **Revista UNIFESO – Humanas e Sociais**. v. 1. n. 1. 2014. pp. 69-99.

CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS (CIARB). **Guidelines for Party Appointed and Tribunal Appointed Expert Witnesses in International Arbitration**. Disponível em: <https://www.ciarb.org/media/4200/guideline-7-party-appointed-and-tribunal-appointed-expert-witnesses-in-international-arbitration-2015.pdf>. Acesso em: 28.12.2021.

DE BERTI, Giovanni. **Experts and Expert Witnesses in International Arbitration, Adviser, Advocate or Adjudicator?**. Disponível em: [https://www.dejalex.com/wp-content/uploads/2017/12/publ\\_11\\_AYIA.pdf](https://www.dejalex.com/wp-content/uploads/2017/12/publ_11_AYIA.pdf). Acesso em: 07.01.2022.

GARCEZ, José Maria Rossani. Aspectos da produção de provas na arbitragem internacional – sistemas da *common law* ou da *civil law*. **Migalhas**, 2009. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/97584/aspectos-da-producao-de-provas-na-arbitragem-internacional---sistemas-da-common-law-ou-da-civil-law>. Acesso em: 08.01.2022.

GONÇALVES, Eduardo Damíão; SILVA, Rafael Bittencourt. A perícia na arbitragem. A produção de provas técnicas no âmbito do procedimento arbitral e novas tendências. **Revista do Advogado**, São Paulo, a. 33, n. 119, abr. 2013, pp. 35-41.

LEMES, Selma Maria Ferreira. A independência e a imparcialidade do árbitro e o dever de revelação. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 26, abr./jun. 2010, pp. 22-34.

MARTINS, Pedro A. Batista. Panorâmica sobre as provas na arbitragem. *In*: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.), **Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos**

relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008. Disponível em: <http://batistamartins.com/panoramica-sobre-as-provas-na-arbitragem-2/>. Acesso em: 17.01.2022.

MASTROBUONO, Cristina M. Wagner. *Independence and Impartiality of Experts and The Role of Arbitral Institutions: A Brazilian and an International View*. **Young Arbitration Review**, n. 39, pp. 32-37, october/2020.

\_\_\_\_\_. Pesquisa: Regras de Imparcialidade e Independência na Produção de Provas nas Arbitragens. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 67, pp. 32-77, jul.-set. 2020.

MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082011-161411/>. Acesso em 10.01.2022.

NUNES, Thiago Marinho. A evolução do conceito de prova técnica na arbitragem. **Migalhas**, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/arbitragem-legal/349079/a-evolucao-do-conceito-de-prova-tecnica-na-arbitragem>. Acesso em: 24.01.2022.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02042013-165242/publico/Eduardo\\_de\\_Albuquerque\\_Integral.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02042013-165242/publico/Eduardo_de_Albuquerque_Integral.pdf). Acesso em: 20.01.2022.

RAVAGNANI, Giovanni dos Santos. Regras da IBA sobre “*Taking of Evidence*”: Compatibilidade com as Normas Processuais Brasileiras. **Revista de Processo**. Vol. 283. set. 2018.

ROSA, Beatriz Vidigal Xavier da Silveira. HERZ, Renato. Código de Ética do Perito e do Assistente Técnico em Processos. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 70, abr.-jun. 2021, pp. 208-218.

Composto com a família tipográfica Adobe Garamond Pro.

Miolo impresso em papel Pólen Natural 80g/m<sup>2</sup>.

Capa impressa em papel Tripléx 300g/m<sup>2</sup>.