

As Características do Direito Transnacional como Metodologia: Análise sob o enfoque dos Aspectos Processuais da Arbitragem*

Characteristics of Transnational Law as Methodology: Analysis from the perspective of procedural aspects in arbitration

Flávia Foz Mange**

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar a existência de um direito transnacional aplicado às questões processuais que regem o procedimento arbitral. Parte-se da hipótese de que os aspectos processuais da arbitragem são regidos por um direito transnacional, sendo este entendido como um *processo jurídico*, uma *metodologia*, que considera uma pluralidade de fontes. Ao discorrer sobre as fontes utilizadas para os aspectos processuais da arbitragem, este artigo contribui para o desenvolvimento do instituto e para a entrada de novos atores neste campo com maior segurança jurídica. A primeira parte apresenta o desenvolvimento do conceito de direito transnacional como uma *metodologia*, tendo como base uma exploração bibliográfica partindo da obra de Jessup e analisando os conceitos desenvolvidos por Vagts (teoria do processo transnacional), Koh (processo legal transnacional), Callies e Zumbansen (direito transnacional como proposição metodológica) e Gaillard (método transnacional). A segunda parte aplica esse conceito de direito transnacional aos aspectos processuais da arbitragem, analisando as características do *processo jurídico* transnacional e a pluralidade de fontes normativas que são consideradas para a tomada de decisões processuais na arbitragem. A pesquisa realizada neste artigo teve como foco as arbitragens comerciais internacionais, não englobando as arbitragens de investimento ou arbitragens domésticas. Sob o prisma de uma metodologia transnacional, que analisa como são tomadas as decisões processuais na arbitragem e as características das diversas fontes utilizadas nesse processo de tomada de decisão, é possível afirmar a existência de um direito transnacional e que os aspectos processuais da arbitragem são regidos por normas dessa natureza.

Palavras-Chave: Direito transnacional. Metodologia. Processo arbitral. Pluralidade de fontes.

ABSTRACT

The scope of this article is to analyze the existence of transnational law applied to procedural issues governing the arbitral proceeding. It is draw the hypothesis that arbitration procedural aspects are governed by transnational

* Recebido em 07/05/2016
Aprovado em 26/08/2016

** Professora Substituta na Graduação e Visitante na Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista (UNESP) Mestre e Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) Pesquisadora visitante na Harvard Law School (HLS), LL.M. em International Legal Studies pela New York University (NYU). E-mail: flaviamange@gmail.com

law, being this understood as a legal process, a methodology that takes into account a plurality of sources. By analyzing the sources applied to the procedural aspects or arbitration, this article aids the development of this field and the entrance of new actors and increase legal certainty. The first part develops the concept of transnational law as a methodology by doing a literature review starting with Jessup work and analyzing the concepts developed by Vagts (theory of transnational process), Koh (transnational legal process), Callies and Zumbansen (transnational law as a methodological proposition) and Gaillard (transnational method). The second part applies this concept of transnational law to the arbitration procedural aspects, analyzing the characteristics of the transnational process and the plurality of sources considered while taking a procedural decision and undertaking a case analysis of some of them. The research is focused on international commercial arbitration, not considering investment arbitration or domestic arbitration. By taking the methodological approach to transnational law and analyzing how procedural decisions are made in arbitration and the characteristics of the plurality of sources used in this decision-making process, it is possible to affirm that there is transnational law and that procedural aspects of arbitration are governed by norms of this nature.

Keywords: Transnational law. Methodology. Arbitral proceedings. Plurality of sources.

1. INTRODUÇÃO

A partir da comparação de diversos procedimentos arbitrais é possível verificar certa semelhança nos seus aspectos processuais independentemente do local onde a arbitragem ocorre¹. Tal fato decorre da não incidência das leis processuais domésticas aos aspectos procedi-

mentais da arbitragem, prevalecendo a autonomia das partes e dos árbitros². No entanto, tal fato não responde a indagação de como são tomadas as decisões processuais na arbitral, tampouco garante previsibilidade e segurança jurídica aos atores envolvidos no campo e, em especial, aos novos atores. O que se verifica é que a interação de atores provenientes de diversos sistemas jurídicos nos procedimentos arbitrais³ possibilitou a emergência de uma prática processual arbitral própria que decorre do encontro recorrente desses atores em procedimentos arbitrais. Essa prática processual arbitral, que advém do encontro de diversos atores e aplicação de diversas fontes normativas, possibilita uma internacionalização do direito⁴ ou uma regulação privada transnacional⁵.

2 Nesse sentido é o disposto na lei modelo da Uncitral, em diversas legislações nacionais e no art. 21 da Lei de Arbitragem Brasileira: “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” BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acesso em: 15 maio 2016. No mesmo sentido são as regras contidas nos principais regulamentos de arbitragem, como, por exemplo, no art. 19 do Regulamento de Arbitragem e de ADR da CCI de 2012 (ICC, 2012 – Regulamento de Arbitragem e de ADR da CCI). Para uma análise da evolução histórica da lei aplicável às regras processuais na arbitragem vide MANGE, Flávia F. *Processo arbitral: aspectos transnacionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 59-104.

3 Essa interação é comparada com um espelho de duas faces, de um lado os atores olham para o espelho em busca de soluções de como proceder, copiando ou imitando a prática adotada, mas, do outro lado do espelho, estão sendo observados e copiados LOWENFELD, Andreas F. The two-way mirror: international arbitration as comparative procedure. *II Michigan Yearbook of International Legal Studies*, n. 187, p. 163-185, 1985. O termo cross-fertilization ou cross-pollination é utilizado como metáfora, assemelhando o trabalho das partes envolvidas em arbitragem ao trabalho das abelhas que transportam o pólen e possibilitando a reprodução LOWENFELD, Andreas F. International arbitration as an omelette: what goes into the mix. In: LOWENFELD on international arbitration: collected essays over three decades. Huntington/New York: Juris Pub., 2005. p. 59; PARK, William. Procedural evolution in business arbitration: three studies in change. In: PARK, William. *Arbitration of international business disputes: studies in law and practice*. Oxford: Editora, 2006. p. 8.

4 Para uma análise sobre a internacionalização do direito e diversas terminologias aplicadas, vide TOMAZETTE, Marlon. A internacionalização do direito além do Estado: a nova lex mercatória e a sua aplicação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, p. 93-121, 2012. p. 104-106.

5 Para uma análise sobre os regimes internacionais e, em especial, a regulação privada transnacional, vide NASSER, Salem. Direito global em pedaços: fragmentação, regimes e pluralismo. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 98-137, 2015. p. 130-131.

1 “Imagine attending hearings in three arbitrations: one in Geneva, one in New York, and one in Hong Kong. All three hearings will likely involve the same hotel conference rooms, the same court reporters, the same language – English, the same type of oral submissions, witness examination, expert presentations, and procedural arguments, and often even the same people. Does this mean the arbitral procedure is globalized – that arbitration is conducted in a uniform manner wherever it takes place, whatever national law governs? Does national law govern at all?” KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Globalization of arbitral procedure. *HeinOnline*, v. 36. *Vand. J. Transnational Law* 1313, London, v. 1, n. 36, p. 1323, 2003. p. 1314.

Nesse contexto, surge o debate em torno da existência de uma ordem arbitral autônoma, ou ordem arbitral transnacional⁶, e o termo *lex arbitralis materialis*⁷. A crença na existência de uma ordem jurídica arbitral depende da forma como cada um compreende a arbitragem e a importância dada ao local da sede da arbitragem, como bem esclarece Gaillard em sua obra sobre os aspectos filosóficos da arbitragem. Gaillard traz três representações sobre arbitragem: *i*) a primeira, baseada na visão de Mann⁸, relacionando a arbitragem a apenas uma ordem jurídica nacional⁹; *ii*) a segunda, relacionando a arbitragem a uma pluralidade de ordens jurídicas¹⁰; e *iii*) a terceira, baseada em uma ordem jurídica arbitral autônoma distinta, uma ordem jurídica transnacional em sentido estrito¹¹.

Neste artigo, não se pretende discutir a existência de

6 Esse debate foi trazido inicialmente pela escola de Dijon representada por Goldman (1963) e Fouchard (1965): GOLDMAN, Berthold. Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 109, p. 347-485, 1963; FOUCHARD, Philippe. *L'arbitrage commercial international*. Paris: Dalloz, 1965. Na década de oitenta, Von Mehren (1982) e Lalive (1982) discutiram o tema: VON MEHREN, Arthur Taylor. To what extent is international commercial arbitration autonomous? In: LE DROIT des relations économiques internationales: études offertes à Goldman. Paris: Litec, 1982. p. 222 ("To this extent and on these grounds both the procedural and substantive law of arbitration can be said to have potentially a distinctly anational or autonomous quality"); LALIVE, Pierre. *Codification et arbitrage international*. Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Goldman. Paris: Litec, 1982. p. 166 ("Souhaitons seulement qu'elle évite les écueils dont quelques exemples viennent d'être mentionnés et qu'elle construise, ici aussi, un 'droit commercial autonome – une nouvelle lex mercatoria' qui réponde aux besoins de la Communauté internationale"). Mais recentemente, a discussão sobre o tema voltou com a aula magna de Gaillard, em Haia, em 2007, que foi publicada posteriormente no livro GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008.

7 MISTELIS, Loukas. Unidroit principles applied as "Most Appropriate Rules of Law" in a Swedish arbitral award. *Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*, v. 8, p. 631-640, 2003. p. 630-631 ("[...] the incremental organic creation of an autonomous system may be observed which operates on the basis of rules of law rather than legal systems -- is appealing and increasingly well-founded. Effectively, we could speak of a *lex arbitralis materialis* which consists of transnational substantive rules, general principles of law and practice as generally expressed in the work of leading arbitration institutions and international law firms:").

8 MANN, F. A. *Lex Facit Arbitrum*. In: SANDERS, Pieter (Ed.). *International arbitration liber amicorum for Martin Domke*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1967. p. 157-183.

9 GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008. p. 34-46.

10 GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008. p. 46-60.

11 GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008. p. 60-100.

uma ordem arbitral autônoma, tampouco desconsiderá-la. Reconhece-se a importância das três representações apresentadas por Gaillard e a convivência de normas oriundas dos ordenamentos estatais, da ordem internacional, bem como as emergentes da prática arbitral. Dessa forma, defende-se a existência de normas transnacionais aplicadas aos aspectos procedimentais da arbitragem. O conceito de direito transnacional que se defende e é desenvolvido na primeira parte deste artigo ressalta a sua caracterização como uma metodologia que considera tanto as normas nacionais quanto as internacionais, bem como outras fontes normativas que não se enquadram tipicamente em uma categoria tradicional de normas jurídicas e podem ser emanadas por diversos atores¹². É nesse contexto que este artigo busca analisar as normas que regem o procedimento arbitral para verificar a hipótese de que os aspectos processuais da arbitragem são regidos por normas transnacionais.

Evidenciado o conceito de direito transnacional atrelado a uma metodologia que considera uma pluralidade de fontes normativas, a segunda parte deste artigo aplica esse conceito e suas características ao estudo do quadro regulatório dos aspectos processuais do processo arbitral. São analisadas as diversas fontes normativas aplicáveis aos aspectos processuais da arbitragem, incluindo as fontes normativas estatais e internacionais, e, também, as novas categorias normativas não tradicionais e que emergem da prática arbitral ou da própria comunidade arbitral, e como essas normas se entrelaçam para verificar a hipótese da existência de um direito transnacional que rege os aspectos processuais da arbitragem.

Essa análise permite constatar a emergência de um direito transnacional para aspectos processuais da arbitragem.

2. DIREITO TRANSNACIONAL: VOLTANDO AS ORIGENS DE JESSUP E CARACTERIZANDO O CONCEITO ADOTADO

Este item faz uma releitura sobre o desenvolvimento doutrinário de um conceito de direito transnacional, analisando este não como um ramo do direito autôno-

12 JESSUP, Phillip C. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 2.

mo, mas como uma metodologia de aplicação de diversas normas jurídicas e ampliação do olhar para o que é o direito. Reconhecendo a divergência existente em torno do conceito de direito transnacional, que não possui, atualmente, um significado unívoco, retoma-se o conceito de direito transnacional proposto por Jessup, que é um conceito mais amplo, diferenciando-o da sua crescente utilização em sentido estrito, relacionado à emergência de um direito ou uma ordem jurídica transnacional¹³, e propondo um conceito intermediário que parte do conceito amplo de Jessup, mas inclui nele a definição em sentido estrito, considerando para metodologia transnacional uma pluralidade de normas, incluindo aquelas que emanariam de uma ordem jurídica transnacional.

2.1. O direito transnacional para Jessup e sua caracterização

O desenvolvimento da ideia de um direito transnacional é creditado ao internacionalista Phillip C. Jessup com base na sua aula magna (*Storrs Lecture*) na faculdade de Yale nos Estados Unidos, que deu origem à obra *Transnational Law*, publicada em 1956¹⁴. O trecho mais conhecido da obra de Jessup traz a seguinte definição:

O termo “direito transnacional” inclui todo direito que regula ações e eventos que transcendem as fronteiras nacionais. Tanto o direito internacional público quanto o privado estão incluídos, bem como outras normas que não se enquadram perfeitamente em uma categoria padrão¹⁵.

13 COTTERRELL, Roger. What is Transnational Law? *Law & Social Inquiry*, v. 37, n. 2, p. 2, 2012. (Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper n. 103/2012). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2021088#%23>. Acesso em: 2 jul. 2016 (“The international lawyer Phillip Jessup wrote that transnational law includes ‘all law which regulates actions or events that transcend national frontiers’ (Jessup 2006, 45). In his view national and international law would be part of it insofar as they have these effects, and it could address both public (state and governmental) and private (non-governmental, civil society) actors [...]. But other writers treat transnational law as conceptually distinct from national and international law because its primary sources and addressees are neither nation state agencies nor international institutions founded on treaties or conventions, but private (individual, corporate or collective) actors involved in transnational relations [...].”).

14 JESSUP, Phillip C. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956.

15 JESSUP, Phillip C. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 2 (Tradução livre. Texto original: “[...] the term ‘transnational law’ to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories.”).

Para fins deste artigo, interessa a segunda parte dessa definição, que traz um olhar para as fontes normativas que formam um direito transnacional e inclui nele não apenas o já conhecido direito internacional público e privado, mas também novas fontes normativas que não enquadram em um padrão conhecido, evidenciando a postura inovadora e atual da obra de Jessup. Já, na década de cinquenta, Jessup observa a entrada de novos sujeitos no âmbito internacional com situações que podem envolver atores tais como indivíduos, corporações, Estados, organizações de Estados e outros grupos e questiona a aplicação das normas de conflito de leis (ou direito internacional privado)¹⁶. Comparando situações domésticas com situações que envolvem questões transnacionais, Jessup conclui que não há porque escolher uma única lei com base em critérios artificiais, como, por exemplo, nacionalidade, domicílio, territorialidade, entre outros, e afirma que não há razões para impedir que os tribunais, nacionais ou internacionais, sejam autorizados a escolher, entre as normas jurídicas existentes, aquela que for mais conveniente para solucionar a questão controversa¹⁷. Ou seja, ele propõe a solução dos problemas transnacionais não pela aplicação de uma lei, tampouco pela violação delas, mas por um processo de ajuste de meios extralegais e metajurídicos¹⁸. Jessup reconhece a dificuldade de introduzir uma nova solução, especialmente quando os pensamentos já estão condicionados a aplicar uma regra de conflito de leis, mas ressalta que a transnacionalidade dos problemas jurídicos exige considerações em dimensões transnacionais¹⁹. Seria possível constatar elementos comuns nas situações nacionais e internacionais e a solução adotada no âmbito nacional poderia auxiliar na solução no âmbito internacional²⁰. Jessup afirma que o direito transnacional forneceria uma ampla gama de normas a que as partes poderiam fazer referência, sem se preocupar se são normas de direito público ou privado²¹.

16 JESSUP, Phillip C. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 3-4.

17 JESSUP, Phillip C. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 106-107.

18 JESSUP, Phillip C. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 3 (“A problem may also be resolved not by the application of law (although equally not in violation of law) but by a process of adjustment – an extralegal or metajudicial means.”).

19 JESSUP, Phillip C. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 7-11.

20 JESSUP, Phillip C. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 16.

21 JESSUP, Phillip C. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 15 (“The use of transnational law would supply

Analisando a obra de Jessup, Detlev Vagts²² ressalta três elementos caracterizadores do direito transnacional: *i*) assuntos que transcendem as fronteiras nacionais; *ii*) assuntos nos quais não há uma distinção clara entre o público e o privado; e *iii*) assuntos com fontes abertas e flexíveis, além das tradicionais, listadas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, incluindo, por exemplo, *soft laws*²³. Importante ressaltar que Vagts não se preocupa, apenas, com as leis e normas, mas com o comportamento adotado pelos atores que se engajam em práticas transnacionais²⁴. Vagts busca desenvolver um quadro conceitual para a compreensão de problemas envolvendo um ou mais sistemas jurídicos²⁵. Pode-se dizer que surge, nesse ponto, uma preocupação que vai além do conteúdo do direito em si, mas que considera a forma como esse surge e se desenvolve observando o comportamento dos atores engajados na prática transnacional.

Discípulo de Vagts, Koh desenvolve a Teoria do Processo Jurídico Transnacional (*transnational legal process*)²⁶, segundo a qual o processo jurídico transnacional descreve não apenas a teoria, mas a prática, na qual diversos atores, públicos e privados, interagem em fóruns nacionais e internacionais criando, interpretando, executando e internalizando o direito transnacional²⁷. Esse processo

jurídico transnacional seria marcado por quatro características²⁸:

Características do Processo Jurídico Transnacional	
Não é tradicional	Distancia-se das dicotomias históricas que envolvem o estudo do direito internacional de divisão entre público/privado e doméstico/internacional.
Não é estatal	Os atores envolvidos nesse processo não são apenas, e nem primordialmente, o Estado. Inclui atores não estatais.
Não é estático/é dinâmico	Transformando-se do público para o privado, do doméstico para o internacional e vice-versa, e em constante evolução.
É normativo	No processo de interação, novas normas emergem, são interpretadas, executadas e internalizadas.

O conceito de Koh não é simplesmente descritivo, mas inclui o processo normativo, com uma abordagem de como esse direito transnacional é formado e guia as interações futuras²⁹. Esse processo é regido por uma pluralidade de normas que se entrelaçam e que não são tradicionais, não são apenas estatais, são dinâmicas e possuem natureza normativa. É esse processo jurídico transnacional que ocorre no âmbito processual da arbitragem.

O conceito adotado neste artigo diferencia-se do conceito de direito transnacional em sentido estrito ou particular, difundido, principalmente, pela obra de

*process describes the theory and practice of how public and private actors – nation-states, international organizations, multinational enterprises, non-governmental organizations, and private individuals – interact in a variety of public and private, domestic and international fora to make, interpret, enforce and ultimately, internalize rules of transnational law.*³⁰

28 KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 75, p. 181-206, 1996, p. 184 (“*Transnational legal process has four distinctive features. First, it is nontraditional: it breaks down two traditional dichotomies that have historically dominated the study of international law: between domestic and international, public and private. Second, it is nonstatist: the actors in this process are not just, or even primarily, nation-states, but include nonstate actors as well. Third, transnational legal process is dynamics, no static. Transnational law transforms, mutates, and percolates up and down, from public to the private, from domestic to the international level and back down again. Fourth and finally, it is normative. From this process of interaction, new rules of law emerge, which interpret, internalize, and enforce, thus beginning the process all over again.*”).

29 KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 75, p. 181-206, 1996, p. 184.

a larger storehouse of rules on which to draw, and it would be unnecessary to worry whether public or private law applies in certain cases.”).

22 VAGTS, Detlev F. *Transnational business problems*. New York: The Foundation Press, 1986.

23 A síntese do pensamento de Vagts é apresentada por Steiner em obra em sua homenagem Steiner, Henry S. Constructing and developing transnational law: the contribution of Detlev Vagts. In: BEKKER, Pieter H. F.; DOLZER, Rudolf; WAIBEL, Michael (Coord.). *Making transnational law work in the global economy, essays in honour of Detlev Vagts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 10-16.

24 SALACUSE, Jeswald W. Making transnational law work through regime-building: the case of international investment law. In: BEKKER, Pieter H. F.; DOLZER, Rudolf; WAIBEL, Michael (Coord.). *Making transnational law work in the global economy, essays in honour of Detlev Vagts*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 406-430, 2010. p. 406.

25 STEINER, Henry J.; VAGTS, Detlev F.; KOH, Harold Hongju. *Transnational legal problems: materials and text*. 4. ed. New York: The Foundation Press, 1994.

26 KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 75, p. 181-206, 1996. Koh reconhece a influência na sua teoria da obra de Jessup sobre direito transnacional, além das obras de Vagts e Steiner sobre problemas jurídicos transnacional e de Chayes, Ehrlich e Lowenfeld sobre o processo legal internacional (p. 186).

27 KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 75, p. 181-206, 1996. p. 183-184 (“*Transnational legal*

Teubner³⁰, que defende a existência de ordenamentos jurídicos independentes dos Estados³¹. Para Teubner, os setores sociais produzem normas com relativa autonomia dos Estados, possibilitando a emergência de ordenamentos jurídicos *sui generis*³². Exemplificando os ordenamentos jurídicos transnacionais criados por setores sociais, Teubner cita a *lex mercatória*³³, a *lex sportiva* e a proteção de direitos humanos. Nesse mesmo sentido, Nasser inclui a regulamentação privada transnacional que passaria por um processo de deslocamento do nacional para o transnacional e do público para o privado, podendo ser definida como “um novo corpo de regras, práticas e processos” criados por atores independentes e comunidades epistêmicas³⁴. Embora diferencie-se do conceito em sentido estrito, ao considerar uma pluralidade de fontes normativas, o processo jurídico transnacional não excluiria normas criadas por ordenamentos jurídicos autônomos, denominado para alguns de ordenamentos transnacionais.

Calliess e Zumbansen propõem que o direito transnacional seja compreendido como uma metodologia, afastando-se do conceito de direito transnacional como um ramo autônomo, em especial criticando a possibilidade de definição do conteúdo desse direito transna-

cional³⁵. Retomando o conceito de direito transnacional de Jessup, Zumbansen faz referência às fontes trazidas por Jessup e, aproximando-se do conceito de processo jurídico transnacional de Koh, propõe um conceito de direito transnacional da perspectiva metodológica, identificando esse novo espaço que faz sentido fazer referência a uma pluralidade de normas de diferentes características e que não mais se enquadram dentro das disciplinas já conhecidas³⁶. Mais do que olhar para as normas e os seus conteúdos, torna-se importante o como são tomadas as decisões jurídicas. Essa metodologia seria adequada para um sistema regulatório contemporâneo, com a oferta de um mecanismo de criação de normas variado e dinâmico, que combina o público e o privado e que supera as barreiras existentes para a normatização das relações transnacionais, sem substituir os modelos normativos estatais ou internacionais, mas complementando-os³⁷. Em outros termos, pode-se dizer que este é um conceito intermediário, que parte de um conceito amplo como o defendido por Jessup, mas reconhece a existência do sentido estrito, que admitiria a existência de uma ordem transnacional.

No âmbito brasileiro, o modelo de direito transnacional aplicado por Neves³⁸ ao desenvolver a Teoria do Transconstitucionalismo também é baseado em uma concepção metodológica que busca a coordenação — e

30 TEUBNER, Gunther. *Globale Bukowina – Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*. Basler Schriften zur europäischen Integration, Basel, 1996 (Trad. eng. “Globale Bukowina”: Legal Pluralism in the World Society. In: TEUBNER, Gunther. *Global Law without a State*. Dartmouth: Aldershot, 1997; TEUBNER, Gunther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. *Revista Impulso*, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 1-191, jan./abr. 2003.

31 Para uma análise do direito transnacional e sua relação com a arbitragem sob a perspectiva de Teubner, ver MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. *Arbitragem, lex mercatoria e direito estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no direito transnacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

32 TEUBNER, Gunther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. *Revista Impulso*, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 1-191, jan./abr. 2003, p. 10 (“Nos dias de hoje estão-se constituindo em “autonomia relativa” diante do Estado-nação, bem como diante da política internacional setores distintos da sociedade mundial que produzem a partir de si mesmos ordenamentos jurídicos globais *sui generis*.” – Ver original, p. 3).

33 TEUBNER, Gunther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. *Revista Impulso*, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 1-191, jan./abr. 2003, p. 10 (“Historicamente a *lex mercatoria*, ordenamento jurídico transnacional dos mercados mundiais, provou até agora ser o caso mais exitoso de um “direito mundial” além da ordem política internacional.” – Ver original, p. 3).

34 Para uma análise sobre os regimes internacionais e, em especial, a regulação privada transnacional, vide NASSER, Salem. *Direito global em pedaços: fragmentação, regimes e pluralismo*. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 98-137, 2015, p. 130.

35 CALLIESS, Graf-Peter; ZUMBANSEN, Peer. *Rough Consensus and Running Code: a theory of transnational private law*. Oxford: Hart publishing, 2010. p. 6 (“Yet, because we understand transnational law above all to demarcate a methodological position rather than to identify a perfectly map-able doctrinal field, it is important to recognize transnational law is better understood as a continuation, as a further elaboration and innovation of reflexive law than as a distinct legal field like, for example, public international law or conflict of laws.”).

36 ZUMBANSEN, Peer. Transnational legal pluralism. *Transnational Legal Theory*. *Hart Publishing*, v. 2, n. 1, p. 141-189, 2010. p. 148 (“Instead, the term transnational is meant here to identify a methodological space in which to make sense of the conditions that shape references to law or non-law in functionally highly differentiated contexts. These contexts – [...] – are characterised by a complex amalgamation of ‘hard’ and ‘soft’, direct and indirect norms that no longer fit under the semantic umbrella of existing disciplinary fields such as labour law or corporate law.”).

37 CALLIESS, Graf-Peter; ZUMBANSEN, Peer. *Rough Consensus and Running Code: a theory of transnational private law*. Oxford: Hart publishing, 2010. p. 6 (“The concept of ‘Rough Consensus and Running Code’ (RCRC) proposed here responds to the structural elements of the contemporary regulatory landscape by offering a mixed, public-private, dynamic norm-creation process. RCRC overcomes the described obstacles to effective norm-creation for transnational relations by presenting a form of lawmaking, which does not replace but complements existing models of norm-creation, either on the nation-state or international-level.”).

38 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

não a hierarquia – entre ordens jurídicas diversas que se encontram em diferentes planos normativos, incluindo entre elas a ordem jurídica transnacional. Neves caracteriza o transconstitucionalismo pelo entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, incluindo as ordens estatais e também as transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional.

É essa concepção metodológica de direito transnacional que se verifica ao analisar as normas que regem os aspectos processuais da arbitragem.

2.2. O direito transnacional na arbitragem

A mesma imprecisão com relação ao uso do termo transnacional em geral é verificada no meio arbitral. Pode-se verificar a dicotomia entre o sentido amplo mais próximo à definição de Jessup, com um sentido estrito, atrelado a uma ordem arbitral autônoma e, ainda, um sentido intermediário, caracterizando o direito transnacional como uma metodologia que parte do conceito amplo – incluindo diversas fontes normativas –, e incorpora entre essas fontes o conceito estrito no sentido da existência de normas transnacionais independentes do Estado.

Há amplo debate no meio arbitral sobre a utilização do termo transnacional no sentido estrito, referindo-se a uma ordem jurídica arbitral autônoma das ordens jurídicas estatais. Esse debate teve origem com a aula magna de Berthold Goldman, em Haia, em 1963³⁹, quando ele defendeu a ideia de que os árbitros não têm fórum e que qualquer investigação que leve em consideração a natureza da arbitragem conduziria, inevitavelmente, a um sistema autônomo, não nacional⁴⁰. Fouchard também advogou a existência de um direito transnacional. Segundo ele, as fontes do direito arbitral não dependem

das ordens jurídicas nacionais e são evidenciadas pelas cláusulas gerais de arbitragem, pelos usos profissionais codificados, pelos regulamentos institucionais de arbitragem e, em certa medida, pelas decisões contenciosas dos árbitros ou das autoridades corporativas⁴¹. Esse debate voltou a tona com a aula magna de Emmanuel Gaillard, em Haia, em 2007⁴².

Assim como se desenvolveu uma teoria em torno do processo jurídico transnacional e um conceito intermediário, de direito transnacional como metodologia, em 2001 Gaillard já propunha no meio arbitral que o direito transnacional seja visto como método de decisão⁴³. Esclarecendo que o movimento é progressivo, Gaillard afirma que primeiro é necessário passar pela aceitação e aplicação de normas transnacionais por árbitros, para, em seguida, reconhecer a existência de uma ordem arbitral autônoma que constitui um sistema e possui os requisitos de uma ordem jurídica⁴⁴. Constatando na prática a existência e aplicação de um direito transnacional, Gaillard afirma que o debate originário sobre a existência de um direito transnacional ou da *lex mercatoria* moveu-se para discussões sobre como determinar o seu conteúdo⁴⁵. Nesse sentido, Gaillard questiona se o direito transnacional (i) é definido pelo seu conteúdo ou pelas suas fontes e (ii) se pode ser apresentado como uma lista ou um método.

Verificando que as normas transnacionais derivam de uma variedade de sistemas jurídicos e fontes normativas, Gaillard conclui que estas devem ser caracterizadas pelas suas fontes, e não pelo seu conteúdo⁴⁶.

39 GOLDMAN, Berthold. Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 109, p. 347-485, 1963.

40 GOLDMAN, Berthold. Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 109, p. 347-485, 1963. p. 380 (“À moins de s'en tenir à la référence rationnellement injustifiable au système de rattachement du siège arbitral (et sans parler d'autres choix a priori, encore moins justifiables et plus difficilement applicables dans l'arbitrage international, comme le serait, par exemple, celui du système de rattachement du pays dont l'arbitre unique ou le troisième arbitre est le ressortissant), toute recherche d'un système de rattachement correspondant à la nature de l'arbitrage international débouche sur l'inéluctable nécessité d'un système autonome, et non national.”).

41 FOUCHARD, Philippe. *L'arbitrage commercial international*. Paris: Dalloz, 1965. p. 42 e ss.

42 GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008.

43 GAILLARD, Emmanuel. Transnational law: a legal system or a method of decision making. *Arbitration International*, v. 17, n. 1, p. 59-71, 2001.

44 GAILLARD, Emmanuel. Transnational law: a legal system or a method of decision making. *Arbitration International*, v. 17, n. 1, p. 59-71, 2001. p. 53-54 (“It takes a double qualitative lead to proceed from the acceptance of the application of transnational rules by the arbitrators to the acceptance of the existence of a true arbitral legal order. The first consists in moving from the recognition of the application of isolated rules to the acceptance of the existence of an organized system of norms; the second consists in the realization that this system in fact meets the more rigorous requirements of a legal order.”).

45 GAILLARD, Emmanuel. Transnational law: a legal system or a method of decision making. *Arbitration International*, v. 17, n. 1, p. 59-71, 2001. p. 60.

46 GAILLARD, Emmanuel. Transnational law: a legal system or a method of decision making. *Arbitration International*, v. 17, n. 1, p.

Gaillard, também, observa que o direito transnacional não é estático, dificultando um fechamento do seu conteúdo em um código ou uma lista, e devendo ser compreendido como um método que não se vale das regras tradicionais de conflito de leis (ou direito internacional privado), mas em uma análise de direito comparado que permite ao árbitro a escolha de normas amplamente aceitas, ao invés de uma regra peculiar de um determinado sistema jurídico⁴⁷.

No mesmo sentido e sem discutir a existência de uma ordem arbitral autônoma, Berger defende que o direito transnacional aplicado à arbitragem seria baseado em uma comparação funcional, uma metodologia que vai além das diferenças dogmáticas dos diversos sistemas jurídicos em busca de valores e conceitos comuns⁴⁸. Paulsson traz uma visão tridimensional para a arbitragem, reconhecendo a complexidade do instituto e a pluralidade de ordens jurídicas nas quais a arbitragem se insere, incluindo nelas as ordens jurídicas estatais e não estatais, e admitindo a sobreposição ou o entrelaçamento dessas ordens⁴⁹. Essa visão tridimensional da arbitragem é compatível com um conceito de direito transna-

cional intermediário, visto como uma metodologia.

Partindo dessa visão de que as normas transnacionais existem e são aplicadas na arbitragem, sem entrar na discussão se estas constituem ou não uma ordem jurídica arbitral autônoma, este artigo aplica os conceitos de Vagts e Koh aos aspectos processuais da arbitragem. O objetivo da obra de Vagts busca um quadro conceitual para os problemas transnacionais⁵⁰. Este artigo busca identificar um quadro conceitual dos aspectos processuais nas disputas arbitrais que transcendem as fronteiras dos territórios e das jurisdições estatais. Ao mencionar o termo transnacional, busca-se apresentar as características dos aspectos processuais da arbitragem que se assemelham da Teoria do Processo Jurídico Transnacional desenvolvida por Koh⁵¹, qual seja:

Características dos Aspectos Processuais da Arbitragem (Processo Arbitral Transnacional)	
Não é tradicional	As normas que regem os aspectos processuais da arbitragem distanciam-se das dicotomias clássicas de direito público/privado e doméstico/internacional, sendo aplicados princípios de diversos ordenamentos, leis nacionais que influenciam a disputa ou onde futuras sentenças podem ser homologadas, tratados internacionais, <i>soft laws</i> que formam um emaranhado de normas.

59-71, 2001. p. 61.

47 GAILLARD, Emmanuel. Transnational law: a legal system or a method of decision making. *Arbitration International*, v. 17, n. 1, p. 59-71, 2001. p. 63 (“This approach consists, in any given case, of deriving the substantive solution to the legal issue at hand not from a particular law selected by a traditional choice-of-law process, but from a comparative law analysis which will enable the arbitrators to apply the rule which is the most widely accepted, as opposed to a rule which may be peculiar to a legal system or less widely recognized. This comparative law analysis is greatly assisted today not only by the extremely comprehensive compilations of principles previously discussed, but also by the existence of a number of treaties which, whether in force or not, reflect a broad consensus, but the increasingly large number of published awards providing as large a number of precedents to international arbitrators and by the availability of extensive comparative law resources such as monographs on a large number of specific issues.”).

48 BERGER, Klaus Peter et al. The central enquiry on the use of transnational law in international contract law and arbitration: background, procedure and selected results. In: DRAHOZAL, Christopher R.; NAIMARK, Richard W. *Towards a science of international arbitration: collected empirical research*. USA: Kluwer Law International, 2005. p. 228 (“Transnational law is based on the functional legal comparison, a methodology that tends to look behind the dogmatic differences of domestic legal systems by distilling common legal values and concepts out of seemingly different domestic rules. This methodology provides an excellent means to overcome the barriers imposed by different languages and different legal concepts in contract negotiations and arbitrations.”).

49 PAULSSON, Jan. Arbitration in three dimensions. *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 2/2010, p. 2-3. Disponível em: <<http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps1.htm#0210>>. Acesso em: 3 jul. 2016. (“Arbitration in modern society is accurately perceived as a complex, three dimensions form of pluralism, in which legal orders (i) are not exclusively those of states and (ii) frequently overlap.”).

50 STEINER, Henry J.; VAGTS, Detlev F.; KOH, Harold Hongju. *Transnational legal problems: materials and text*. Prefácio. 4. ed. New York: The Foundation Press, 1994.

51 KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 75, p. 181-206, 1996. p. 184.

Características dos Aspectos Processuais da Arbitragem (Processo Arbitral Transnacional)

Não é estatal	Embora normas processuais estatais tenham algum papel (especialmente de garantia de um devido processo legal mínimo), as normas processuais emanadas por diversos atores, tais como instituições arbitrais (<i>i.e.</i> , Regulamento de Arbitragem da CCI), entidades representativas (<i>i.e.</i> , Regras de Produção de Provas ou Conflito de Interesse da IBA) ou mesmo indivíduos (“Redfern Schedule”, “Sachs Protocol”), têm aplicação prática cada vez mais relevante.
Não é estático/é dinâmico	Assim como as relações comerciais evoluem, a própria comunidade arbitral cria soluções para novas necessidades emergindo uma prática arbitral (p. ex., múltiplas partes e consolidação de arbitragens) e que são posteriormente incorporadas nas revisões de regulamentos de arbitragem ou na atualização de <i>soft laws</i> (regras da IBA são revisadas).
É normativo	Nesse processo de interação no âmbito arbitral, novas normas emergem, são interpretadas, executadas e internalizadas. Tais regras tornam-se relevantes não apenas internamente para a regência do processo arbitral, mas são também reconhecidas por tribunais judiciais ao analisarem matéria arbitral.

Com base nessas características, ao utilizar o termo “transnacional” para identificar o processo arbitral, faz-se referência à metodologia que considera uma pluralidade de fontes normativas tradicionais e não tradicionais (*hard* e *soft law*) como proposto por Zumbansen⁵² e apresenta-se um quadro regulatório que combina normas públicas e privadas, possibilitando um processo

52 ZUMBANSEN, Peer. Transnational legal pluralism. *Transnational Legal Theory*. Hart Publishing, v. 2, n. 1, p. 141-189, 2010.

dinâmico de criação normativa definido por Calliess⁵³ como um consenso aproximado e um código fluído (*rough consensus and running code*).

Esse quadro conceitual deve ser analisado junto com a visão de Gaillard, que compreende o direito por suas fontes (não pelo seu conteúdo) e pelo seu método (não como uma lista ou um código fechado)⁵⁴. Dessa forma, reconhece a natureza dinâmica das normas processuais aplicáveis à arbitragem, não sendo possível identificar exhaustivamente o conteúdo do processo arbitral transnacional, nem codificá-lo, ainda que se possam identificar tendências e algumas dessas possam ser reduzidas em diretrizes ou guias de conduta, estas tem aplicação flexível e são revisadas constantemente para não se tornarem obsoletas. Mais importante do que saber o conteúdo da norma aplicável em cada caso, é fundamental compreender como estas diversas fontes influenciam a condução de uma arbitragem. O próximo item trará alguns exemplos dessa ampla gama normativa, evidenciando como estas se entrelaçam e regulam as questões processuais na arbitragem.

3. OS ASPECTOS PROCESSUAIS DA ARBITRAGEM: EXEMPLO DE DIREITO TRANSNACIONAL

Esse item analisa as diversas normas que são aplicadas para reger as questões processuais da arbitragem, buscando verificar a hipótese de que esses aspectos processuais são regidos por um direito transnacional. Para tanto, o direito transnacional deve ser entendido como uma metodologia que entrelaça diversas fontes normativas⁵⁵. Assim, os árbitros ou as partes, ao analisarem as questões processuais, devem considerar: as fontes dos diversos sistemas de direito nacional envolvidos, por meio de uma comparação funcional; as fontes de direito internacional; bem como aquelas que emergem da prática arbitral, descritas em normas não estatais (*soft laws*) ou decorrentes de usos e costumes⁵⁶. Como bem

53 CALLIESS, Galf-Peter; ZUMBANSEN, Peer. *Rough Consensus and Running Code: a theory of transnational private law*. Oxford: Hart Publishing, 2010.

54 GAILLARD, Emmanuel. Transnational law: a legal system or a method of decision making. *Arbitration International*, v. 17, n. 1, p. 61-65, 2001.

55 Uma análise aprofundada sobre o quadro regulatório do processo arbitral foi desenvolvida em MANGE, Flávia F. *Processo arbitral: aspectos transnacionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 123-217.

56 Nesse sentido, ver art. 6º da Resolução do Instituto de Direito

ressalta Jessup⁵⁷ ao apresentar o direito transnacional, faz-se necessário uma mudança de paradigma, deixar de refletir apenas com base em uma ordem jurídica para considerar uma pluralidade delas e, inclusive, tipos normativos que transcendem conceitos clássicos normativos que estão arraigados nas formações tradicionais dos mais diversos juristas. Ou seja, faz-se necessário ter uma visão não tradicional, evitando a replicação de códigos de processo civis domésticos, considerar normas internacionais e estatais, mas não apenas as normas estatais, permitindo-se considerar normas não estatais e que emergem da prática e, como tal, não são estáticas – ao contrário, são dinâmicas e estão em constante mutação. Também é importante reconhecer a natureza normativa dessa pluralidade de normas, não permanecendo arraigado a critérios formais de normatividade.

3.1. Característica 1: é um método não tradicional

No curso da evolução da arbitragem internacional, evidenciou que o recurso às normas clássicas de direito internacional privado para determinar a lei de regência dos aspectos processuais da arbitragem não eram adequadas. A aplicação de um ou de outro código de processo civil doméstico para determinar como seria organizado um processo arbitral que transpassava as fronteiras territoriais não se justificava.

Nesse contexto, as normas internacionais, sejam elas de natureza típica de direito internacional público, como tratados internacionais (em especial a Convenção de Nova Iorque)⁵⁸, sejam normas não tradicionais, como

leis modelos (em especial a Lei Modelo de Arbitragem da Uncitral), tiveram um papel importante no desenvolvimento do quadro normativo dos aspectos processuais e são utilizadas na tomada dessas decisões.

A redação do artigo V(1)(d) da Convenção de Nova Iorque foi um marco importante na flexibilização das normas processuais aplicáveis ao procedimento arbitral ao enfatizar que o procedimento arbitral deveria ser em conformidade com o acordado entre as partes e apenas nos casos de ausência desse acordo, em conformidade com as leis do país em que a arbitragem ocorreu⁵⁹. Essa redação distanciou-se das redações anteriores constantes no protocolo relativo à cláusula de arbitragem (Protocolo de Genebra de 1922)⁶⁰ e homologação de sentença arbitral estrangeira (Convenção de Genebra de 1927)⁶¹ que exigiam a aplicação de regras processuais do país em que a arbitragem se realizara. Tal mudança de posicionamento evidencia a vontade da comunidade internacional em minimizar a importância da lei do país onde a arbitragem ocorreu. Van den Berg esclarece que a opção pela inclusão subsidiária da aplicação da lei do país em que a arbitragem ocorreu com a utilização da terminologia “ou, na ausência de tal acordo” que permite a prevalência da vontade das partes, o que não era

venções internacionais sobre a lei brasileira de arbitragem. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 1, p. 219-230, 2013.

59 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>. Acesso em: 7 jul. 2016. (“Artigo V [...]. d) a composição da autoridade arbitral ou procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou [...]”).

60 BRASIL. *Decreto nº 21.187, de 22 de março de 1932*. Promulga o Protocolo relativo à cláusula de arbitragem, firmado em Genebra em 24 de setembro de 1923. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21187-22-marco-1932-548999-publicacaooriginal-64245-pe.html>>. Acesso em: 14 jul. 2016. (“Art. 2º O processo da arbitragem, incluindo-se a constituição do tribunal arbitral, será regulado pela vontade das partes e pela lei do país em cujo território a arbitragem se efetuar. Os Estados contratantes comprometem-se a facilitar os atos *[sic]* processuais, que seja necessário realizar nos seus territórios, de acordo com as disposições que regem, nas suas legislações respectivas, o processo de arbitragem por compromisso.” – destaques acrescentados).

61 LEAGUE OF NATIONS. *Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards*. 1927. Disponível em: <http://interarb.com/vl/g_co1927>. Acesso em: 15 jul. 2016. (“Art. 1º [...] Para obter reconhecimento e executar, deverá, também, ser necessário: [...] (c) Que a sentença tenha sido realizada por um Tribunal Arbitral de acordo com a convenção de arbitragem ou constituído de uma maneira acordada pelas partes e em conformidade com a lei que rege o procedimento arbitral.”).

Internacional adotada na Secção de Santiago de Compostela em 1990 L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *Annuaire de L'Institut de Droit International, Session de Saint-Jacques-de-Compostelle*, Paris, v. 63, t. 2, p. 124-336, 1990. p. 330. (*Article 6 – The parties to determine the procedural and substantive rules and principles that are to apply in the arbitration. In particular, (1) a different source may be chosen for the rules and principles applicable to each issue that arises and (2) these rules and principles may be derived from different national legal systems as well as from non-national sources such as principles of international law, general principles of law, and the usages of international commerce.*”).

57 JESSUP, Phillip C. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 6 (“To envisage the applicability of transnational law it is necessary to avoid thinking solely in terms of any particular forum, since it is quite possible, as we shall see, to have a tribunal which does not have as its own law either a body of national law or the corpus of international law.”).

58 Para uma análise sobre o papel dos tratados internacionais na arbitragem, vide DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; RIBEIRO NETO, Clarissa Correa. Impacto e influência dos tratados e con-

possível no sistema da Convenção de Genebra que exigia o respeito do acordo entre as partes “e” das regras processuais do local em que a arbitragem foi realizada⁶².

A adoção da Convenção de Nova Iorque por diversos países e a sua aplicação cada vez mais harmônica pelos diversos Poderes Judiciários ao interpretarem a convenção⁶³ permitiram que os árbitros não se sintam obrigados a aplicar as normas processuais do país onde a arbitragem é realizada, como ocorria anteriormente, podendo valer-se de outras normas acordadas entre as partes, em especial a referência feita pelas partes aos regulamentos de arbitragem que lhes conferem amplos poderes para definir como o procedimento arbitral será conduzido.

Assim, é por meio da aplicação da Convenção de Nova Iorque, norma de direito internacional público, que se amplia a possibilidade de aplicação de outras fontes normativas aos aspectos processuais da arbitragem.

Outras normas já não tradicionais também influenciaram a garantia de autonomia da vontade das partes e, subsidiariamente, dos árbitros na definição do procedimento a ser seguido na arbitragem, possibilitando, assim, o surgimento de uma prática processual arbitral própria. Dentre estes, deve-se ressaltar a lei modelo da Uncitral, em especial seu artigo 19⁶⁴, e o regulamento de arbitragem da CCI, que a partir da sua versão de 1975 conferiu autonomia aos árbitros para definir as regras aplicáveis ao procedimento arbitral, sem exigir a referência a uma regra processual municipal (artigo 11)⁶⁵.

3.2. Característica 2: é um método que considera normas estatais e não estatais

Ao analisar o processo jurídico transnacional, Koh ressalta que este não é apenas estatal, mas não exclui o direito estatal⁶⁶. O mesmo ocorre ao se analisar as fontes utilizadas na tomada de decisões processuais nas arbitragens. Muito embora o procedimento arbitral seja regido por uma série de normas não tradicionais de outras naturezas que são exploradas nos próximos itens e que a aplicação das leis processuais locais, em especial Códigos de Processo Civil, não sejam adequadas, não se pode dizer que não há nenhuma influência das normas estatais na condução do procedimento arbitral.

A prática internacional e que foi recepcionada pela legislação brasileira⁶⁷ é conceder às partes autonomia para determinar as regras processuais a serem seguidas na arbitragem; no entanto, essa liberdade tem restrições. Esses limites podem ser resumidos na exigência do respeito ao princípio do devido processo legal e às normas de caráter mandatório da lei de arbitragem ou do regulamento institucional eleito pelas partes e normalmente a sua observância é analisada *a posteriori* por ocasião da execução ou anulação de uma sentença arbitral. Segundo Park, a análise dos tribunais estatais promove a integridade do procedimento arbitral, garantindo que os árbitros seguiram um procedimento justo e permaneceram nos limites da sua missão, sendo classificada como “*laissez-faire judicial review*”⁶⁸.

A Lei de Arbitragem brasileira exige, além da igualdade das partes e do respeito ao contraditório, a imparcialidade do árbitro e o seu livre convencimento⁶⁹. No mesmo sentido, as leis suíça e francesa exigem a igualdade e o respeito ao contraditório, e a lei inglesa, a oportunidade razoável de as partes apresentar o seu caso e a imparcialidade dos árbitros. A lei brasileira e várias outras foram influenciadas pela Lei Modelo da Uncitral que dispõe que as partes sejam tratadas com

62 VAN DEN BERG, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*. Deventer; Boston: Published; Kluwer Law and Taxation, 1981. p. 323 (“*Thus, even if there was an agreement of the parties on these matters, the law of the country where the arbitration took place was to be taken into account in an enforcement procedure under the Geneva Convention on 1927.*”).

63 INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *Guia do ICCA sobre a interpretação da convenção de Nova Iorque de 1958: um texto de referência para juízes*, 2012. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/1/13320134139400/portuguese_guide_composite_for_website_final.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2016.

64 UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Uncitral model law on international commercial arbitration*. Document A/40/17/Annex I, 21 June 1985. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2016.

65 ICC. *1975 Rules for the ICC Court of Arbitration*. Artigo 11. Disponível em <<https://international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/1975-ICC-Rules-of-Arbitration-English.pdf>>. Acesso em 16 maio 2016.

66 KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 75, p. 181-206, 1996. p. 184.

67 BRASIL. *Lei nº 9.307/1996*. Dispõe sobre a arbitragem Artigo 21. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.

68 PARK, William. Procedural evolution in business arbitration: three studies in change. In: PARK, William. *Arbitration of international business disputes: studies in law and practice*. Oxford: Editora, 2006. p. 9.

69 BRASIL. *Lei nº 9.307/1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Artigo 21, § 2º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.

igualdade e que seja dada a cada uma delas ampla oportunidade de apresentar o seu caso⁷⁰.

A Lei Modelo exige a observância das normas de caráter mandatório contidas na lei de arbitragem. Independente das regras procedimentais pactuadas, as normas mandatórias da lei de arbitragem devem ser respeitadas⁷¹. Essas normas de caráter mandatório são, via de regra, as mencionadas no item anterior que visam garantir a legitimidade do processo arbitral, exigindo-se o respeito ao devido processo legal mínimo⁷². Assim como partes não podem derogar os dispositivos que estabelecem o dever de respeito ao princípio do contraditório, elas não podem estabelecer regras que sejam excessivamente vantajosas para umas das partes, desrespeitando o princípio da igualdade. As legislações locais podem considerar outros dispositivos como mandatórios. Segundo Carmona, para a lei de arbitragem brasileira, seriam considerados mandatórios, pela própria natureza e finalidade, os requisitos mandatórios da sentença arbitral e prazos para propositura de ação de anulação que não podem, por acordo entre as partes, ter forma diversa daquela prescrita em lei⁷³.

Embora reconheça-se a autonomia da vontade das partes no âmbito processual da arbitragem possibilitando recurso às normas não estatais, existem nas leis estatais limitações a essa autonomia e que devem ser consideradas juntamente a outras fontes normativas, ao se aplicar a metodologia transnacional às decisões que regem as questões processuais da arbitragem⁷⁴.

70 UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Uncitral model law on international commercial arbitration*. Document A/40/17/Annex I, 21 June 1985. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2016.

71 GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (EE.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999. p. 644.

72 HOLTZMANN, Howard M.; NEUHAUS, Joseph E. *A guide to the uncitral model law on international commercial arbitration: legislative history and commentary*. Deventer; Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers; The Hague: T.M.C. Asser Institute, 1989. p. 583 (“[t]he freedom of the parties [under the Model Law] is subject only to the provisions of the Model law, that is, to its mandatory provisions. The most fundamental of such provisions, from which the parties may not derogate, is the one contained in paragraph 3 [art. 18 in the final text].”).

73 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 23-24; 399.

74 Nesse sentido, ver, por exemplo, a decisão da Suprema Corte Canadense: CANADÁ, *Dell Computer Corp. vs. Union des consommateurs*, disponível on-line, referência 2007 SCC 34, ¶ 52 (Canadian Supreme Court (“The parties to an arbitration agreement are free, subject to any mandatory provision by which they are bound, to chose any place, form and

3.3. Características 3 e 4: É um método dinâmico, que não é estático, mas que é normativo

Considerando a ampla autonomia concedida às partes nas legislações nacionais e nos tratados internacionais, é importante analisar como as partes fazem as opções processuais na arbitragem. A primeira constatação é que as partes, ao redigirem um contrato e inserirem uma cláusula compromissória, ou mesmo ao celebrem um compromisso arbitral, não trazem regras detalhadas sobre o processo a ser seguido na arbitragem. O exercício da autonomia das partes, em geral, se concretiza com a indicação de um regulamento de arbitragem elaborado e publicado por alguma instituição arbitral ou o regulamento da Uncitral⁷⁵. Esses regulamentos são exemplos típicos de normas não estatais produzidas por essas instituições, muitas vezes com apoio de grupos de trabalho com representantes que possuem experiência prática em processos arbitrais de diversas regiões e que são aplicadas aos procedimentos arbitrais.

No entanto, é importante ressaltar que mesmo as regras dos regulamentos de arbitragem mais modernos não são exaustivas. Assim como houve evolução no texto dos tratados internacionais, os regulamentos de arbitragem evoluíram no mesmo sentido, afastando da aplicação das leis processuais nacionais e, atualmente, contêm previsão expressa de que, na ausência do exercício da liberdade pelas partes para estabelecer um procedimento arbitral, cabe aos árbitros a estipulação⁷⁶.

A autonomia concedida às partes e subsidiariamente

procedures they consider appropriate. They can choose cyberspace and establish their own rules [...]). No mesmo sentido, ver ITÁLIA, *Rederi Aktiebolaget Sally vs. S.r.L. Termarea* – Corte di appello of Florence – April 13, 1977, publicado no *IV Yearbook of Commercial Arbitration* (Italy nº 32, 1978).

75 CARMONA, Carlos Alberto. Flexibilização do procedimento arbitral. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 24, p. 7-21, 2009. p. 12.

76 Nesse sentido foi a evolução do Regulamento da CCI. O art. 16 do Regulamento da CCI de 1955 determinava que o procedimento arbitral deveria ser governado pelas regras do regulamento e, na ausência de disposição no regulamento, pela lei processual eleita pelas partes ou, na ausência de eleição pelas partes, pela lei processual do local onde o procedimento for realizado. O Regulamento da CCI, publicado em 1975, dispunha no art. 11 que o procedimento arbitral seria regido pelo regulamento e, no silêncio deste, conferia autonomia para as partes ou os árbitros decidir as questões processuais, fazendo ou não referência a uma lei processual a ser aplicada na arbitragem, seguindo a mudança introduzida pela Convenção de Nova Iorque. Para uma análise da evolução dos regulamentos de arbitragem ver MANGE, Flávia F. *Processo arbitral: aspectos transnacionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 92-104.

aos árbitros para desenhar o procedimento a ser seguido e a pequeno grupo de atores que atuam nessa área, intercambiando papéis como advogados das partes e como árbitro, permite o surgimento de uma prática arbitral processual própria, que mescla conceitos e princípios de diversos ordenamentos jurídicos e possibilita o surgimento de novas formas de proceder. Diversos autores tratam sobre a emergência dessa prática processual arbitral que é dinâmica e evolui a partir da evolução das relações internacionais e das estruturações das transações que posteriormente são submetidas à arbitragem.

Rubino-Samarino propõe que seja aplicável à prática processual arbitral o conceito de *tronc commun*, que identifica pontos comuns dos sistemas jurídicos das partes envolvidas na arbitragem⁷⁷. Mayer observa que, como forma de lidar com as expectativas processuais divergentes de partes de diferentes culturas jurídicas (em especial *civil law* e *common law*), os árbitros introduziram procedimentos híbridos, que emprestam aspectos de cada sistema, combinando-os de uma maneira harmônica e tornando-se padrões de conduta⁷⁸. Para Lowenfeld, o procedimento a ser seguido é, por um lado, um exercício de direito comparado sobre questões processuais e, de outro, a evidência de uma nova fonte de direito internacional que pode ser diferente – embora similar – às normas processuais de qualquer Estado⁷⁹. Kaufmann-Kohler desenvolve a Teoria da Padronização do procedimento arbitral com o surgimento de uma cultura

77 RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *International Arbitration Law*. Deventer/Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989. p. 294 (“It should be pointed out that the *tronc commun* doctrine can be applied also to procedural law.”).

78 MAYER, Pierre. Comparative analysis of power of arbitrators to determine procedural in civil and common law systems. In: VAN DEN BERG, Albert (Ed.). *Planning efficient arbitration proceedings*. The Hague: T.M.C. Asser Institute; Kluwer Law International, 1996. p. 24-38. (“International arbitration is particularly demanding as regards the unrestricted freedom of the arbitrator to determine procedure: if the arbitrator is to win acceptance from parties coming from countries with different legal system, he must be able to distance himself from specificities of the procedure of each of the various national systems. In addition, the confrontation in the international area of varying procedure has encouraged the introduction of hybrid procedures, which borrow from the best aspects of each system and combine them, often quite harmoniously.”).

79 LOWENFELD, Andreas F. The two-way mirror: international arbitration as comparative procedure. II *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, n. 187, p. 163-185, 1985. p. 163 (“I see international arbitration – especially the typical arbitration with two party-appointed arbitrators from different states and a chairman from a third state – on the one hand as an exercise in comparative procedure, and on the other hand as a source and evidence of a norm of international conduct which may be different from (thought similar to) the law of any given national-state.”).

arbitral global⁸⁰, ressaltando que a autonomia concedida aos árbitros permitiu o surgimento progressivo de um conjunto de regras consideradas *standards*, que, segundo ela, atingem o mérito de conciliar interesses de diferentes culturas⁸¹.

Embora as diferenças culturais sejam inevitáveis, é possível concluir que existe uma autorregulação do sistema processual arbitral, por meio da produção de normas para a condução do procedimento arbitral promovida pela troca de experiências entre os atores do meio arbitral. Nesse sentido, Vagts já incorporava ao seu conceito de direito transnacional o comportamento adotado pelos atores que engajam naquela prática⁸². Dessa forma, o comportamento processual das partes em dado momento histórico também deve ser observado ao se aplicar uma metodologia do direito transnacional.

Por outro lado, com o desenvolvimento do instituto da arbitragem e a entrada de novos atores, surgem tensões entre aqueles atores que já estão acostumados à prática processual arbitral e aqueles que não a conhecem. Questões simples, como a utilização de depoimentos escritos de testemunhas ou indicação de peritos técnicos, podem ter interpretações bastante divergentes. Dessa forma, surgem iniciativas para identificar ou harmonizar o conteúdo dessa prática e torná-los mais acessíveis ao público em geral, evitando surpresas na condução do procedimento.

Assim, os regulamentos de arbitragem passam por revisões periódicas e cada vez contêm mais regras sobre os aspectos processuais da arbitragem e diversas outras

80 KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Identifying and applying the law governing the arbitration procedure: the role of the law of the place of arbitration. In: VAN DEN BERG, Albert (Ed.). *Improving the efficiency of arbitration and awards: 40 years of application of the New York Convention*. Paris: Kluwer Law International, 1999. p. 364 (“That reason is the emergence of a worldwide arbitration culture, which runs parallel to the normalization of arbitral proceedings and – if this writer can be forgiven the term – the “standardization” of the international arbitrator.”).

81 KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Globalization of arbitral procedure. HeinOnline, v. 36. *Vand. J. Transnational Law* 1313, London, v. 1, n. 36, p. 1323, 2003. (“The freedom thus granted has allowed arbitration practice to develop a set of rules which progressively rise to the level of standard arbitration procedure. Such standard procedure has the invaluable merit of merging different procedural cultures. This comes as no surprise. International arbitration is a place where lawyers, counsel and arbitrators, trained in different legal systems, meet and work together. They have no choice but to find some common ground.”).

82 VAGTS, Detlev F. *Transnational business problems*. New York: The Foundation Press, 1986.

diretrizes, regras ou guia de boas práticas surgiram. Em paralelo, as instituições arbitrais, os representantes da comunidade arbitral e a Uncitral buscam consolidar a prática e publicar guias de melhores práticas, notas técnicas, diretrizes e regras não mandatórias que auxiliariam as partes a compreender melhor o desenrolar do procedimento arbitral, evitando surpresas.

Como mencionado, a prática arbitral é dinâmica e não é estática. Assim, ainda que se possa mapear algumas dessas novas fontes normativas, estas não são exaustivas, podem e são constantemente ajustadas pelas partes diante do caso concreto e estão em constante desenvolvimento. No entanto, em dado momento histórico, aquele regulamento ou *soft law* eleito pelas partes ou árbitros regem o procedimento arbitral e tem caráter normativo.

3.4. Exemplos de fontes normativas para além das normas estatais e de direito internacional público que regem procedimentos arbitrais

Para ilustrar a aplicação dessas normas de natureza não estatal aos aspectos procedimentais da arbitral, é utilizado o exemplo dos próprios regulamentos de arbitragem que contém diversas regras procedimentais; das diretrizes sobre produção de prova, tema que na arbitragem ganha flexibilidade e se distancia de muitos sistemas domésticos de produção de provas com regras rígidas; e sobre conflito de interesse dos árbitros que devido a sua atuação não exclusiva no papel de árbitro torna-se muito mais complexo que a questão de conflito de interesse dos juízes nas esferas nacionais. Essa análise trará considerações sobre a origem da norma, os atores envolvidos na sua criação, a sua legitimidade, a aplicação prática e o desenvolvimento, não pretendendo ser exaustiva, tão pouco adentrar nos detalhes de seu conteúdo, mas a trazendo como exemplo da metodologia transnacional aplicada ao procedimento arbitral.

3.4.1. Os regulamentos de arbitragem

Os regulamentos de arbitragem são uma importante fonte reguladora dos aspectos processuais da arbitragem. Estes têm origens bastante variadas, dependendo da instituição que desenvolve e disponibiliza. As entidades arbitrais podem ser entidades sem fins lucrativos, associações, sociedades com fins lucrativos e organismos internacionais. Mais usuais são os regulamentos

emanados por instituições de classe ou associações, tais como a Câmara de Comércio Internacional (CCI), a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (WIPO) ou, no âmbito brasileiro, os centros de arbitragem da Federação da Indústria e do Comércio (Fiesp/Ciesp) e da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC). Tendo em vista a diversidade de instituições que possuem regulamentos de arbitragem, a redação desses regulamentos pode assumir diversas formas. Na CCI, por exemplo, a primeira minuta do regulamento de 1922 foi elaborado por um grupo de juristas e, desde então, a CCI revisa o seu regulamento com a formação de grupos de trabalho contendo juristas de diversas nacionalidades e formações jurídicas, ali presentes por seu conhecimento e sua reputação no meio arbitral. No âmbito dos regulamentos brasileiros, pode-se observar o mesmo processo. O regulamento da CCBC de 1979 foi elaborado por um grupo de professores e advogados atuantes no meio internacional e é revisado por grupos formados por juristas que incluem processualistas, internacionalistas, contratualistas, professores, árbitros e advogados. Em 2016, a SIAC fez uma ampla consulta pública sobre o novo regulamento para arbitragens de investimento, aproximando o processo de elaboração de um regulamento de arbitragem à processos legislativos domésticos⁸³.

A legitimidade desses regulamentos decorre tanto daqueles envolvidos na sua elaboração, mas principalmente do aspecto reputacional da instituição que o publica⁸⁴. Para além daqueles envolvidos na redação das regras contidas nos regulamentos arbitrais, a opção por um ou outro regulamento inclui a estrutura dos centros de arbitragem, capacidade de administrar casos, lista de árbitros, custas e histórico de casos. Independente disso, os diversos regulamentos existentes no mercado são eleitos pelas partes e possuem aplicação prática reconhecida tanto pelas partes que posteriormente instituem arbitragens de acordo com as regras contidas nesses regulamentos, como pelos tribunais judiciais, que reconhecem como mandatória as normas dos re-

83 Nesse sentido, veja notícia sobre a consulta pública em <<http://www.siac.org.sg/69-siac-news/469-public-consultation-on-draft-siac-investment-arbitration-rules>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

84 “Ademais, pode-se dizer que a arbitragem comercial privada é o campo mais propício para a criação de um sistema decisório que começa a construir uma hierarquia de normas e de organizações, baseada especialmente na reputação, atuando em prol da unificação da disciplina das relações comerciais internacionais sem a atuação do Estado.” TOMAZETTE, Marlon. A internacionalização do direito além do Estado: a nova *lex mercatoria* e a sua aplicação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, p. 93-121, 2012. p. 115.

gulamentos eleitos pelas partes nas suas convenções de arbitragem. Dessa forma, inegável o caráter normativo desses regulamentos.

3.4.2. Soft laws sobre produção de provas

As *soft laws* que tratam da produção de provas nos procedimentos arbitrais também proliferaram e ganharam importância nas últimas décadas, especialmente em decorrência da flexibilidade da fase de produção de provas no procedimento arbitral se comparado com os procedimentos judiciais domésticos e mesmo a diversidade entre as diversas jurisdições com relação à produção de prova, em particular os procedimentos tipicamente americanos de *discovery*. As Regras da IBA sobre Produção de Provas⁸⁵ são as normas de maior relevância nesse aspecto, sendo a sua primeira versão publicada em 1983, sendo, posteriormente, revisada algumas vezes. Essas regras surgiram no âmbito do comitê de arbitragem da *International Bar Association*, entidade de classe representativa dos advogados no âmbito internacional. Em suas primeiras edições, as referidas normas eram criticadas por conter um viés americanizado e não contemplar todas as culturas processuais⁸⁶. A última revisão contou com a participação de mais de 20 membros, incluindo representantes da América-Latina, da Ásia e do Oriente Médio⁸⁷. Mesmo com uma maior participação da comunidade arbitral e representatividade de mais jurisdições e regiões, há, ainda, a prevalência de europeus e americanos, e não se verificou a participação de qualquer brasileiro. Como constatou a pesquisa realizada pela *Queen Mary University* em 2012, essas regras têm boa aceitação, sendo utilizada por 60% dos entrevistados. No entanto, essas regras são utilizadas mais como diretrizes inspi-

radoras para os árbitros (53%) do que como regras de aplicação obrigatória (7%)⁸⁸. Verifica-se, na prática, que, ainda, as partes não têm feito referência expressa sobre a aplicação das Regras da IBA a respeito da Produção de Provas (seja como diretriz seja como regra), ao debaterem questões sobre produção de provas, as partes sempre levam em consideração o disposto nas referidas regras e os árbitros, e, ao tomar decisões processuais, também analisam o disposto nessas regras, ainda que não mencione as regras de maneira expressa nas ordens processuais.

3.4.3. Soft laws sobre conflito de interesses

As Regras sobre Conflito de Interesse dos Árbitros⁸⁹ têm uma aplicação bastante ampla, inclusive por tribunais estatais ao analisarem a questão. A preocupação com a imparcialidade dos árbitros está presente em praticamente todas as legislações domésticas sobre arbitragem, bem como nos regulamentos de diversas instituições. As regras existentes nas legislações domésticas sobre conflitos de interesse para juízes não se mostram adequadas para os árbitros, especialmente porque estes atuam com múltiplos papéis, e não são árbitros em tempo integral. Diante disso, em 1987 foi publicada a primeira versão com o título: Regras Éticas para Árbitros Internacionais⁹⁰. Esta continha 9 artigos com disposições sobre a aceitação da nomeação e o dever de revelação, os deveres de diligência e independência, a comunicação com as partes, os honorários, o envolvimento com propostas de acordo e a confidencialidade das deliberações. Considerando-se a incerteza sobre os fatos que deviam ser revelados pelos árbitros e os diferentes critérios adotados por cada um em relação às matérias que deveriam ser reveladas, foi elaborada uma nova minuta de diretriz contendo regras mais específicas, divididas em listas classificadas como vermelha, amarela e verde, e exemplos de situações práticas

85 IBA. *IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration*. Disponível em: <http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#Practice%20Rules%20and%20Guidelines>. Acesso em: 15 jul. 2016.

86 Nesse sentido, ver CARMONA, Carlos Alberto. *Em torno do árbitro*. Disponível em: <http://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/arbitrators__impartiality_and_independence/Em_torno_do_arbitro.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2016. (“O tema precisa ser mais discutido, sem imaginar que as normas da IBA tenham resolvido o tema. Os brasileiros não participaram da elaboração dessas regras e nossos costumes sociais parecem repudiar algumas delas.”).

87 IBA. *IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration*. 2010. Prefácio. Disponível em: <http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#Practice%20Rules%20and%20Guidelines>. Acesso em: 15 jul. 2016.

88 QUEEN MARY UNIVERSITY/WHITE & CASE. *2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*. Disponível em: <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164483.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

89 IBA. *IBA Guidelines on conflict of interest in international arbitrators*. 2004. Disponível em: <http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#Practice%20Rules%20and%20Guidelines>. Acesso em: 15 jul. 2016.

90 IBA. *IBA Rules of ethics for international arbitrators*. 1987. Disponível em: <<http://www.trans-lex.org/701100>>. Acesso em: 15 jul. 2016 (tradução livre).

e exemplos⁹¹. Participaram da redação dessa minuta 19 membros do comitê de arbitragem da IBA (novamente na grande maioria europeus e americanos, mas havia um representante do México, um de Cingapura e outro da África do Sul) e versões preliminares foram discutidas nas reuniões anuais da IBA de 2002 e 2003, sendo a versão final aprovada na reunião anual de 2004⁹². Em 2012, iniciou-se nova revisão dessas regras, contando com a participação de uma diversidade maior de atores-membros do subcomitê da IBA, incluindo dois brasileiros, que culminaram com a versão revisada publicada em 2014⁹³.

Tendo-se em vista a ausência de outras normas que tratam sobre as questões de conflitos de interesse para os árbitros e a inadequação da aplicação das regras aplicáveis aos juízes, pesquisa realizada pela IBA constatou um aumento crescente na sua utilização, não apenas pelos árbitros, mas também por instituições arbitrais e pelo Judiciário ao decidir questões relacionadas à independência e à imparcialidade dos árbitros⁹⁴.

Em paralelo, existem grupos de trabalho discutindo a necessidade de uma nova regulamentação sobre a questão de conflito de interesses, especialmente em decorrência do aumento da participação de Estados ou órgãos estatais em arbitragens de investimento ou mes-

mo comerciais e da entrada de terceiros como financiadores de procedimentos arbitrais⁹⁵.

Ao mesmo tempo em que essas normas trazem certa previsibilidade sobre a conduta esperada nos procedimentos arbitrais, elas garantem a flexibilidade desses procedimentos e possibilitam o dinamismo e a evolução da prática arbitral. Essas normas, que não têm origem em processos legislativos tradicionais, influenciam a forma da condução do procedimento arbitral e devem ser consideradas pelos atores envolvidos nesses procedimentos.

As diversas fontes normativas trazida evidenciam as diferenças entre o procedimento judicial e o arbitral, a inadequação da aplicação das regras processuais estatais para os procedimentos arbitrais e a necessidade de uma nova forma de tomada de decisões nos procedimentos arbitrais, que vai além da pergunta clássica de direito internacional privado sobre qual a lei aplicável e passa a adotar uma nova postura, uma nova metodologia, a metodologia transnacional que considera a pluralidade de fontes normativa. Parte-se das normas internacionais e estatais que conferem autonomia às partes e aos árbitros para decidir questões processuais, possibilitando que estes façam uso de outras fontes normativas, incluindo fontes normativas não tradicionais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo-se de uma compreensão do direito transnacional como uma metodologia, com as características de um processo de tomada de decisão que considera uma pluralidade de fontes (nacionais, internacionais e outras que não se enquadram nas categorias tradicionais), que se entrelaçam em diversos níveis, é possível identificar a veracidade da hipótese traçada de que as normas processuais aplicáveis à arbitragem têm natureza transnacional.

O artigo abordou a evolução do conceito de direito transnacional que não se define pelo conteúdo ou em uma lista fechada de normas, mas por um processo, uma metodologia, que leva em consideração diversas fontes normativas. Diante disso, foram apresentadas as

91 IBA. *IBA Guidelines on conflict of interest in international arbitrators*. 2004. Prefácio. Disponível em: <http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#Practice%20Rules%20and%20Guidelines>. Acesso em: 15 jul. 2016 (“*Arbitrators are often unsure about what facts need to be disclosed, and they may make different choices about disclosures than other arbitrators in the same situation. The growth of international business and the manner in which it is conducted, including interlocking corporate relationships and larger international law firms, have caused more disclosures and have created more difficult conflict of interest issues to determine.*”).

92 IBA. *IBA Guidelines on conflict of interest in international arbitrators*. 2004. Disponível em: <http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#Practice%20Rules%20and%20Guidelines>. Acesso em: 15 jul. 2016.

93 IBA. *IBA Guidelines on conflict of interest in international arbitrators*. 2014. Disponível em: <http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx>. Acesso em: 15 jul. 2016.

94 IBA. *The IBA Guidelines on conflict of interest in international arbitration: the first five years 2004-2009, 2009*. Disponível em: <<http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUId=e545a3e1-13af-4d75-ad50-36d29c2777b4>>. Acesso em: 14 jul. 2016 (“*Five years after the dissemination of the Guidelines, most international arbitrators consult the Guidelines whenever they must exercise their judgment on whether to disclose circumstances that might be viewed as conflicts. Counsel also use the Guidelines as a tool in examining the potential merits of the challenge. Moreover, courts called on to decide on challenges to arbitrators are increasingly referring to the IBA Guidelines, as is illustrated by the cases reported below.*”).

95 ASIL-ICCA. *Task Force Report on Issue Conflicts in Investor-State Arbitration is a Joint Report by ICCA and the American Society of International Law*, 2016. Disponível em: <https://www.asil.org/sites/default/files/ASIL_ICCA.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2016.

características dos aspectos processuais da arbitragem partindo do conceito de processo jurídico transnacional de Koh, o caracterizando como um processo não tradicional, não apenas estatal, não estático, mas dinâmico e que é normativo. O segundo item discorreu sobre as diferentes fontes normativas consideradas na tomada de decisão sobre questões processuais, evidenciando essa características do procedimento arbitral.

Diante disso, os atores envolvidos em procedimentos arbitrais precisam adotar a metodologia do processo transnacional e considerar o entrelaçamento dessas diversas fontes normativas para determinar como esse procedimento deve ser conduzido. Assim, ao mesmo tempo em que mantêm a autonomia para ajustar esse procedimento às necessidades específicas daquele procedimento arbitral, as normas transnacionais são consideradas e também se contribui para a evolução da prática processual arbitral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASIL-ICCA. *Task Force Report on Issue Conflicts in Investor-State Arbitration is a Joint Report by ICCA and the American Society of International Law*, 2016. Disponível em: <https://www.asil.org/sites/default/files/ASIL_ICCA.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2016.
- BERGER, Klaus Peter et al. The central enquiry on the use of transnational law in international contract law and arbitration: background, procedure and selected results. In: DRAHOZAL, Christopher R.; NAIMARK, Richard W. *Towards a science of international arbitration: collected empirical research*. USA: Kluwer Law International, 2005. p. 207-231.
- BRASIL. *Decreto nº 21.187, de 22 de março de 1932*. Promulga o Protocolo relativo à cláusula de arbitragem, firmado em Genebra em 24 de setembro de 1923. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21187-22-marco-1932-548999-publicacaooriginal-64245-pe.html>>. Acesso em: 14 jul. 2016.
- 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>. Acesso em: 7 jul. 2016.
- BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.
- CALLIESS, Graft-Peter; ZUMBANSEN, Peer. *Rough Consensus and Running Code: a theory of transnational private law*. Oxford: Hart publishing, 2010.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Em torno do árbitro*. Disponível em: <http://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_Scolars'Texts/arbitrators__impartiality_and_independence/Em_torno_do_arbitro.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2016.
- CARMONA, Carlos Alberto. Flexibilização do procedimento arbitral. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 24, p. 7-21, 2009.
- COTTERRELL, Roger. What is Transnational Law? *Law & Social Inquiry*, v. 37, n. 2, 2012 (Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper n. 103/2012). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2021088#%23>. Acesso em: 2 abr. 2016.
- DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; RIBEIRO NETO, Clarissa Correa. Impacto e influência dos tratados e convenções internacionais sobre a lei brasileira de arbitragem. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 1, p. 219-230, 2013.
- FOUCHARD, Philippe. *L'arbitrage commercial international*. Paris: Dalloz, 1965.
- GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008.
- GAILLARD, Emmanuel. Transnational law: a legal system or a method of decision making. *Arbitration International*, v. 17, n. 1, 2001.
- GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (EE.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.
- GOLDMAN, Berthold. Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 109, p. 347-485, 1963.
- HOLTZMANN, Howard M.; NEUHAUS, Joseph E.

- A guide to the UNCITRAL model law on international commercial arbitration: legislative history and commentary.* Deventer; Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers; The Hague: T.M.C. Asser Institute, 1989.
- IBA. *IBA Guidelines on conflict of interest in international arbitrators.* 2004. Disponível em: <http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#Practice%20Rules%20and%20Guidelines>. Acesso em: 15 jul. 2016.
- IBA. *IBA Rules of ethics for international arbitrators.* 1987. Disponível em: <<http://www.trans-lex.org/701100>>. Acesso em: 15 jul. 2016.
- IBA. *IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration.* 2010. Disponível em: <http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#Practice%20Rules%20and%20Guidelines>. Acesso em: 15 jul. 2016.
- IBA. *The IBA Guidelines on conflict of interest in international arbitration: the first five years 2004-2009,* 2009. Disponível em: <<http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=e545a3e1-13af-4d75-ad50-36d29c2777b4>>. Acesso em: 14 jul. 2016.
- ICC. *1975 Rules for the ICC Court of Arbitration.* Artigo 11. Disponível em <<https://international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/1975-ICC-Rules-of-Arbitration-English.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2016.
- ICC. *Regulamento de Arbitragem e de ADR da CCI.* Publicado em setembro de 2011, entrou em vigor a partir de 1º de janeiro de 2012. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/>>. Acesso em: 14 jul. 2016.
- INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *Guia do ICCA sobre a interpretação da convenção de Nova Iorque de 1958: um texto de referência para juizes,* 2012. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/1/13320134139400/portuguese_guide_composite_for_website_final.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2016.
- JESSUP, Phillip C. *Transnational law.* New Haven: Yale University Press, 1956.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Globalization of arbitral procedure. *HeinOnline*, v. 36. *Vand. J. Transnational Law* 1313, London, v. 1, n. 36, p. 1323, 2003.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Identifying and applying the law governing the arbitration procedure: the role of the law of the place of arbitration. In: VAN DEN BERG, Albert (Ed.). *Improving the efficiency of arbitration and awards: 40 years of application of the New York Convention.* Paris: Kluwer Law International, 1999. p. 336-365.
- KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 75, p. 181-206, 1996.
- L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *Annuaire de L'Institut de Droit International, Session de Saint-Jacques-de-Compostelle,* Paris, v. 63, t. 2, p. 124-336, 1990.
- LALIVE, Pierre. Codification et arbitrage international. In: LE DROIT des relation économiques internationales: études offertes à Goldman, Paris: Litec, 1982. p. 150-166.
- LOWENFELD, Andreas F. International arbitration as an omelette: what goes into the mix. In: LOWENFELD on international arbitration: collected essays over three decades. Huntington/New York: Juris Pub., 2005. p. 58-71.
- LOWENFELD, Andreas F. The two-way mirror: international arbitration as comparative procedure. *II Michigan Yearbook of International Legal Studies*, n. 187, p. 163-185, 1985.
- MANGE, Flavia F. *Processo arbitral: aspectos transnacionais.* São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- MANN, F. A. Lex Facit Arbitrum. In: SANDERS, Pieter (Ed.). *International arbitration liber amicorum for Martin Domke.* The Hague: Martinus Nijhoff, 1967. p. 157-183.
- MAYER, Pierre. Comparative analysis of power of arbitrators to determine procedural in civil and common law systems. In: VAN DEN BERG, Albert (Ed.). *Planning efficient arbitration proceedings.* The Hague: T.M.C. Asser Institute; Kluwer Law International, 1996. p. 24-38.
- MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. *Arbitragem, lex mercatoria e direito estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no direito transnacional.* São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MISTELIS, Loukas. Unidroit principles applied as "Most Appropriate Rules of Law" in a Swedish arbitral award. *Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*, v. 8, p. 631-640, 2003.
- NASSER, Salem. Direito global em pedaços: fragmentação, regimes e pluralismo. *Revista de Direito Internacio-*

- nal, Brasília, v. 12, n. 2, p. 98-137, 2015.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- PARK, William. Procedural evolution in business arbitration: three studies in change. In: PARK, William. *Arbitration of international business disputes: studies in law and practice*. Oxford, 2006. p. 1-67.
- PAULSSON, Jan. Arbitration in three dimensions. LSE Law. *Society and Economy Working Papers* 2/2010. Disponível em: <<http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps1.htm#0210>>. Acesso em: 3 jul. 2016.
- QUEEN MARY UNIVERSITY/WHITE & CASE. *2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*. Disponível em: <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164483.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2016.
- RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *International Arbitration Law*. Deventer/Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989.
- SALACUSE, Jeswald W. Making transnational law work through regime-building: the case of international investment law. In: BEKKER, Pieter H. F.; DOLZER, Rudolf; WAIBEL, Michael (Coord.). *Making transnational law work in the global economy, essays in honour of Detlev Vagts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 406-430.
- STEINER, Henry J.; VAGTS, Detlev F.; KOH, Harold Hongju. *Transnational legal problems: materials and text*. 4. ed. New York: The Foundation Press, 1994.
- TEUBNER, Gunther. *Globale Bukowina – Zur Emergenz eines transnationales Rechtspluralismus*. Basler Schriften zur europäischen Integration, Basel, 1996 (Trad. eng. “Globale Bukowina”: Legal Pluralism in the World Society. In: TEUBNER, Gunther. *Global Law without a State*. Dartmouth: Aldershot, 1997;
- TEUBNER, Gunther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. *Revista Impulso*, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 1-191, jan./abr. 2003.
- TOMAZETTE, Marlon. A internacionalização do direito além do Estado: a nova lex mercatória e a sua aplicação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, p. 93-121, 2012.
- UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Uncitral model law on international commercial arbitration*. Document A/40/17/Annex I, 21 June 1985. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2016.
- VAGTS, Detlev F. *Transnational business problems*. New York: The Foundation Press, 1986.
- VAN DEN BERG, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*. Deventer; Boston: Published; Kluwer Law and Taxation, 1981.
- VON MEHREN, Arthur Taylor. To what extent is international commercial arbitration autonomous? In: LE DROIT des relations économiques internationales: études offertes à Goldman. Paris: Litec, 1982. p. 215-227.