



AAFDL  
EDITORA

# IUS DICTUM

TEORIA GERAL DA ADJUDICAÇÃO

#07

[MAIO - AGOSTO]



***Ius Dictum***

## FICHA TÉCNICA – IUS DICTUM

Membros da Direcção:

Paula Costa e Silva – FDUL  
João Marques Martins – FDUL

Conselho Científico:

Miguel Teixeira de Sousa – FDL  
António do Passo Cabral – UERJ  
Daniel Mitideiro – UFRGS  
Eduardo Oteiza – UNLP  
Eduardo Talamani – UFPR  
Elizabeth Fernandez – UMinho  
Flávio Luiz Yarshell – FADUSP  
Francisco Verbic – UNLP  
Fredie Didier – UFBA  
Giuseppe Ruffini – Università Roma Tre  
Hermes Zaneti – UFES  
Joan Picó i Junoy – UPF  
Jordi Ferrer Beltran – UDG  
Judith Martins-Costa – IEC  
Lorenzo M. Bujosa Vadell – USAL  
Luca Passanante – UNIBS  
Luiz Guilherme Marinoni – UFPR  
Marco Gradi – UNIME  
Maria José Capelo – FDUC  
Maria Victoria Mosmann – USAL  
Paulo Lucon – FDUSP  
Rita Lobo Xavier – UCP  
Rita Lynce de Faria – UCP  
Sergio Cruz Arenhart – UFPR  
Teresa Arruda Alvim – PUC – SP

### **Conselho de Redacção:**

Beatriz de Macedo Vitorino – FDUL  
Filipa Lira de Almeida – FDUL  
Filipe Gomes – FDUL

### **Proprietário:**

Faculdade de Direito da Universidade Lisboa

### **Editora:**

Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

ISSN 2184-7304

Data: Junho 2022

## ÍNDICE

### **Elisabetta Silvestri**

- 5 Toward a collaborative model of civil procedure: the obligations of the parties, their lawyers, and the court according to the ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure

### **Hermes Zaneti Jr.**

- 11 O Case Management e as European Rules of Civil Procedure: Uma Análise à Luz da Experiência Brasileira do Código de Processo Civil de 2015

### **Filipa Ferraz**

- 25 O Procedimento de Árbitro de Emergência



# TOWARD A COLLABORATIVE MODEL OF CIVIL PROCEDURE: THE OBLIGATIONS OF THE PARTIES, THEIR LAWYERS, AND THE COURT ACCORDING TO THE ELI/UNIDROIT MODEL EUROPEAN RULES OF CIVIL PROCEDURE

Elisabetta Silvestri\*

**Summary:** 1. Introduction – 2. The basic principles – 2.1 The principle of cooperation – 2.2 Proportionality and flexibility – 2.3 Case management – 2.4 Enhanced reliance on ADR – 3. Conclusion.

## 1. Introduction

In 1994, the late Professor Marcel Storme, in his capacity as chairman of a working group established by the European Commission to conduct a study on the possible approximation of the laws of civil procedure within the (then) European Community, wrote: ‘We hope that the taboo which for so long has proved an encumbrance to everything involved in approximation of civil procedure in Europe can be removed as a result of the work performed by our Working Group. ... the European Community cannot, on account of the mandatory and directly effective provisions of Community law, do without common procedural rules.’<sup>1</sup>

The study did not have the hoped for result, but in succeeding years the idea of harmonizing the rules of civil procedure in force in a much larger number of Member States resurfaced constantly, while the sectorial initiatives of the European Union in the field of dispute resolution multiplied. The statement according to which ‘European civil procedure has meanwhile gained the status of an independent area of research’<sup>2</sup> is confirmed by the vast amount of academic writing on the subject.<sup>3</sup> Whether scholars addressed it in

terms of harmonization or approximation of the procedural rules, or discussed the choice of figuring out either common minimum standards or a set of ‘best practices’, it is clear that in the last two decades the so-called Europeanization of civil procedure has been in the spotlight, not only in academic circles, but also at the level of EU institutions, as a consequence of the widespread belief that more uniform rules for the resolution of civil disputes throughout the Member States would foster significantly the correct functioning of the internal market.<sup>4</sup>

The state of the art in the search for common European procedural rules is an instrument of soft law known as the ‘Model European Rules of Civil Procedure’ (hereinafter, the Rules).<sup>5</sup> The Rules are the re-

---

on the subject. Among the most significant publications, though, see, e.g., Fernando Gascón Inchausti and Burkhard Hess (eds.), *The Future of the European Law of Civil Procedure. Coordination or Harmonization?* (Intersentia 2020); Hess and Kramer, note 2 above; Zampia Vernadaki, ‘Civil Procedure Harmonization in the EU: Unravelling the Policy Consideration’ (2013) *J. Contemp. Eur. Stud.* 297; X.E. Kramer and C.H. van Rhee (eds.), *Civil Litigation in a Globalising World* (Springer 2012).

<sup>4</sup> See, for instance, Tatjana Evas and Wouter van Ballegooij, ‘Common minimum standards of civil procedure – European added value assessment accompanying the European Parliament’s legislative own-initiative report’ (2019) available at <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/642804/EPRS\\_STU\(2019\)642804\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/642804/EPRS_STU(2019)642804_EN.pdf)>; Rafał Mańko, European Parliament, *Europeanisation of civil procedure – Towards common minimum standards? IN-DEPTH ANALYSIS* (2015) available at <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/559499/EPRS\\_IDA%282015%29559499\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/559499/EPRS_IDA%282015%29559499_EN.pdf)>.

<sup>5</sup> The text of the Rules is available (in English and in French) at <<https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/eli-unidroit-rules/>>. The English version includes an official

---

\* Associate Professor (ret.) of Civil Procedure, Comparative Civil Procedure and Arbitration, Mediation and Assisted Negotiation, Department of Law, University of Pavia, Pavia, Italy.

<sup>1</sup> Marcel Storme (ed.), *Rapprochement du Droit Judiciaire de l’Union européenne – Approximation of Judiciary Law in the European Union* (Martinus Nijhoff Publishers 1994) 69.

<sup>2</sup> See Burkhard Hess and Xandra Kramer, ‘From Common Rules to Best Practices in European Civil Procedure: An Introduction’ in Burkhard Hess and Xandra Kramer (eds.), *From Common Rules to Best Practices in European Civil Procedure* (Hart Publishing 2017) 15.

<sup>3</sup> It is not possible here to offer a comprehensive bibliography

sult of a joint endeavor carried out by the European Law Institute and UNIDROIT. Over a period spanning from 2014 to 2020 different Working Groups, comprised of experts from a number of different jurisdictions, drafted autonomous sets of rules concerning some of the major topics falling within a generally accepted concept of ‘civil procedure’. The Working Groups were not supposed to start from scratch but were expected to rely on a variety of sources, such as the ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure<sup>6</sup> and a long list of European and international normative instruments, keeping an eye also on the law in force in the Member States whose performance in the field of civil and commercial justice places them at ‘the cutting edge’ of efficiency and effectiveness in dispute resolution. The final step of the project, entrusted to a special Structure Group, was to bundle the product of the Working Groups’ efforts within a coherent text.

This essay briefly describes the main structure of the procedure designed by the Rules, paying special attention to what is expected from the parties and their lawyers, on the one hand, and from the court, on the other. It is a mixture of duties and powers, some well known in most EU Member States, others virtually new, at least to the jurisdictions that still depend on the traditional arrangement of the roles played by the parties, on one side, and the court, on the other side. It is exactly for these jurisdictions (one of which, Italy, is the jurisdiction of this author) that the Rules, if transposed into domestic law or simply referenced as a source of inspiration for the improvement of the procedural rules in force, could bring about a true revolution conducive to a more efficient and swift dispute resolution. And this would give real meaning to the right of access to justice and reinforce the confidence of the public in the judicial system.

## 2. The basic principles

At the outset, the Rules lay down a group of basic principles. In the background of these principles,

---

commentary for each Rule. The text of the Rules is preceded by a Preamble that provides the history of the project and other information concerning the sources considered in the drafting of the Rules and their goals, as well as the reasons supporting the choice of regulating matters for which it is difficult, in principle, to foresee whether the national laws in force will be modified so as to conform to the Rules: in this author’s opinion, the rules on provisional measures and most of all the rules on appeals are the least suited to impress national legislators.

<sup>6</sup> The American Law Institute, *ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure* (CUP 2007).

one can emphasize the reliance of the Model Rules on other, equally fundamental principles that are well-established pillars of contemporary civil procedure, that is, the principle of party initiative (also known as the dispositive principle)<sup>7</sup> and the principle according to which the parties must be equally granted ‘a fair opportunity to present their case and evidence, to respond to their respective claims and defenses and to any court orders or matters raised by the court’.<sup>8</sup> In the framework of an essay devoted to the most innovative aspects of the Rules, it does not seem necessary to expand either on the dispositive principle or on the right to be heard: suffice it to recall that the commentaries to the relevant rules elaborate on both in an extensive way.

As announced, the paragraphs that follow will highlight the principles that appear to be the true cornerstones of a civil proceeding according to the Rules. Among these principles some are not brand new since they are contemplated already by the law in force in a few Member States. Nevertheless, the emphasis placed on them by the Rules makes them worthy of special scrutiny.

### 2.1 The principle of cooperation

In order to understand the reasons why the model of civil proceedings advanced by the Rules is defined by the title of this essay as a ‘collaborative’ one, it is necessary to start from the general principle expressed by Rule 2, namely the principle according to which the parties, their lawyers and the court in charge of the case must ‘co-operate to promote the fair, efficient and speedy resolution of the dispute’. In light of the common objective that all the *dramatis personae* of litigation are supposed to pursue, detailed obligations are placed on the parties, while for the court the primary duty is an ‘active and effective case management’, as stated by Rule 4.

A number of authors emphasize that the principle of cooperation as the first and foremost tenet of litigation according to the Rules implies a rejection of the traditional divide between the adversarial model and the inquisitorial model of civil procedure;<sup>9</sup> other au-

---

<sup>7</sup> See Rule 21 (1), as well as Rule 12, according to which, ‘In reaching any decision ... the court must consider all factual, evidential, and legal issues advanced by the parties.’ The implication is that, ‘The court must not base its decision on issues that parties have not had an opportunity to address.’ Furthermore, Rule 23 provides that, ‘The scope of the dispute is determined by the claim and defences of the parties in the pleadings’, which means the court ‘must decide on, and only on, the relief claimed’.

<sup>8</sup> See Rule 11.

<sup>9</sup> See, in particular, Alan Uzelac, ‘Towards European Rules



thors point out that there is no strict ‘division of labor’ among the subjects involved in a lawsuit, despite the different roles they play, since they share the same responsibility to put an end to the dispute.<sup>10</sup> Even though litigation necessarily entails a sort of ‘competition’ among the parties and their opposing theories, the principle of cooperation should persuade the parties to ‘act in good faith and avoid procedural abuse’<sup>11</sup> for the benefit of a proper administration of justice. The court, in its turn, should not only oversee the steps taken by the parties, but also facilitate the smooth and well-ordered development of the proceeding through active case management. The Rules design case management as a sort of ‘container’ that encloses a wide variety of powers at the court’s disposal for a better and more expedited resolution of the dispute.<sup>12</sup>

It is interesting to note that the principle of cooperation is conceived as a set of duties and obligations concerning not only the parties but their lawyers as well.<sup>13</sup> This means that the court has the power to sanction directly non-compliant lawyers, whether or not their actions in violation of the Rules amount to the type of professional misconduct that national attorneys’ codes of ethics deem worthy of disciplinary measures. This is a remarkable step toward an enhanced accountability of lawyers, relevant most of all for those legal systems (such as the Italian one) in which the code of civil procedure makes it difficult to distinguish whether an abusive or obstructive procedural step is to be blamed on the party itself or on the party’s lawyer. As a matter of fact, even the extremely limited rules dealing with abuse of process that we find in the Italian Code of Civil Procedure make only the parties accountable, providing that the court, if it finds that a lawyer has failed to comply with the general duties of loyalty and integrity, shall defer the issue to the disciplinary body of the Bar.<sup>14</sup>

The principle of cooperation, seen as the ‘canonization’ of the joint efforts of the parties, their lawyers and the court with a view to resolving a dispute, implies that the parties must engage in what the Rules define as ‘careful conduct of litigation’, meaning the duty to

‘present their claims, defences, factual allegations and offers of evidence as early and completely as possible ... in order to secure procedural expedition’.<sup>15</sup> The rationale behind this rule is that only insofar as the parties have laid all their cards on the table can the court adopt appropriate case management measures, which would not be possible if the court lacked a full and exhaustive knowledge of the *thema decidendum* and the *thema probandum*. The interplay between the duty of the parties to disclose at the outset of litigation all the factual and legal elements supporting their case theories and the case management orders that the court will issue on the ‘blueprint’ laid down by the parties in their pleadings is expected to facilitate a more efficient resolution of the dispute.

## 2.2 Proportionality and flexibility

Moving from the assumption that not every case requires a full-fledged adjudication, Rule 5 lays down the principle of proportionality, providing that ‘The court must ensure that the dispute resolution process is proportionate.’ A few elements are listed as guiding criteria to be taken into account by the court in order to evaluate whether the procedure or, better yet, which type of procedure is suitable for the case at hand. These elements are the ‘nature’ of the lawsuit, which is likely to be interpreted as a reference to the subject matter in dispute, as well as the complexity and the importance of the issues raised. Rule 5 does not mention the value of the claim, but the amount of money at stake in connection with the estimated costs of the proceeding are other elements that supposedly will be considered by the court.

It is crystal clear that the wording of Rule 5, and of other rules making reference to a proportionate use of judicial resources, is influenced by the English Civil Procedure Rules that have elevated the principle of proportionality to the rank of a fundamental tenet of a procedural system whose ‘overriding objective’ is ‘to deal with cases justly and at proportionate cost’.<sup>16</sup> The Rules, though, do not provide for differentiated procedural tracks to be chosen according to the value or the complexity of the case: as clarified by the commentary to Rule 5, ‘such matching of process to the proceeding can be made on a case-by-case basis through effective case management’. Therefore, case management, if properly exercised, is a ‘tool’ at the court’s disposal to handle cases with a flexible approach.

of civil Procedure: Rethinking Procedural Obligations’ (2017) 58 *Hung. J. Leg. Stud.* 3, 5.

<sup>10</sup> Along these lines, see, for instance, C.H. van Rhee, ‘Judicial Case Management and Loyal Cooperation. Toward Harmonized Rules of Civil Procedure’, in Ragna Aarli and Anne Sanders (eds.), *Courts in Evolving Societies. Sino-European Dialogue between Judges and Academics* (Brill 2021) 168, 173.

<sup>11</sup> See Rule 3 (e).

<sup>12</sup> See sec. 2.3 below.

<sup>13</sup> See, in particular, Rules 2, 3 and 6.

<sup>14</sup> Reference is made to Articles 88 and 96 of the Italian Code of Civil Procedure.

<sup>15</sup> Rule 47, to be read in conjunction with Rules 48 and 49. In detail, within the Rules devoted to the commencement of the proceeding; see also Rules 52–59.

<sup>16</sup> See Civil Procedure Rules, Part 1 – Overriding Objective, Rule 1.1 (1).

ch, molding the procedure in view of the specific features and needs of the case at stake.

It has been emphasized that the notion of flexibility in civil procedure, paired with simplification, is a leitmotif of one of the various sources taken into consideration by the drafters of the Rules, that is, a Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe issued in 1984 and devoted to civil procedure and its improvement.<sup>17</sup> In reality, many other provisions laid down by the Rules implement the principles stated by the Recommendation, which seems to be experiencing a welcome revival after languishing for more than thirty years.

### 2.3 Case management

The Rules capitalize on the experience of a wide range of legal systems in which case management has proven to be a key element for an efficient and expedited litigation.<sup>18</sup> It bears repeating once again – an active and effective case management is the primary responsibility of the court, a responsibility that the parties must support by complying with the case management orders issued by the court.

As far as the content of the case management orders is concerned, Rule 49 lists a variety of possibilities, blending measures that have to do with the organization of the proceeding (for instance, the setting of a procedural calendar with a series of deadlines for the steps to be taken by the parties) with measures belonging to the so-called substantive case management, directly connected with the identification and, if possible, the narrowing of the issues in dispute so as to map out as early as possible the development of the case. Examples of orders that can be attributed to substantive case management are those by which the court decides ‘the order in which issues should be tried’, or ‘consider necessary amendments to the pleadings or offers of evidence in the light of the parties’ contentions’, as well as the orders that ‘address

the availability, admissibility, form, disclosure and exchange of evidence’.<sup>19</sup>

The commentary to Rule 49 clarifies that while in theory it is possible to distinguish between case management orders that the court must issue and orders that it may take, in reality it is neither possible nor helpful to draw a sharp divide between the former and the latter. Each case is different, and an efficient case management requires the court to have a sufficient degree of discretion in deciding which case management orders are suitable for the dispute at hand, and their optimal sequence as well.

The power the court is entrusted with to resort to case management and to adapt the measures listed in Rule 49 to the case under consideration with the view to conceiving a ‘custom-made’ program for the resolution of the dispute is another feature of the Rules advancing the idea of a flexible approach to litigation.<sup>20</sup>

### 2.4 Enhanced reliance on ADR

In line with the trend seen worldwide and particularly in the European Union, the Rules support the idea that any possible efforts to resolve the dispute by a consensual agreement must be made by the parties and their lawyers before the commencement of adjudication, but also afterwards, meaning when the case is already pending before the court. The court, in its turn, should encourage the parties to search for an amicable resolution, possibly at the very outset of the proceeding.

Several rules make reference to settlement as an objective to be reached as often as possible through the common efforts of all the subjects involved in the dispute, even when it has escalated into adjudication. Of great significance are the rules on the duty to attempt to reach an amicable settlement as a general principle imposing on the parties and their lawyers the obligation to engage in any ‘reasonable and appropriate steps’ to attain this goal;<sup>21</sup> lawyers, in particular, have the duty to inform the parties of the available ADR schemes, guiding the parties in the choice of the most suitable one and making sure that, if the law in force provides for mandatory schemes, the parties resort to them.<sup>22</sup> The same duty of information is placed on the court, which can even go further, since it has the power to ‘suggest or recommend the use of specific consensual dispute resolution methods’:<sup>23</sup> a power confirmed by the rule listing the ‘Means of case mana-

<sup>17</sup> For this remark, see Fernando Gascón Inchausti, ‘The European Rules of Civil Procedure: A Starting Point for Civil Procedure Harmonisation?’ (2021) 14 Cuadernos Derecho Transnacional 277, 287, note 29, with reference to Recommendation No. R (84)5 on the principles of civil procedure designed to improve the functioning of justice.

<sup>18</sup> See Alan Uzelac and Cornelius Hendrik (Remco) van Rhee, ‘The metamorphoses of Civil Justice and Civil Procedure: The Challenges of New Paradigms – Unity and Diversity’, in Alan Uzelac and Cornelius Hendrik (Remco) van Rhee (eds.), *Transformation of Civil Justice. Unity and Diversity* (Springer 2018) 3; Cornelius Hendrik (Remco) van Rhee and Fu Yulin (eds.), *Civil Litigation in China and Europe. Essays on the Role of the Judge and the Parties* (Springer 2014).

<sup>19</sup> Rule 49, respectively nos. (6), (8) and (11).

<sup>20</sup> On this aspect of the Rules, see extensively Gascón Inchausti, note 17 above, 287–88.

<sup>21</sup> Rules 3 (a) and 9 (1).

<sup>22</sup> Rule 9 (2).

<sup>23</sup> Rule 10 (1) and (2).

gement', in which it is emphasized that the court, if it deems this appropriate, can encourage the parties to explore the possibility of a settlement, reached either by their own personal efforts or by making use of ADR methods.<sup>24</sup>

The Rules do not take a stand on an issue that is highly debated, at least within the Member States of the European Union, namely the issue concerning the use of mandatory ADR schemes conceived as a compulsory step to be taken by the parties before they can turn to the court and start a lawsuit. The Rules acknowledge that in several European jurisdictions the so-called pre-commencement ADR and mediation in particular have been made mandatory for certain types of disputes on the assumption that the parties would be better off if they could reach a settlement and therefore avoid a lengthy and expensive judicial proceeding.<sup>25</sup> At the same time, the higher the number of disputes resolved through an amicable agreement is, the lighter the caseload burdening the courts will be, which would allow them to devote their full attention to a reduced number of cases, enhancing the quality of the judgments issued. This is the bright side of mandatory ADR schemes, but it is well known that a school of thought advises against underestimating their dark side as well.<sup>26</sup> Realizing that the choice between mandatory ADR and strictly voluntary ADR is better left to national legislators, the Rules confine themselves to the obvious statement that 'mandatory ADR must not be misunderstood to mean mandatory settlement'.<sup>27</sup>

### 3. Conclusion

The Rules are an interesting and challenging intellectual project that will provide food for thought to national legislators engaged in the reform of domestic civil procedure. European institutions, too, are likely to draw inspiration from the Rules, even though at present the European Union, considering the Covid-19 pandemic and its consequences, as well as the winds of war blowing across Europe, faces more serious concerns than those having to do with the harmonization of civil procedure. Only time will tell whether the Ru-

les will make a difference in the way civil and commercial disputes are resolved in the Member States.

A final caveat seems in order. One may be an enthusiastic supporter of the Rules, but one must not forget that even the best possible rules cannot change the *status quo* unless courts and legal practitioners are inclined to apply them and *do* apply them wholeheartedly.

<sup>24</sup> Rule 49 (1).

<sup>25</sup> For an updated overview of the state of affairs in Europe, see Cornelius Hendrik (Remco) van Rhee, 'Mandatory Mediation before Litigation in Civil and Commercial Matters: A European Perspective' (2021) 4 AJEE – Access to Justice in Eastern Europe 7.

<sup>26</sup> For persuasive criticism of ADR, especially when provided as being mandatory, see Hazel Genn, 'What is civil justice for? Reform, ADR, and access to justice' (2012) 24 Yale J.L. & Human. 397.

<sup>27</sup> See the commentary to Rule 9, para. 2.



## O CASE MANAGEMENT E AS *EUROPEAN RULES OF CIVIL PROCEDURE*: UMA ANÁLISE À LUZ DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Hermes Zaneti Jr.\*

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O Caso Europeu: o *case management* nas ERCP; 2.1. Origem das ERCP; 2.2. Normas fundamentais nas ERCP; 2.3. O *Case Management* na parte geral e no processo coletivo (*collective redress*) nas ERCP; 3. O Caso Brasileiro: da rigidez à flexibilização? 3.1. A flexibilização no CPC/2015: princípios da cooperação, boa-fé e adequação; 3.2. *Case management* judicial por precedentes? 4. Considerações conclusivas.

**Resumo:** O *case management* é tratado como elemento central nas *European Rules of Civil Procedure* (ERCP). O texto procura destacar essa centralidade demonstrando como o *case management* está ligado nas ERCP às normas fundamentais da proporcionalidade, da cooperação e ao estímulo à autocomposição. O *case management* atua como dever fundamental, exigindo comportamentos ativos das cortes e das partes, para tratar de forma barata, rápida e justa dos conflitos individuais e coletivos. Ao final o texto compara as regras de *case management* das ERCP com algumas medidas autorizadas pelo Código de Processo Civil brasileiro e o conteúdo de decisões das Cortes Supremas no Brasil.

**Palavras-chave:** *case management*; cooperação; proporcionalidade processual; estímulo à autocomposição.

Abstract: Case management has been regarded as a central element in the ERCP. The present work seeks to highlight this centrality by demonstrating how case management is linked to the fundamental norms of proportionality, cooperation, and the stimulus to resolution by settlements, serving as a fundamental duty of the Court and the parties to deal in a cheap, quick, and fair way with individual and collective conflicts. The text compares rules of case management of the ERCP with some norms and doctrines emerging from the Brazilian Civil Procedure Code and decisions of the Supreme Courts in Brazil.

**Keywords:** case management, cooperation, proportionality; stimulus to resolution by settlement.

---

<sup>1</sup> Prof. Dr. Dr. Hermes Zaneti Jr. Professor de Direito Processual Civil na Graduação e Mestrado da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Doutor em Direito, área de concentração Teoria do Direito e Filosofia do Direito, pela Università degli Studi di Roma 3 (UNIROMA3). Doutor e Mestre em Direito, área de concentração Direito Processual, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pós-doutorado pela Università degli Studi di Torino (UNITO). Membro da IAPL (*International Association of Procedural Law*), IIDP (*Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*) IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual). Pesquisador Líder do FPCC/UFES - Grupo de Pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo vinculado ao LAPROCON – Laboratório Processo e Constituição. Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo (MPES). Dirigente do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Espírito Santo (CEAF/MPES). Diretor Nacional

---

da Escola Nacional do Ministério Público (ENAMP), ligada ao Colégio de Diretores de Escolas e Centros de Estudo e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Brasil (CDEMP). Este artigo é resultado das atividades do grupo de pesquisa “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo”, vinculado à Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e cadastrado no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq. Grupo fundador da ProcNet - Rede Internacional de Pesquisa Justiça Civil e Processo Contemporâneo, para obter informações sobre a atividade do grupo acesse o site do LAPROCON – Laboratório de Processo Constitucional UFES (<http://laprocon.ufes.br/>). E-mail: hermeszanetijr@gmail.com. Uma versão anterior deste texto, agora alterado e revisado, foi publicada em inglês no vol. 11, 2021 do IJPL com o título “Case Management and the European Rules of Civil Procedure: An Analysis in the Light of the Brazilian Experience of the 2015 Civil Procedure Code”.

## 1. Introdução

O *case management* está sendo fortemente fomentado na doutrina processual nas últimas décadas, participando como assunto vivo nos debates acadêmicos e eventos da *International Association of Procedural Law* (IAPL).<sup>2</sup>

O tema não é simples e não se entrega com facilidade a uma resenha que permita em um pequeno espaço como este descrever todas as suas nuances.

A minha análise se limitará a descrever as propostas das *European Rules of Civil Procedure* (ERCP), iniciativa do *European Law Institute* (ELI) e do *Unidroit*, a comparar em que medida algumas dessas propostas já estão em prática no ordenamento brasileiro, renovado pelo Código de Processo Civil de 2015 e, principalmente, em que medida o ordenamento processual brasileiro pode se utilizar dessas regras modelo como catálogo de boas práticas (*soft law*) para aprimorar o ordenamento processual nacional.

Esse exercício de comparação é próprio para países europeus e não europeus, mostrando o alcance das recentes ERCP, sem dúvida um *landmark work*.

Normas de *soft law* e boas práticas servem como exemplos normativos e orientam legisladores e intérpretes. São internalizadas em cada ordenamento local, em cada prática ou cultura jurídica, por incorporação legislativa interna ou por interpretação.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Ver OTEIZA, Eduardo. Case Management and Judicial Management: Five Perspectives with a Common Aim, *International Journal of Procedural Law*, Volume 8 (2018), nº 1, (comentando os trabalhos de Antonio Cabral, Li Hao, C.H. van Rhee, Hanki Sohn e Margareth Woo, apresentados na Conferência da IAPL em novembro de 2017 e publicados na mesma edição, ocorrida em Tianjin, China. Oteiza anota a importância das CPR inglesas a partir de 1998 terem apresentado o *case management* como um objetivo geral das normas processuais – overriding objective – Oteiza ressalta que, apesar das distintas perspectivas, todos os autores impõem ao *case management* a promoção de valores de acordo com os objetivos mais amplos do sistema de justiça); ver ainda as ideias de JEULAND, Emmanuel, “Toward a New Court Management and the Rise of the Court Manager - General Report”, IAPL Tianjin Conference, 2017; RAGONE, Álvaro Pérez. An Approach to Case Management from the Horizontal and Vertical Structure of Court Systems. *ZZPInt*, n. 23 (2018); CABRAL, Antonio. “New Trends and Perspectives on Case Management: Proposals on Contract Procedure and Case Assignment Management”. *Peking University Law Journal*, Vol. 6, Issue 1, p. 5-54, 2018, (baseados, pelo menos em parte, nos relatórios preparados para a Conferência da IAPL em Tianjin, China, em novembro de 2017).

<sup>3</sup> KRAMER, Xandra. “Strengthening civil justice cooperation: the quest for model rules and common minimum standards of civil procedure”. In: ZANETI JR., Hermes; RODRIGUES, Marco Antonio. *Cooperação Internacional*. Salvador:

## 2. O Caso Europeu: o case management nas ERCP

*“as procedure develops the advance is from rigidity to flexibility”*. (Robert W. Millar).<sup>4</sup>

*Case management* faz parte de uma tendência geral e mundial em prol da flexibilização. Uma tendência em favor de uma “discricionariedade fraca” que preserve os valores fundamentais do sistema de justiça.<sup>5</sup> Apresenta, assim, a direção para qual ocorre o desenvolvimento dos sistemas processuais. Portanto, o *case management* pode ser um instrumento poderoso para garantir uma justiça civil mais rápida, barata e justa, reforçando os valores do “humanismo processual”<sup>6</sup> que coloca os interesses do cidadão, como indivíduo ou grupo social, no centro das preocupações do sistema.

Nem todo *case management*, contudo, garante os valores essenciais ao humanismo processual consistentes na justiça da decisão, no acesso à justiça e no devido processo legal. Os riscos que a flexibilização traz para as garantias processuais e para a justiça substancial também precisam ser considerados. Sistemas que para controlar a sobrecarga do Poder Judiciário simplesmente fecham as portas do sistema de justiça ou criam barreiras muito difíceis de ultrapassar para levar um caso à juízo negam esses valores.<sup>7</sup>

Juspodivm, 2019, p. 591-608, esp. p. 607 (afirmando o papel central da ERCP como *soft law* para a promoção de “best practices” na Europa).

<sup>4</sup> MILLAR, Robert Wyness. *Civil Procedure of the Trial Court in Historical Perspective*. New York: Law Center of New York University, 1952. p. 5.

<sup>5</sup> VAN RHEE, C.H. “Introduction”, in.: VAN RHEE C.H (ed.). *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation*. Antwerp: Intersentia, 2008, p. 3-4; VERKERK, R. R. “What is Judicial Case Management? A Transnational and European Perspective”, in.: VAN RHEE C.H (ed.). *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation*. Antwerp: Intersentia, 2008, p. 51 (comparando os Transnational Principles, ALI/UNIDROIT, e o “Storm Report”).

<sup>6</sup> LUPOI, Michele Angelo. *Tra Flessibilità e Semplificazione. Un embrione di case management all’italiana?* Bologna: Bononia University Press, 2018, p. 636.

<sup>7</sup> WOO, Margareth Y. K. “Case Management or Case Elimination: A Snapshot from North America.” *International Journal of Procedural Law*, vol. 8, no. 1, 2018, p. 85-99, (como afirmado: “efficiency does not come without a price” e “Case management can also be a method of case elimination”, op. cit. p. 85. Considerando as class actions, Woo indica os danos à tutela coletiva causados pelos casos *Wal-Mart v. Duke*, e as subsequentes decisões em *Spokeo v. Robins*, *Campbell-Ewald Co. v. Gomez*, *Tyson Foods, Inc v. Bouaphakeo* cases). Ver ainda RESNIK, Judith. “Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline.” *University of Chicago Law Review*, 53, p. 524, 534-535 (1986) (com

A expressão *case management* não é simples, nem tem um só sentido, pode ser interpretada como uma função legislativa (*design* pelo legislador), judicial (*design* pelo juiz) ou convencional (*design* pelas partes), pode ainda ser analisada na perspectiva do *caso individual* (casos simples ou complexos, a exemplo das pequenas causas e dos processos estruturais, ou dos procedimentos especiais, os quais são marcados pela relação entre direito material e processo) ou do *conjunto de casos* atribuídos ao juiz ou à Corte (a exemplo dos casos repetitivos, cooperação judiciária interna,<sup>8</sup> precedentes e protocolos judiciais com litigantes habituais).

Iremos focar nossa atenção no *case management* realizado pelo juiz e pelas Cortes em sua dimensão individual e institucional, *case management individual*, para lidar com os casos, e *judicial management*, para controle sobre o acervo processual ou grupos de casos.<sup>9</sup>

No modelo cooperativo adotado pelo direito brasileiro e pela ERCP esse *case management* é realizado com a participação do juiz e das partes e até mesmo pelas próprias partes, através de acordos processuais.<sup>10</sup>

As ERCP refletem o fato de que os ordenamentos jurídicos contemporâneos têm estado mais atentos à necessidade de um equilíbrio entre o procedimento rígido e as características da complexidade da causa: os custos e valores envolvidos, o tempo de duração e a adequação do procedimento às necessidades da tutela dos direitos substancialmente justa. Essa lógica

---

fortes críticas). Em recente desenvolvimento dessa polêmica parece ocorrer um retorno ao Poder Judiciário e às *class actions* com o Caso Alexa. O caso é eloquente, a empresa decidiu retirar as cláusulas que permitiam a arbitragem após receber mais de 75.000 (setenta e cinco mil) pedidos de julgamento arbitral. Os custos da arbitragem se tornaram excessivos (aproximadamente U\$ 2.900 somente para instaurar cada arbitragem) e a empresa comunicou os consumidores a alteração da cláusula contratual, permitindo o retorno do ajuizamento de ações coletivas no sistema estatal. Chama atenção o fato de que o sistema da vedação das *class actions* em benefício do juízo arbitral começa a ceder quando finalmente esse mecanismo permite o acesso à Justiça. O que nos permite perguntar, a estratégia talvez não fosse garantir acesso justo, mas evitar o acesso, quando o acesso é garantido a estratégia deixa de ser interessante? Ver <https://www.nytimes.com/2021/07/22/business/amazon-arbitration-customer-disputes.html>, acesso em 16/04/2022.

<sup>8</sup> Ver Rules 26(3) e 57 a 60, as ERCP foram cautelosas e ressalvaram normas obrigatórias e disposições no interesse da justiça. O mesmo dispositivo, Rule 26(3), trata da escolha do direito material aplicável.

<sup>9</sup> OTEIZA (2018, p. 6).

<sup>10</sup> DIDIER, Freddie Jr. "Negocios Jurídicos Procesales Atípicos en el Nuevo Código Procesal civil Brasilenio." *International Journal of Procedural Law*, vol. 7, no. 1, 2017, p. 39-62.

também está marcada no Código de Processo Civil Brasileiro.<sup>11</sup>

Essas preocupações importam em reconhecer uma dimensão *processual* e uma dimensão *substancial* do *case management*. A dimensão processual e material estão interligadas; a dimensão processual (e gerencial) inclui aspectos como a organização do trabalho da Corte, a reunião de casos ou a definição de qual juiz ou juízes irão lidar com os casos, o calendário processual (*time frame*) e o desenho do procedimento em si, por exemplo a ordem de produção das provas. O *case management* substancial é ligado à correta identificação da disputa, conduzindo ou auxiliando as partes na identificação precoce do objeto do litígio, *preparando*, antes da audiência principal, o caso, de forma que as partes apresentem as provas e os argumentos de fato e de direito de maneira a permitir uma boa decisão, ou mesmo estimulando a partir dessa preparação de mérito às partes encontrarem por si mesmas uma solução por autocomposição.<sup>12</sup>

Existe uma mensagem geral que precisa ser refletida, o *case management* – judicial ou convencional, através de acordos processuais – exige a ruptura com os modelos extremadamente rígidos de processo. Ordenamentos em que não há presença de normas fundamentais (*fundamental principles, overriding objectives, principes directeurs*) terão mais dificuldade de adotar as regras modelo por interpretação. Em ordenamentos jurídicos, como o Brasil, estes princípios expressos por normas nacionais permitem uma dupla aproximação do *case management*, tanto na dimensão "substancial", quanto "processual".<sup>13</sup>

O reino da rigidez é o reino do detalhe; o reino da flexibilização é o reino dos valores. Governo da regra

---

<sup>11</sup> Ainda que o CPC não tenha normas tão diretas. Sobre a duração razoável ver CAMARA, Alexandre Freitas. "The Fundamental Right to a Reasonable Procedural Time Between Efficiency and Guarantees a Brazilian Point of View." *International Journal of Procedural Law*, vol. 4, no. 2, 2014, p. 337-349.

<sup>12</sup> NYLUND, Anna. "Case Management In a Comparative Perspective: Regulation, Principles and Practice". *Revista de Processo*, vol. 292, p. 377-395, jun, 2019.

<sup>13</sup> NYLUND, Anna. "Case Management in a Comparative Perspective: Regulation, Principles and Practice". *Revista de Processo*, vol. 292, p. 377-395, jun, 2019 (no texto a autora propõe a separação entre managerial, procedural e substantive case management e compara os sistemas da Finlândia, de influência germânica, e da Noruega, de influência inglesa; ao final a autora aplica os modelos analisados em confronto com o sistema brasileiro, ressaltando os desafios da mudança cultural pela qual as jurisdições passam quando assumem um papel mais dinâmico em relação ao gerenciamento dos casos. Neste texto, os aspectos gerenciais e procedimentais são em conjunto).

ou governo do princípio são os respectivos espaços de conformação normativa de cada um dos reinos. A melhor conformação aqui é aquela que permite uma correta combinação entre regras e deveres gerais. Essa combinação entre normas propicia o resultado ótimo do ponto de vista jurídico e institucional, dois reinos com um só ideal. Este texto irá considerar o balanceamento entre as regras de *case management* e a necessária abertura responsável que estes deveres e princípios gerais provocam no modelo de regras.

Para que a comparação entre as ERCP e o CPC brasileiro seja frutífera é preciso deixar claro que faremos alguns acordos sobre o que é relevante discutir, sobre como a doutrina e a jurisprudência brasileira estão avançando nessa matéria e como um diálogo permanente com a prática pode ser muito mais pragmático e efetivo se utilizar a nova ferramenta e testar as funcionalidades do *case management*, ao invés da mera teorização em abstrato de riscos e virtudes. Olhar mais para a função do que para a estrutura.<sup>14</sup>

A fórmula binária adversarial (processo de partes) ou inquisitorial (processo do juiz) é uma das grandes questões rediscutidas à luz do *case management* proposto pelas ERCP, um reequilíbrio cooperativo da divisão de tarefas entre partes e juiz, mirando na duração razoável do processo, na redução do custo excessivo de determinadas demandas e, especialmente, na inefetividade e injustiça do próprio resultado do processo para a tutela dos direitos.

A proposta do *case management* nas ERCP deve ser compreendida a luz desse reequilíbrio da divisão de trabalho entre partes, advogados e juízes, para que possa render os melhores frutos.

## 2.1. Origem das ERCP

Na origem e no propósito as regras modelo estão expressamente conectadas a experiência do ALI/UNI-

<sup>14</sup> Logo, as reflexões deste texto estão voltadas a identificar quais valores devem ser preservados e quais estratégias têm se mostrado eficientes para resolver os problemas que, por um lado, um procedimento completo e fixamente regrado, fundado no interesse preponderante das partes e seus advogados, caracterizado por preclusões bem marcadas, ou, por outro lado, excessivamente burocratizado, fundado na iniciativa do juiz, tem causado. Olhar mais para a prática e para a cultura processual é muito importante, afinal o direito é cultural e artificial e pode ser moldado para trazer um design mais inteligente. Sobre designs inteligentes ver ROTH, A. *Who Gets What – And Why. The New Economics of Matchmaking and Market Design*. New York: Mariner Books, 2016; THALER, RH.; SUNSTEIN CR. *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New York: Penguin Books, 2008.

DROIT, dos Princípios de Processo Civil Transnacional<sup>15</sup>, e representam um desenvolvimento da *acquis communautaire* da União Europeia e das melhores práticas do direito processual europeu, tomando em consideração os diversos ordenamentos nacionais.

O objetivo não é um Código modelo de processo civil, mas um conjunto de regras modelo que a partir de vários graus de detalhamento, a depender da convergência, razoabilidade (*reasonability*) e adequação (*feasibility*), permitirão uma maior harmonização futura, com a internalização pelos diversos ordenamentos locais.

As regras europeias (ERCP) buscam estimular, portanto, a adoção dessas boas práticas conforme as peculiaridades de espaço e tempo, diversidade cultural e estrutura de cada país. Essa pretensão de reunir a comum *acquis* do direito processual europeu forma um estuário das diferentes águas nacionais. O projeto tomou como principal desafio, especialmente no *case management*, a redefinição das funções de juízes, partes e advogados e a mistura de águas, é claro, sempre representa um risco de contaminação ou fecundação cruzada.

## 2.2. Normas fundamentais nas ERCP

Há uma conexão clara das normas fundamentais iniciais das ERCP com todo o resto das regras estabelecidas, um direcionamento de como as regras devem ser interpretadas. As regras modelo, portanto, trazem uma estrutura de princípios gerais que orientam regras específicas de *case management*. O exemplo mais eloquente é o fio vermelho que liga o dever geral de *case management*<sup>16</sup> ao dever geral de cooperação,<sup>17</sup> à proporcionalidade processual<sup>18</sup> e ao estímulo contínuo à solução por autocomposição,<sup>19</sup> como princípios

<sup>15</sup> ALI/UNIDROIT. *Principles of Transnational Civil Procedure*. New York: Cambridge: 2005.

<sup>16</sup> Ver Rule 4.

<sup>17</sup> Ver Rule 2 e 3.

<sup>18</sup> Ver Rule 5. Ver ainda PICHÉ, Catherine. "Procedural Proportionality: A Comparative Perspective." *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 40, no. 1-2, 2009-2010, p. 551-598; CAPONI, Remo. "Il Principio di Proporzionalità nella Giustizia Civile: Prime Note Sistematiche." *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Vol. 65, n. 2, 2011; ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. "Complexity, Proportionality and the Pan-Procedural Approach: Some Bases of Contemporary Civil Litigation." *International Journal of Procedural Law*, vol. 4, no. 2, 2014, p. 178-201; GARCÍA ODGERS, Ramón. *El Case Management en Perspectiva Comparada. Teoría, Evolución Histórica, Modelos Comparados y un Caso en Desarrollo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020 (UCSC), p. 234.

<sup>19</sup> Ver Rule 9 e 10.



que abrem a estrutura das ERCP.<sup>20</sup> Como sabemos estes princípios também estão presentes expressamente no Código de Processo Civil brasileiro.<sup>21</sup>

Isso implica em que a Corte observe um dever geral de *case management* consistente e de acordo com as suas responsabilidades, sejam elas determinadas legalmente, sejam assumidas perante a Corte por convenção processual ou determinação judicial. No exercício do dever geral a Corte deve gerenciar os casos de forma ativa e efetiva, garantir a igualdade de tratamento, observar e fazer cumprir ao longo do procedimento o comportamento esperado das partes e seus advogados.<sup>22</sup>

O princípio da cooperação processual representa elemento fundamental dessa equação se considerarmos que o gerenciamento dos casos será mais justo e efetivo com a consulta das partes e seus advogados.<sup>23</sup> Isso implica que, superando a dicotomia artificial, e nunca realizada totalmente em nenhum ordenamento jurídico<sup>24</sup>, entre atividade de partes (processo adversarial) versus atividade de juízes (processo inquisitorial), seja adotada pela Corte uma divisão de trabalho cooperativa entre todos que atuam no processo: partes, advogados e juízes. A cooperação impõe deveres, compromissos e sanções, e deve ser voltada para a solução justa (*fair*), eficiente (*efficient*) e rápida (*speedy*) dos conflitos.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> Ver Section 2 – Princípios.

<sup>21</sup> Conforme destacado em ZANETI JR., Hermes. *O Ministério Público e o Novo Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2018, Cap. 2.

<sup>22</sup> Ver Rule 4.

<sup>23</sup> Ver Rule 3.

<sup>24</sup> KRAMER, Xandra. “Strengthening civil justice cooperation: the quest for model rules and common minimum standards of civil procedure”. In: ZANETI JR., Hermes; RODRIGUES, Marco Antonio. *Cooperação Internacional*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 591-608, esp. p. 607 (afirmando o papel central das ERCP como *soft law* para promoção de “best practices” na Europa); VAN RHEE, C.H. “Gerenciamento de casos (case management) na Europa: uma abordagem moderna da justiça civil”, In: ZANETI JR., Hermes; RODRIGUES, Marco Antonio (eds). *Cooperação Internacional*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 481-498, esp., p. 498 (afirmando que os extremos nunca existiram na prática em nenhum ordenamento jurídico e apontando o surgimento artificial, no séc. XIX, da dicotomia dispositivo/inquisitivo a partir de Karl (von) Grolman – 1775 – 1829 -, em 1800, e difundidas através das *Prozessmaximen* de Nikolaus Thaddäus (von) Gönner – 1764-1827, a partir da publicação de seu “Manual do Processo Civil Alemão” no início do Séc. XIX, p. 481-483).

<sup>25</sup> Ver a advertência da doutrina inglesa ao direito brasileiro: “The failure to secure a consistent approach to compliance with case management and other procedural obligations in England post-1999 exemplifies this difficulty. If the Brazilian courts are to ensure the new CPC’s new

Nesse sentido, seria mais claro se os deveres dos advogados e dos próprios julgadores tivessem um tratamento conjunto. O tópico que trata das obrigações das partes e dos advogados não trata das obrigações da Corte para com estes, apesar de esse dever geral ter ficado expresso na parte principiológica e estar presente na *Part III (case management)*.<sup>26</sup> O arranjo do tratamento conjunto teria permitido mais clareza quanto ao compartilhamento de deveres e obrigações e quanto à formação de uma comunidade de trabalho, incluído o juiz<sup>27</sup>. Uma comunidade na qual o *case management* é um dever geral do juiz, mas exercido com o conhecimento e a participação dos advogados e das partes.<sup>28</sup> As partes, por exemplo, são

---

case management powers and contract procedure operate effectively, they are likely to have to take a consistent approach to the exercise of those powers and a similar approach to non-compliance as the English courts have since 2013 finally started to do. If they do not, they run the risk of rendering the new forms of case management and procedure dead letters: as nothing more than law on the page rather than the law in action.” SORABJI, J. *Procedural Proportionality and Flexibility in England and Brazil*. In: ZANETI JR., Hermes; RODRIGUES, Marco Antonio. *Cooperação Internacional*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 588. Paradoxalmente, apesar do caráter adversarial do *common law*, os advogados parecem mais cooperativos entre eles naquele sistema, como anotado por HAZARD JR., Geoffrey; DONDI, Angelo. *Legal Ethics. A Comparative Study*. Stamford, 2004 (HAZARD JR., Geoffrey; DONDI, Angelo. *Ética Jurídica. Um Estudo Comparativo*. Trad. Luiz Gonzaga Carvalho, rev. trad. Lenita Ananias Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 374).

<sup>26</sup> Ver Rule 2, conforme afirmado na justificativa geral do projeto, item 22, o *case management* cooperativo procura equilibrar a partir da cooperação os poderes e deveres das partes, dos advogados e da Corte (Part III).

<sup>27</sup> Apesar dessa alteração na versão proposta pelo grupo de trabalho, a mensagem ainda pode ser extraída do contexto geral do texto. Conforme afirmado, “final rules on case management deviates somewhat from the rules suggested by the working-group (...) basic content remains”. O *case management* ainda possui um “prominent role” nas ERCP e impulsiona a cooperação, STRANDBERG, Magne; SMITH, Vincent. “Case Management and the Role of the Judge”. In: STADLER, Astrid; JEULAND, Emmanuel; SMITH, Vincent. *Collective and Mass Litigation in Europe. Model Rules for Effective Dispute Resolution*. Cheltenham: Edward Elgar, 2020. p. 153-181, p. 157.

<sup>28</sup> Sobre o princípio da cooperação ver: VAN RHEE, CH. “Obligations of parties and their lawyers in civil litigation: the ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure”. In: Adolphsen, J et all (org) *Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag*. C.H. Beck, p. 669/679, 2014; VAN RHEE, CH. “Case Management in Europe: A Modern Approach to Civil Litigation”, (Relatório introdutório dado na International Association of Procedural Law/China Law Society Conference, Tianjin, China, 8 de novembro

especialmente protegidas com a criação de um dever aos advogados, e até mesmo ao juiz, de informar sobre mecanismos de ADR fora da Corte que possam ser mais adequados para a solução do conflito, bem como, ao longo de todo o procedimento, promover a solução consensual da disputa.<sup>29</sup>

Uma das virtudes das ERCP é justamente deixar muito clara a posição do advogado na economia do litígio. Por muito tempo o papel do advogado havia sido invisibilizado no estudo do direito processual civil, especialmente nos países de *civil law*.<sup>30</sup> A preservação da independência profissional do advogado na proteção dos interesses de seu cliente é realçada,<sup>31</sup> mas, da mesma maneira, necessita do correspondente equilíbrio com deveres objetivos de conduta sancionáveis pelo juiz. O monitoramento pela Corte do comportamento das partes e advogados está previsto pelas regras<sup>32</sup>; já as sanções por não-observância (*non-compliance*) não é detalhada, mas pode incluir multas (*finés*), *astreintes*, custas (*costs*) ou mesmo danos determinados em benefício das partes e não-partes.<sup>33</sup>

---

de 2017); UZELAC, A. "Towards European Rules of Civil Procedure: Rethinking Procedural Obligations". *Hungarian Journal of Legal Studies*, 58, nº 1, pp. 3-18, 2017.

<sup>29</sup> Ver Rule 9, com os comentários 1 a 3 e Rule 10, com o comentário 2.

<sup>30</sup> Analisando em profundidade as diferenças entre as normas e os comportamentos dos advogados do *civil law* e do *common law*, com destaque para a importância de normas deontológicas (*legal ethics* e *law of lawyering*) para os sistemas de justiça cf. HAZARD JR.; DONDI, 2004. Ver ainda DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. *Processi Civili in Evoluzione. Una Prospetiva Comparata*. Milano: Giuffrè, 2015 (DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. *Processo Civil Comparado. Uma Perspectiva Evolutiva*. Trad. Daniel Mitidiero, Vanessa Kerpel Chincoli, Hermes Zaneti Jr., Graziela Argenta Zaneti, Otávio Domit, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos, Sérgio Cruz Arenhart, Gustavo Osna, Marcella Ferraro e Rogéria Dotti, rev. trad. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: RT, 2018, p. 33/38).

<sup>31</sup> Ver Rule 15 (3), incluindo "fulfil their duty of loyalty to their client and maintain client confidentiality".

<sup>32</sup> Ver Rules 4 e 48.

<sup>33</sup> Ver comments 7, Rule 3, quando analisados em correspondência com as Rules 9(2), 51, 99, 104, 110, que se conectam com a Rule 27(3). Sobre a importância das sanções ver ZUCKERMAN, Adrian. "The Challenge of Civil Justice Reform: Effective Court Management of Litigation". *City University of Hong Kong Law Review*, vol. 1, n. 1, p. 49-72, 2009 (justamente apontando as vantagens aparentes do procedimento de Hong Kong, com previsão expressa de *deadlines* e sanções quando comparado com a CPR inglesa original, nas quais essas sanções e prazos peremptórios não eram mencionados); SORABJI, *Procedural Proportionality and Flexibility in England and Brazil*, p. 588)

O diálogo é sempre a regra principal, evitando decisões surpresa e sanções padrão.<sup>34</sup> Em casos mais sérios, muito embora a regras não detalhem essa questão, as condutas desviantes podem resultar em queixas/demandas contra os advogados por exercício indevido da profissão (*professional malpractice*).<sup>35</sup>

Há uma indicação de que condutas que impliquem abuso por parte dos advogados ou pela Corte não devem ser permitidas, especialmente aquelas que tenham de fragmentar as audiências concentradas e que, através do gerenciamento da sobrecarga de trabalho, resultem no prolongamento indevido dos procedimentos.<sup>36</sup>

O princípio da proporcionalidade é uma aquisição compartilhada pela maioria das culturas legais que observam o Estado de Direito (*Rule of Law*). Sua observância exige ponderação pelo poder público de todas as medidas restritivas de liberdade (proibição de excesso), mas também uma função de promoção de determinados comportamentos (proibição de proteção deficiente).<sup>37</sup> A Corte deve assegurar que o processo de resolução da disputa seja proporcional, considerando a natureza, a complexidade e a importância do caso e o seu dever geral de administrar à justiça. Quer dizer, na dimensão individual do caso (*case management*) e na dimensão de fortalecimento da gestão do conjunto de casos (*judicial management*).<sup>38</sup>

O princípio da proporcionalidade processual tem um desenvolvimento especial em relação aos custos e às sanções.<sup>39</sup>

Quanto às sanções, há previsão de que a quebra das obrigações resulte em sanções proporcionais à seriedade da matéria envolvida (*seriousness*) e ao dano causado (*harm caused*), refletindo a extensão e a participação das partes e se a conduta foi ou não deliberada. As regras sobre sanção são melhor detalhadas na

---

<sup>34</sup> O caráter dialogal das normas pode ser aferido nas Rules 4, 21 (1), 28, 47, 49 (9), 50, 53 (3), 55(1). Ver, ainda, Rule 61, e Rule 66.)

<sup>35</sup> Ver comentário 2, Rule 6. O detalhamento obviamente deve ser dado por cada ordenamento e respeitando as características de cada cultura jurídica.

<sup>36</sup> Ver CAMARA (2014). Uma tentativa de resolver este problema se deu com o art. 235 do CPC.

<sup>37</sup> Ver para um panorama da proporcionalidade como postulado ou metanorma, ou seja, uma terceira espécie de norma jurídica ao lado das normas princípios e das normas regras ÁVILA, Humberto. *Theory of Legal Principles*. Dordrecht: Springer, 2007, p. 112. Ver Art. 5 (4), Tratado da União Europeia; Art. 49(3) Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia; Art. 6 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Presente ainda em inúmeras constituições nacionais na Europa. CAPONI, Remo (2011); PICHÉ, Catherine (2009); ARENHART, OSNA (2019).

<sup>38</sup> A distinção entre os casos individuais e o conjunto dos casos é elaborada nestes termos por OTEIZA (2018, p. 6).

<sup>39</sup> Ver Rules 7 e 8.

Rule 27 e por algumas regras específicas espalhadas ao longo da ERCP<sup>40</sup> muito embora a disciplina dessa matéria tenha ficado tímida em relação à importância que a doutrina tem reconhecido a essa questão.<sup>41</sup> Os deveres gerais podem ser inúteis sem sanções efetivas. A não aplicação de sanções aos advogados é uma dificuldade decorrente de sua invisibilidade ou irresponsabilidade tradicional perante a Corte em muitos ordenamentos de *civil law*, igualmente, em muitas jurisdições a responsabilidade dos juízes é um tema complexo, especialmente quanto à duração razoável do processo.<sup>42</sup>

Em relação aos custos, a proporcionalidade exige a consideração dos valores envolvidos, natureza e complexidade da matéria discutida e sua importância, seja para as partes, seja para o interesse público. Esse dimensionamento permite a construção de trilhas (*tracks*) para pequenas causas, matérias não controvertidas e questões mais complexas.<sup>43</sup> É esperado que os advogados auxiliem objetivamente na redução dos custos do processo, sendo um dever primário atribuído aos litigantes, ainda que a Corte possa indicar medidas voltadas a este fim. Uma regra interessante é a previsão de que custas desproporcionais causadas pelo comportamento das partes ou do advogado do vencedor não serão objeto de reembolso pela parte vencida, limitando a regra da sucumbência (*loser-pays rule*).<sup>44</sup>

<sup>40</sup> Para justificar esse princípio fundamental, ver Rules 27, 28, 63(1) and (2), 64(4), 90, 93, 99, 104, 110, 178, 191, 195(3), 218(1)(a) and (2), 241(2), and 245(4).

<sup>41</sup> Ver ZUCKERMAN, Adrian. *The Challenge of Civil Justice Reform: Effective Court Management of Litigation*. City University of Hong Kong Law Review, vol. 1, n. 1, p. 49-72, 2009 (apontando para o acerto das regras processuais de Hong Kong em desenhar de forma mais precisa os deveres de *timely compliance* com as *case management deadlines*); SORABJI, Procedural Proportionality and Flexibility in England and Brazil, p. 588).

<sup>42</sup> Ver, sobre o Brasil, CÂMARA, 2014. Uma tentativa de resolver o problema a partir do art. 235 do CPC, que dispõe que no caso de o juiz ou relator exceder injustificadamente os prazos previstos em lei, regulamento ou regimento interno, os autos serão remetidos a um substituto legal para decisão no prazo de dez dias, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.

<sup>43</sup> CADIET, Loïc. “Case Management Judiciaire et Déformalisation de la Procédure”. *Revue Française d’Administration Publique*, n. 125, p. 133-150, 2008/1, p. 134 (apresentando um paralelo entre a deformalização da “mise en état”, as medidas de saneamento francesas, e o case management americano e inglês, ou seja, um caráter de *formalisme rationalisé*). No Brasil, próximo, defendendo o formalismo virtuoso ou “formalismo-valorativo”, ver ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil – Proposta de um formalismo-valorativo* (1997). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 6.

<sup>44</sup> Ver Rule 240(1)(a) e (c). Ver comments 2, Rule 8.

Essa solução pela identificação do caso, para o dimensionamento do investimento financeiro, não se limita apenas às custas, mas também permite que o *design* de solução das disputas seja realizado para cada caso, ou grupo de casos, *pret-à-porter* (*ready made*, pronto para usar) quando for possível, *taylor-made* (*design* específico), quando a situação concreta exigir. Passarelas entre o procedimento completo (*full proceeding*) e os circuitos abreviados tornam-se viáveis.<sup>45</sup>

Pode-se dizer que as soluções mais apropriadas são aquelas que permitem um *design* inteligente das trilhas pré-fabricadas e a adaptação do procedimento e as passagens de um para o outro, quando adequado, sempre ouvidas as partes e os advogados. Para permanecer na metáfora da moda, o desenho *one-size-fits-all* servirá em alguns casos muito bem, mas não para todas ocasiões.

Os acordos são extremamente encorajados, com um dever geral de fornecer às partes as informações necessárias para que as mesmas escolham entre os meios de ADR disponíveis. Esse dever geral vale tanto para partes e advogados,<sup>46</sup> quanto para os juízes.<sup>47</sup> É preciso deixar claro que não há obrigatoriedade do acordo. As ERCP não obrigam nem mesmo a tentativa dos meios alternativos de resolução dos conflitos (ADR), isso dependerá do ordenamento de cada país<sup>48</sup>. As regras indicam apenas que, sendo obrigatório algum método na legislação nacional, os advogados devem assegurar a sua utilização.<sup>49</sup> O dever de estímulo à ADR significa, portanto, que todos os esforços serão feitos para obtenção de uma solução consensual justa. O acordo em si não é obrigatório, mas os ordenamentos podem determinar que as partes tenham incentivos ou sanções para compeli-las a participarem da mediação.<sup>50</sup> As partes podem realizar acordos parciais, inclusive em matéria processual.<sup>51</sup>

O comportamento ativo dos juízes para estimular e participar dos acordos é expresso nas ERCP, evidentemente ele deve exigir uma deontologia da profissão judicial que evite acusações de quebra da neutralidade por imposição de acordos ou por quebra da confi-

<sup>45</sup> CADIET, Loïc. “Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Law”. *Ritsumeikan Law Review*, n. 28, p. 331-393, 2011. p. 370; CADIET, Loïc. *Perspectiva sobre a Justiça do Sistema Civil Francês*. São Paulo: RT, 2017 (Lesson 1); DIDIER JR; Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas* (2018). 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

<sup>46</sup> Ver Rule 9.

<sup>47</sup> Ver Rule 10.

<sup>48</sup> Esse é o caso do Brasil atualmente, vide art. 334 do CPC.

<sup>49</sup> Ver Rule 9 (4).

<sup>50</sup> Art. 5(2), Diretiva 2008/52/CE, Mediação na UE, ver comments 2, Rule 9(2).

<sup>51</sup> Ver Rule 9 (4).

dencialidade ou confiança. As *Regras* especificam que quando ocorrerem contatos individualizados com uma das partes, sem a presença da outra da outra parte (*ex parte communication*), a imparcialidade do juiz pode ser abalada, portanto essa conduta está vedada pelo direito fundamental ao contraditório (*right to be heard*), que não permite comunicações privadas das partes e seus advogados com o juiz<sup>52</sup>. O texto deixa claro que o problema de manter o mesmo juiz e duas funções, julgar e conciliar (a assim chamada atividade dupla: “*one judge, two hats*”), deve ser tratado de forma equilibrada e proporcional.

Há um grande impacto da cultura legal local no tema da participação do juiz nos acordos, muito embora a tendência do dever geral de cooperação seja a abertura para o diálogo mais ativo entre partes e Corte, justamente para encontrar as melhores soluções de direito baseadas nos fatos da causa (*rights-based solution by judgment or settlement*).<sup>53</sup>

<sup>52</sup> Ver Rule 10, comentários 3 e 4. Quanto ao direito de ser ouvido a Diretiva 2008/52/CE, Mediação na UE e as regras inglesas sobre a condução de “Early Neutral Evaluation” e as normas de 11 a 13 das ERCP.

<sup>53</sup> Ver comentários 3, Rule 10. Na teoria dos interesses, a justificação dos direitos é a proteção de um interesse dos titulares do direito (*right-holders*). Na teoria da escolha (*choice*) é a oportunidade assegurada a esses titulares de autodefinirem a tutela de seus direitos. A diferença está em como é exercida a titularidade dos direitos e como se justificam esses direitos perante o ordenamento jurídico. Esse é um conceito de teoria do direito que pode nos auxiliar a compreender a questão. É bom observar que em litígios – especialmente os mais complexos – soluções baseadas no direito (*right-based solutions – interest theory*) não necessariamente precisam ser contrárias a soluções baseadas nos interesses (*interest-based solutions – choice theory*), a correta identificação do interesse pode qualificar a melhor solução jurídica para o caso. Nesse sentido, ver acima a noção de proporcionalidade substancial que direciona para a precoce identificação do conflito (interesses em jogo) e a precoce identificação das questões de fato e de direito pelo juiz. Ver: ZANETI JR., Hermes. A tutela dos direitos coletivos deve ser preservada no Novo Código de Processo Civil: o modelo combinado de remédios e direitos como garantia de tutela. In.: ZANETI JR., Hermes (coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 23/48 (DIDIER JR, Fredie. Coleção Repercussões do Novo CPC. V. 8); MACCORMICK, Neil. *Children’s Rights: A Test-Case for Theories of Right*. ARSP: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* Vol. 62, No. 3 (1976), pp. 305-317; PINO, Giorgio. *Neil MacCormick on Interpretation, Defeasibility, and the Rule of Law*. Disponível em <<http://www1.unipa.it/gpino/Pino,%20su%20MacCormick.pdf>> Acesso em 13.05.2015, item 1.

### 2.3. O Case Management na parte geral e no processo coletivo (*collective redress*) das ERCP

O dever geral de *case management* está detalhado na Parte III, *Rule 47* até *Rule 50*, separados em conduta cuidadosa das partes;<sup>54</sup> controle do procedimento pelas cortes;<sup>55</sup> meios de *case management* e determinações (*orders*) de *case management*.<sup>56</sup> Ao longo das demais partes da ERCP o *case management* também aparece em regras específicas sobre as audiências (*case management hearings*),<sup>57</sup> gerenciamento da prova, quanto à ordem (*sequence*), o momento (*timing*)<sup>58</sup> e o controle das testemunhas de fato (*witnesses of fact*),<sup>59</sup> e, ainda, o desenvolvimento do novo processo decorrente da rescisão da decisão anterior, sobre a qual havia ocorrido a *res judicata*.<sup>60</sup>

Os deveres em geral se desenvolvem em regras que procuram deixar o caso pronto ou preparado – o mais cedo possível – quanto às questões de fato e de direito, favorecendo a autocomposição e facilitando o julgamento. A individualização precoce dos interesses em conflito, dos fatos e provas relevantes e do direito aplicável, ainda que discutível, é a chave do *case management* substancial.

A preocupação com a regra das “cartas na mesa”,<sup>61</sup> ou seja, o dever das partes e seus advogados de apresentarem pedidos, defesas, alegações de fato e oferecimento das provas o mais cedo e completo possível (“*as early and completely*”) e a organização precoce do procedimento com o agendamento de uma audiência para gerenciamento do caso (“*case management conference*”) demonstram este objetivo principal. Regras desta espécie são suportadas por um controle da Corte sobre as partes e seus advogados de adequadamente seguirem os deveres legais<sup>62</sup> e determinações judiciais.<sup>63</sup>

Entre os poderes e determinações (*orders*) da Corte destacam-se: o estímulo à autocomposição; o agendamento das “*case management conferences*”; a determinação do tipo ou forma de procedimento; a calendarização do processo (*timetable* ou *procedural calendar*); a limitação de alegações futuras por pre-

<sup>54</sup> Ver Rule 47.

<sup>55</sup> Ver Rule 48.

<sup>56</sup> Ver Rule 49.

<sup>57</sup> Ver Rule 61.

<sup>58</sup> Ver Rule 92.

<sup>59</sup> Ver Rule 114.

<sup>60</sup> Ver Rule 181, que trata da “*extraordinary motion for review*”.

<sup>61</sup> VAN RHEE, C.H. “Towards Harmonised European Rules of Civil Procedural: Obligations of the Judges, the Parties and Their Lawyers”, *Access to Justice in Eastern Europe*, Issue no. 1(6)/2020, p. 23.

<sup>62</sup> Ver Rule 47.

<sup>63</sup> Ver Rule 49.

clusão, com estabilização da demanda; a ordem das matérias a serem tratadas; a possibilidade de divisão ou consolidação de procedimentos; o enfrentamento o mais rápido quanto possível de matérias ligadas à competência (*jurisdiction*), medidas urgentes (*provisional measures*), prescrição e decadência (*statutes of limitation*), inclusive mediante a realização de audiências e decisões especiais para resolver essas questões; a gestão da participação no processo, controlando partes e intervenientes; a permissão ou determinação de emendas nos *pleadings* (pedidos e causas de pedir); a permissão ou determinação de complementação nos requerimentos de prova à luz das questões discutidas pelas partes; a possibilidade de ouvir as partes e seus advogados à qualquer tempo para esclarecer e informar o juízo sobre as questões relevantes de forma completa; o gerenciamento da prova, com o controle e a determinação da viabilidade, admissibilidade, forma, substituição da prova e a determinação ou não da *disclosure*, conforme ao estágio do procedimento.

Esse amplo catálogo permite a correlação entre as ordens de gerenciamento do caso e os princípios fundamentais acima descritos (adequação do procedimento ao caso ou casos, cooperação, proporcionalidade, estímulo à autocomposição), especificando uma série de condutas possíveis. Evidentemente quando lido à luz daqueles princípios é um catálogo de sugestões, não limitando, mas exemplificando no que consistem os deveres gerais de gerenciamento ativo do caso pelo juiz.

Uma outra questão, que fica clara na leitura, é que as aparentes contradições, por exemplo entre o estabelecimento de preclusão para alegações futuras<sup>64</sup> e a possibilidade de determinar ampliação dos *pleadings*<sup>65</sup> e determinar novas provas,<sup>66</sup> na verdade confirmam a amplitude dos poderes de gerenciamento do juiz e deixam evidente que o exercício desses poderes será conforme as circunstâncias do caso ou casos em análise. Há uma certa discricionariedade nas escolhas sobre como caminhar no procedimento, uma discricionariedade fraca, considerando a necessidade de estar de acordo com os objetivos gerais (*overriding goals*) e princípios.

As determinações da Corte poderão ser adotadas de ofício ou a requerimento das partes, caso as partes não sejam ouvidas anteriormente poderão requerer a sua reconsideração em audiência ou por escrito. O respeito às partes aparece também na estabilidade das medidas determinadas, que não devem ser alteradas quando as partes já manifestaram o acordo, salvo ocorra uma boa razão. A Corte manterá o poder de

gerenciamento dos casos e poderá alterar ou cancelar as determinações.<sup>67</sup>

Estes poderes gerais são completados por uma disciplina específica para o *collective redress*. A matéria está regulada especificamente e tem como regra geral as ações coletivas *opt-in*, ainda que reconheça a possibilidade de ações *opt-out*.<sup>68</sup>

Os procedimentos coletivos exigem uma atenção maior justamente para a definição dos legitimados adequados e a identificação e definição dos grupos atingidos ou envolvidos. Para evitar riscos como o desconhecimento da causa pelos membros do grupo são previstas regras específicas sobre a publicidade, determinando a comunicação obrigatória de situações como a remoção do legitimado, a modificação da descrição do grupo ou subgrupos, a oferta de acordos coletivos, as determinações judiciais ou julgamentos, as informações sobre o acesso a canais de tratamento da causa na *internet* (*secure electronic platform*),<sup>69</sup> os casos de abandono (*withdrawn*) ou resolução sem julgamento do mérito (*dismissal*) dos processos coletivos. A ERCP estabelece, ainda, um princípio de que a comunicação deve ser realizada de forma a atrair à atenção das pessoas afetadas da melhor maneira (*“best attract the attention”*), garantindo a participação como for conveniente (*“as they see fit”*).<sup>70</sup>

Há determinação expressa dos seguintes poderes adicionais: a remoção do legitimado (*qualified claimant*); a autorização de novo legitimado; a modificação da descrição do grupo atingido ou beneficiado com a tutela; a divisão do grupo em subgrupos e a determinação de legitimados adequados (*qualified claimants*) para cada grupo; a possibilidade de não resolver o mérito (*dismiss*) determinando o prosseguimento como demandas individuais na falta de um legitimado coletivo; a direção do grupo para que seja registrado de forma correta e a oitiva dos interessados no *case management* antes de determinar quais serão as medidas adotadas.<sup>71</sup>

<sup>67</sup> Ver Rule 50.

<sup>68</sup> Para uma crítica ver ZANETI JR., Hermes. “The Brazilian Experience from Over 40 Years of Collective Redress: Some Comments on the ERCP Collective Redress Rules from a Brazilian Perspective” In: STADLER, Astrid; JEULAND, Emmanuel; SMITH, Vincent. *Collective and Mass Litigation in Europe. Model Rules for Effective Dispute Resolution*. Cheltenham: Edward Elgar, 2020, p. 350 (propondo que “more room for flexibility and case management during the proceedings is needed. This includes the possibility to modify a certification/admissibility court order and choose more freely between *opt-in* and *opt-out*”, quando possível).

<sup>69</sup> Sobre a plataforma eletrônica segura como instrumento para o manejo eficiente das questões envolvendo o litígio, ver Rule 220.

<sup>70</sup> Ver Rule 219 (2).

<sup>71</sup> Ver Rule 218.

<sup>64</sup> Ver Rule 49.

<sup>65</sup> Ver Rule 49 (5)

<sup>66</sup> Ver Rule 49, (9).

Algumas das regras descritas nesta primeira parte estão espalhadas no direito brasileiro vigente, outras podem ser implementadas por interpretação ou por convenção, graças à ampla previsão de negócios processuais que existe em nosso ordenamento, é o que passamos a tratar.

### 3. O Caso Brasileiro: da rigidez à flexibilização?

O Brasil abraçou o movimento por um sistema de justiça civil com o uso proporcional de recursos, *case management* material e substancial, voltado para desenhar os procedimentos e deixar mais claras as questões que estão sendo tratadas no litígio.<sup>72</sup> Nesse sentido, estes objetivos são reforçados pela presença das normas fundamentais no início do Código.<sup>73</sup>

Se observarmos o Código de Processo Civil Brasileiro (CPC), o *case management* procedimental incide sobre aspectos ligados à adaptação do procedimento ao caso (por exemplo, calendários processuais,<sup>74</sup> cooperação judiciária interna,<sup>75</sup> reunião de processos para produção de prova<sup>76</sup> ou tratamento de casos repetitivos<sup>77</sup>). O *case management substancial*, por sua vez, incide sobre o tratamento do caso pelo juiz em conjunto com as partes (para a identificação das questões relevantes em análise,<sup>78</sup> assegurando a apresenta-

ção da prova e dos argumentos de fato,<sup>79</sup> assim como a correta identificação do direito,<sup>80</sup> inclusive com a vedação da decisão surpresa pelo juiz de forma a garantir o diálogo com as partes e seus advogados sobre teses não debatidas nos autos<sup>81</sup>).

No âmbito convencional os negócios processuais representam um aspecto importante da customização do processo pelas partes, o Código brasileiro prevê uma cláusula geral atípica de negócios processuais que permite uma ampla utilização dessa modalidade,<sup>82</sup> mas existem igualmente regras convencionais específicas, que importam no auxílio das partes ao juiz na preparação do julgamento do caso, a exemplo do saneamento processual convencional.<sup>83</sup>

Faz muito sentido com o que temos no ordenamento jurídico brasileiro, a partir de uma leitura constitucionalizada,<sup>84</sup> permitir essa ampla qualifica-

<sup>72</sup> Nesse sentido NYLUND, Case Management in a Comparative Perspective: Regulation, Principles and Practice, item 6, sublinhando *corretamente* o fato de que os poderes do juiz brasileiro são mais amplos e que o processo brasileiro pode ser nesse sentido *mais efetivo que um modelo excessivamente focado na atividade das partes (party-driven)*.

<sup>73</sup> As normas fundamentais determinam a interpretação conforme os valores e as normas constitucionais (art. 1º), o estímulo à autocomposição (art. 3º, § 3º), a efetiva, adequada e tempestiva satisfação das partes com julgamentos sobre o mérito da causa (art. 4º), a boa-fé (art.5º), a cooperação entre todos que atuam no processo (art. 6º) e o contraditório substancial compreendido como direito de influência e dever de debates, também para o juiz, de forma a evitar decisões surpresa (art. 10), todos do Código de Processo Civil de 2015 (CPC).

<sup>74</sup> Ver art. 191, CPC.

<sup>75</sup> Ver art. 69, CPC, comentando os aspectos desta norma revolucionária DIDIER JR., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional: Esboço de uma Teoria para o Direito Brasileiro (Arts. 67-69, CPC)*. Salvador: Juspodivm, 2020.

<sup>76</sup> Ver art. 69, § 2º, II, CPC.

<sup>77</sup> Ver art. 928, 976 ss. (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, técnica repetitiva para as Cortes de Apelação) e 1036 e ss. (Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos, meio de impugnação nas Cortes Supremas).

<sup>78</sup> Ver art. 357, § 3º, CPC (prevê o saneamento compartilhado e o esclarecimento do juiz com as partes).

<sup>79</sup> Ver art. 370 (poderes de determinação da prova de ofício pelo juiz) e 381 (produção antecipada de prova, voltada a estimular o acordo ou decidir pela viabilidade ou não da demanda no mérito).

<sup>80</sup> NYLUND, Anna. "Case Management in a Comparative Perspective: Regulation, Principles and Practice". *Revista de Processo*, vol. 292, p. 377-395, Jun. 2019 (apontando a complementariedade entre ambas as formas de *case management*).

<sup>81</sup> Ver Artigo 10, CPC (princípio da vedação da decisão surpresa, decisão que inova sobre a definição dos interesses em disputa, a questão de fato e de direito sem debate prévio com as partes).

<sup>82</sup> Artigos 190 e 200, CPC. Ver CABRAL, Antonio do Passo. "New Trends and Perspectives on Case Management." *International Journal of Procedural Law*, Volume 8, (2018), nº 1, p. 24 (considerando o conjunto de dispositivos cláusulas gerais de abertura do sistema para quaisquer acordos processuais atípicos e válidos); Em uma versão mais ampla, expandindo a análise do papel das Cortes e dos juízes e revisando o princípio do juiz natural sobre a atribuição e revisão, conferir, do mesmo autor, CABRAL, Antonio. "New Trends and Perspectives on Case Management: Proposals on Contract Procedure and Case Assignment Management". *Peking University Law Journal*, Vol. 6, Issue 1, p. 5-54, 2018.

<sup>83</sup> Ver Artigo 357, § 2º, CPC.

<sup>84</sup> Ver Artigo 1º, CPC (que determina a interpretação de todo o processo civil a partir dos valores e normas previstos na Constituição Brasileira de 1988) e, na doutrina, ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo. Do problema ao precedente. Da teoria do Processo ao Código de Processo Civil de 2015*. (2005). 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2021 (tratando da formação histórica do direito processual constitucional brasileiro como modelo híbrido de *common law* e *civil law*, desde a primeira República em 1891, influenciada pela constituição norte-americana). Essa influência explica inclusive a grande difusão da *judicial review* e da *public interest litigation* no Brasil, ver VIEIRA, Oscar Vilhena. "Public Interest Law: A Brazilian Perspective." *UCLA Journal of International Law*

ção das questões controvertidas de fato e de direito pelas partes e, também, pelo juiz. O Estado de Direito em países democráticos impõe que a melhor solução deve ser dada harmonicamente entre juízes e advogados, em uma abordagem liberal que se preocupa com os fins sociais do processo civil.<sup>85</sup>

A própria ideia de justiça ou *fairness* do processo está sendo adaptada a essas preocupações centrais. Em um sentido muito claro a ideia de *procedural fairness* deixa de ser apenas a justiça pelo procedimento e a segurança jurídica pelo procedimento. O Brasil constitucionalizou os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e é amplamente aceito pela doutrina que estes representam a dimensão substancial do devido processo legal.<sup>86</sup> O próprio Código de Processo Civil previu expressamente a proporcionalidade e a razoabilidade como normas fundamentais.<sup>87</sup>

Assim, a correção do procedimento não se mede apenas pela rigidez e pela estabilidade, esses valores são reconhecidos (processo é ordem), mas insuficientes se não estiverem conectados à capacidade de pro-

---

*and Foreign Affairs*, vol. 13, no. 1, Spring 2008, p. 219-262 (defendendo que a característica brasileira decorre da existência de um pensamento liberal progressista desde a segunda metade do séc. XIX e da adoção pela Constituição de 1988 de uma ampla gama de direitos fundamentais, protegidos judicialmente por instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública).

<sup>85</sup> ZANETI JR. (2014).

<sup>86</sup> ÁVILA, Humberto. "O que é 'devido processo legal'?". *Revista de Processo*, v. 163, set./2008 (afirmando que o direito constitucional brasileiro não tem necessidade do devido processo legal pela ampla aceitação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade). Na doutrina: MATTOS, Sergio Wetzel. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Importante citar, ainda, o RE n. 374.981, de 28.3.2005, publicado no Informativo do STF n. 381, pelo qual a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal extrai da cláusula geral do devido processo legal os deveres de proporcionalidade e razoabilidade, DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1, p. 67-72.

<sup>87</sup> Ver Artigo 8º, CPC. Assim, a dimensão substancial do processo justo estabelece que "um processo devido não é apenas aquele em que se observam exigências formais, devido é o processo que gera decisões jurídicas substancialmente devidas", sendo que a experiência jurídica brasileira assimilou a dimensão substancial como fundamento constitucional da proporcionalidade e da razoabilidade, com previsão expressa no art. 8º do CPC." ZANETI, Graziela Argenta. *Jurisdição Adequada para os Processos Coletivos Transnacionais*. São Paulo: RT, 2020, p. 123. Percebe-se, claramente a preocupação para além das garantias formais e materiais o acréscimo de preocupações éticas com o sistema de justiça e com a própria administração da justiça. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Ética e técnica del "giusto processo"*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 47-48.

teção das situações jurídicas em jogo, à proteção das pessoas e à efetiva solução dos conflitos. A correção formal dos procedimentos, sua rigidez e estabilidade não são mais considerados como valores absolutos em si. A tensão entre segurança e efetividade<sup>88</sup> é resolvida através do *case management* em cooperação.

### 3.1. A flexibilização no CPC/2015: princípios da cooperação, boa-fé e adequação

O Código de Processo Civil brasileiro não trouxe uma norma ampla sobre a flexibilização processual e *case management*.<sup>89</sup> Contudo, a combinação das normas fundamentais com as normas que tratam dos poderes do juiz e da relação entre o procedimento comum e os procedimentos especiais, permite reconhecer uma ampla adaptabilidade procedimental.

A adequação hoje é permeada por uma compreensão mais ampla do fenômeno da prestação jurisdicional. Impõe-se o gerenciamento dos casos diante do juiz a partir de elementos como sua maior ou menor complexidade, repetitividade etc.

A flexibilidade procedimental está expressamente mencionada no CPC, atribuindo-se ao juiz regras específicas para a gestão dos prazos processuais e para a ordem de produção da prova,<sup>90</sup> a utilização de técnicas dos procedimentos especiais no procedimento comum e vice-versa (passarelas procedimentais),<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> Sobre a tensão segurança e efetividade ver Carlos Alberto de Oliveira (2010, p. 6).

<sup>89</sup> Os poderes de flexibilização estavam previstos amplamente no projeto inicial mas não foram aprovados na versão final do Código, ver os Artigos 107, V, que permitia adequar as fases e os atos processuais as especificidades do conflito, e 151, § 1º, que permitia o ajuste dos procedimentos inadequados, sempre com o respeito ao contraditório, ambos com juízo positivo na melhor doutrina, ver MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC. Crítica e Propostas*. São Paulo: RT, 2010, p. 87/89.

<sup>90</sup> Ver Artigo 139, VI, CPC (permitindo expressamente ao juiz aumentar os prazos processuais antes do seu final, de ofício ou a requerimento das partes, quando necessário, e permitindo ao juiz alterar a ordem de produção das provas, por exemplo, antecipando a prova técnica).

<sup>91</sup> Ver Artigos 327, § 2º e 1049, parágrafo único, CPC. Ver DIDIER JR., Fredie. Art. 1.049. In.: Cássio Scarpinella Bueno (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, vol. 4, p. 644/645; DIDIER JR; Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas* (2018). 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020. Para CADIET (2011, p. 370), "The ideal is the 'made-to-measure' adjudicative way, that each affair is treated at its own rhythm. Urgent situations require immediate decisions, where the development of the summary procedures or by *ex parte* order; complex

além das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, como técnicas legislativas que permitem um espaço de discricionariedade regrada e exigem densificação<sup>92</sup>. A mesma lógica se aplica também para as partes, em especial pela previsão de negócios processuais atípicos.<sup>93</sup>

Ocorre uma passagem do procedimento ordinário rígido, garantista e voltado para a segurança jurídica, para o procedimento comum flexível, com a possibilidade de passarelas procedimentais e intercâmbio ou troca de técnicas processuais. Essas técnicas intercambiáveis, passíveis de serem utilizadas no procedimento comum<sup>94</sup> e nos próprios procedimentos especiais,

---

affairs calling for more care in the preparatory proceedings of the elements of debate than the simple files, where the institution of procedural circuits are at variable speed bringing on intervention of a specialized magistrate or not the proceedings must have the principal objective to have the most rapid solution and most appropriate one for the case on the merits, where the consecration of multiple passageways, passageway for the single judge towards the panel of judges, passageway to the summary judgment towards the merits on a set day. It is necessary to permit the adjustment of the procedure without going backwards, where also the appeal to the procedure of injunction, to pay or do, for a great efficiency, relies on the technique of inversion of the disputes.”

<sup>92</sup> DIDIER JR., Fredie. Art. 1.049. In.: Cássio Scarpinella Bueno (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, vol. 4, p. 644/645.

<sup>93</sup> CABRAL, Antonio. *Convenções Processuais: Teoria Geral dos Negócios Jurídicos Processuais* (2015). 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais* (2016). 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2019/2020, Tomos I e II. Em um recente histórico de flexibilização no Brasil, ver GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimento, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun. 2011; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008; CABRAL, Trícia Navarro Xavier, “Flexibilização procedimental”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Vol. 6, p. 150-153, 2010; SCHWERZ, Cahali Cláudia Elisabete. Gerenciamento de processos judiciais: em busca da efetividade da prestação jurisdicional. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013; CARVALHO, Fabiano, “O princípio da eficiência no processo coletivo: constituição, microsistema do processo coletivo e o novo código de processo civil,” in.: Milaré Édis (eds.), *Ação civil pública após 30 anos*, São Paulo, 2015.

<sup>94</sup> DIDIER JR., Fredie. Art. 1.049. In.: Cássio Scarpinella Bueno (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, (2017, vol. 4, p. 644/645).

passam a integrar um modelo direcionado para a resolução adequada do conflito.<sup>95</sup>

Essa adequação visa a permitir que o procedimento seja ajustado ao caso ou ao conjunto de casos, sujeitos e fins do processo. Os objetivos centrais de um sistema de justiça adequado devem ser voltados a garantir, portanto, a proporcionalidade entre o gasto público e privado na solução do conflito e a própria importância deste conflito, a celeridade na solução das causas e a justiça material e processual dessas decisões.

No Brasil a flexibilização pode ser defendida a partir do Código de Processo Civil de 2015 como um processo de “materialização do direito processual”,<sup>96</sup> um retorno às preocupações não só *objetivas*, mas *subjetivas e teleológicas do processo*.<sup>97</sup>

A segurança jurídica deve ser percebida, portanto, não como rigidez absoluta, mas como “ideal normativo de primeira grandeza” corporificado do início ao fim na Constituição Federal brasileira através dos ideais de “cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade normativas, tal é a ênfase que atribui à limitação do poder” e aos valores “de liberdade, de igualdade e de dignidade”.<sup>98</sup>

O fundamental, portanto, como ficou evidente, não é tanto a rigidez em si, a forma pela forma, mas o conhecimento prévio das regras e a participação das

---

<sup>95</sup> Sobre os diversos circuitos processuais do CPC/2015, MENDES, Paulo. *Segurança Jurídica e Processo*. São Paulo: RT, 2018; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; CABRAL, Antonio do Passo. *Por uma Nova Teoria dos Procedimentos Especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 77/81.

<sup>96</sup> CABRAL, Antonio do Passo. “Da Instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual”. *Civil Procedure Review*, v. 12, n. 2, maio-ago. 2021 (propõe o uso de mecanismos de auto proteção, *smart contracts* como Uber e acordos judiciais para exemplificar as relações entre direito material e processual); ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo. Do problema ao precedente. Da teoria do Processo ao Código de Processo Civil de 2015*. (2005). 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2021, cap. 5 (relação circular entre direito material e direito processual, superando e expandindo a ideia de “rapporto logico circolare” de CARNELUTTI, Francesco. “Profilo dei rapporti tra diritto e processo”. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 35, n. 4, p. 539-550, 1960).

<sup>97</sup> LACERDA, Galeno. “O Código como sistema legal de adequação do processo”. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, Edição Comemorativa do Cinquentenário 1926-1976. Porto Alegre, p. 161-170, 1976.

<sup>98</sup> Ver ÁVILA, Humberto. *Certainty in Law*. Basel: Springer International, 2016, p. 505 (ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 681/682).



partes e advogados em contraditório. A forma garantida com vistas a atingir a finalidade do processo.<sup>99</sup>

### 3.2. Case management judicial por precedentes?

Um olhar sobre as ferramentas de gestão no Brasil hoje pode ser interessante para perceber que as instituições de vértice do Poder Judiciário não estão alheias aos compromissos de celeridade, baixo custo e correção do sistema de justiça. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça estão aplicando cada vez mais precedentes no sentido de realizar o *case management* de casos complexos e permitir um tratamento mais adequado dos conflitos.

No caso do Supremo Tribunal Federal, Corte com a função de dar unidade a interpretação do direito constitucional e garantir a aplicação da Constituição de 1988, o tribunal tem demandas de interesse público (*public interest litigation*) determinando um tratamento mais amplo dos casos, com *structural injunctions*. Isso ocorreu no recente caso de risco de genocídio de povos indígenas em face da pandemia da Covid-19. Neste caso o Supremo Tribunal Federal reconheceu a ineficiência e inconstitucionalidade das políticas públicas governamentais e determinou a criação de uma sala de situação com as instituições envolvidas, a prestação de informações à Corte, a instalação de barreiras sanitárias e a desintrusão progressiva dos invasores das terras indígenas como medidas estruturais para evitar a mortandade em massa desses povos mais vulneráveis, customizando o processo.<sup>100</sup>

<sup>99</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Segurança Jurídica e Regras de Transição nos Processos Judicial e Administrativo*. Introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Juspodivm, 2020; CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3ª ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 663. No direito processual, afirmando esse caráter dinâmico (viés prospectivo) das preclusões processuais e apresentando a ideia de segurança não como rigidez estática, mas como *segurança continuidade*, decorrente de um sistema de estabilidades, afirma Antonio do Passo Cabral que o “vetor normativo da segurança continuidade jurídica faz com que a mudança de conteúdo das posições estáveis seja incorporada e acomodada ao tráfego jurídico, recuperando o valor de uma justiça procedimental sem abrir mão da estabilidade (...) no exame da estabilidade um viés prospectivo, não apenas direcionado ao passado mas preocupado também com as expectativas e prognoses futuras.” CABRAL, Antonio do Passo. *Segurança Jurídica e Regras de Transição nos Processos Judicial e Administrativo*. Introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Juspodivm, 2020.

<sup>100</sup> STF, Tribunal Pleno, ADPF 709 MC-Ref, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 5 August 2020, DJe 07/10/2020; para o contexto da decisão ver DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR.,

Um *case management* de um caso complexo que adequou o procedimento para a tutela do direito à saúde diante do comando constitucional e da omissão governamental.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, Corte com atribuição de dar unidade ao direito infraconstitucional no Brasil, tem realizado o *case management* através de precedentes na situação específica da concomitância entre demandas individuais e demandas coletivas ambientais e de consumo. No direito brasileiro não há litispendência entre demandas individuais e coletivas,<sup>101</sup> mas a Corte entendeu possível a suspensão por prejudicialidade das demandas individuais quando pendente de julgamento uma demanda coletiva (macrolide geradora de litígios multitudinários), sem prejuízo da tutela de urgência e com a conversão das demandas de conhecimento em pedidos de liquidação e execução após o julgamento da demanda coletiva<sup>102</sup>. A suspensão desses casos ligados aos mesmos fatos permite uma gestão mais adequada dos conflitos coletivos e seus impactos individuais.<sup>103</sup>

Hermes; PEIXOTO, Ravi. *Brazilian Precedents in Covid-19: Supreme Court Matters?* (forthcoming in a book edited by Bart Krans and Anna Nylund).

<sup>101</sup> Ver art. 94, Código de Defesa dos Consumidores (o sistema processual coletivo brasileiro não permite o bloqueio das demandas individuais, nem mesmo após a coisa julgada, pois não vincula negativamente o titular do direito individual, na doutrina essa característica é denominada coisa julgada *secundum eventum litis*, para referências ao processo coletivo brasileiro ver IDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo* (2007). 15ª ed. Vol. 4. Salvador: Juspodivm, 2021; Didier Jr. F, Zaneti Jr. H. “Las Acciones Colectivas y el Enjuiciamiento de Casos Repetitivos: dos Tipos de Proceso Colectivo en el Derecho Brasileño”, *International Journal of Procedural Law*, vol. 7, 2017; MARINONI, Luiz; ARENHART, Sergio Cruz. “Collective Tort Litigation and Due Process of Law: The Brazilian Experience.” *International Journal of Procedural Law*, vol. 4, no. 1, 2014, p. 42-61, criticando a falta de vinculatividade nas decisões coletivas brasileiras).

<sup>102</sup> Ver art. 313, V, (a), do CPC: “Quando a sentença de mérito depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente”.

<sup>103</sup> Em um caso que discutia os expurgos inflacionários da caderneta de poupança (Caso dos Poupadores, originário do Rio Grande do Sul, mas que atinge todo o território nacional) o Superior Tribunal de Justiça acatou a aplicação do art. 313 V, (a) CPC. Entendeu possível a suspensão de todas as ações individuais para julgar a ação coletiva, de maneira a evitar decisões contraditórias (REsp. n. 1.110.549-RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 10.28.2009). A decisão é uma clara forma de *case management* criada por precedente, desde então foi aplicada mais vezes pelo STJ (REsp 1353801/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques,

Esses dois exemplos são precedentes normativos formalmente vinculantes e criaram normas-precedente aplicáveis para casos análogos.<sup>104</sup> Criou-se poderes de *case management* para as Cortes a partir de precedentes.

#### 4. Considerações conclusivas

O *case management* é uma tendência, as ERCP indicam um caminho equilibrado. Os princípios da cooperação, da proporcionalidade e do estímulo a autocomposição reforçam os poderes do juiz e das partes na gestão dos casos para solução mais barata, rápida e justa dos conflitos.

As ERCP fortalecem esse ideário, especialmente se interpretadas como sugestões de boas práticas, indicando a correção de modelos processuais que procurem atender de forma mais inteligente aos desafios atuais dos sistemas de justiça contemporâneos.

É claro, contudo, que o ideal normativo nem sempre corresponde à realidade. Forças conservadoras, que observam no processo apenas garantias formais no interesse das partes, atuação profissional adversarial de advogados, que se beneficia dos formalismos

---

j.08.14.2013). Inclusive permitindo a conversão das ações individuais em liquidação e execução após o julgamento da ação coletiva (REsp 1189679/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 11.24.2010). Essa prática foi posteriormente reconhecida como positiva pela Recomendação CNJ nº 76 que orienta aos juízes na decisão de saneamento verificar e definir claramente “a existência eventual de conexão, continência, litispendência ou coisa julgada, em relação a outras demandas coletivas ou individuais e a possibilidade e conveniência de suspensão das ações individuais correlatas” (Art. 4º, IV). A mesma orientação aparece nos projetos de lei da nova ação civil pública, com maior ou menor detalhamento (ver Projetos de Lei 4.441/2020, 4.778/2020 e 1.641/2021).

<sup>104</sup> Ver ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. (2015). 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021 (com amplas referências à doutrina brasileira e aos impactos da recepção pelo CPC de elementos como vinculação horizontal e vertical, *ratio decidendi*, *material facts*, *distinguishing* e *overruling*, tradicionais à teoria dos precedentes). Para a compreensão dos precedentes vinculantes no Brasil: MITIDIERO, Daniel. “The Ideal Court of Last Report A Court of Interpretation and Precedent.” *International Journal of Procedural Law*, vol. 5, no. 2, 2015, p. 201-218. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. (2010) 4ª ed. São Paulo: RT, 2016; MITIDIERO, Daniel. “The Ideal Court of Last Resort. A Court of Interpretation and Precedent.” *International Journal of Procedural Law*, vol. 5, no. 2, 2015, p. 201-218 (MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, Da Jurisprudência ao Precedente* (2013). 3ª ed. São Paulo: RT, 2017; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes. Da Persuasão à Vinculação* (2016). 2ª ed. São Paulo: RT, 2017).

como mecanismo de evitar decisões mais efetivas, e, por último, mas não menos importante, o imobilismo de tradições arraigadas por práticas repetidas de maneira inconsciente, muitas vezes práticas não transparentes, que escondem o comodismo de manter tudo como está, são apenas alguns exemplos de desafios e armadilhas a serem enfrentados.

Um grande desafio, na perspectiva oposta, é não tornar o discurso do gerenciamento dos casos uma forma de negar o acesso à Justiça, como valor fundamental das sociedades democráticas.<sup>105</sup>

Como se percebe, os maiores desafios são os culturais, mudar os hábitos de juízes e advogados não é uma tarefa fácil e leva tempo. Contudo, uma tradição é sempre informação compartilhada<sup>106</sup> e muda na medida que muda a informação sobre como se deve atuar profissionalmente.

Os profissionais do direito são *repeat players*, o que facilita a gestão da informação e a passagem de uma nova cultura. As ERCP integram, assim, um movimento de reforço para a mudança da tradição de rigidez formal dos procedimentos, em benefício do gerenciamento mais efetivo e eficiente dos conflitos e da tutela de direitos.

Por fim, uma crítica geral se pensarmos na atualidade, as ERCP não lidam com as novas tendências tecnológicas da maneira como se esperaria após a virada e a aceleração causada pela pandemia de Covid-19. Somente agora, com o impulso que tivemos durante a pandemia, esse tema assumirá seu verdadeiro espaço.

O Brasil encara atualmente o processo de digitalização, transformação e impactos da inteligência artificial (IA) no sistema de justiça. Não há dúvida que se trata de importante aspecto para o futuro da justiça e de seus profissionais, mas há ainda preocupação sobre seus riscos para o acesso à justiça pelos mais vulneráveis. Até mesmo em países europeus, há a necessidade de enfoque de serviços públicos judiciais voltados àqueles que não possuem meios de acessar à justiça por si mesmos, como grupos hipervulneráveis e digitalmente excluídos. O *case management* com uso de novas tecnologias e de abordagens disruptivas precisa observar os mesmos valores discutidos aqui, dando abertura para discussões mais profundas em uma próxima oportunidade de debates.

---

<sup>105</sup> WOO, Margaret, *Case Management or Case Elimination: A Snapshot from North America*, *passim*.

<sup>106</sup> GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law* (2000). 5ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 2-3 (descrevendo a contínua transferência de informação entre tradições).

# O PROCEDIMENTO DE ÁRBITRO DE EMERGÊNCIA

Submetido em 27.04.2022

Aceite em 19.05.2022

Filipa Ferraz

**Sumário:** 1. Origem do Procedimento de Árbitro de Emergência; 2. O Árbitro de Emergência; 3. O procedimento de árbitro de emergência; 3.1 Medidas provisórias; 3.2 A regulamentação do procedimento nas várias instituições arbitrais; 4. Exequibilidade das decisões proferidas pelo árbitro de emergência; 4.1. À luz das *lex arbitrii*; 4.2. À luz da Convenção de Nova Iorque; 4.2.1. Ordem ou Sentença?; 4.2.2. Definitividade à luz da Convenção de Nova Iorque; 5. Competência Concorrente dos Tribunais Estaduais; 6. Meios Alternativos de Resolução de Litígios previstos na convenção de arbitragem; 6.1. A previsão de mediação; 6.2 Em arbitragem de construção; 7. Em sede de arbitragem de investimento; Conclusão.

## 1. Origem do Procedimento de Árbitro de Emergência

A Câmara de Comércio Internacional (CCI) lançou o *Pre-Arbitral Referee* (Procedimento Cautelar Pré-Arbitral) em 1 de janeiro de 1990 - figura precursora do procedimento de árbitro de emergência - que ainda hoje pode ser incluído pelas partes na convenção de arbitragem. A decisão neste procedimento é proferida por um terceiro ordenador ("*Referee*") e tem natureza provisória<sup>1</sup>. O Presidente da CCI nomeia esse terceiro, a não ser que as partes o escolham por mútuo acordo.

A CCI optou por não incorporar o Procedimento Cautelar Pré-Arbitral junto das suas Regras de Arbitragem, tendo criado este mecanismo em sistema de *opt-in*. Ou seja, para o Procedimento Cautelar Pré-Arbitral poder ser acionado pelas partes era necessário que estas últimas tivessem expressamente incluído a aplicabilidade deste mecanismo na convenção de arbitragem, não bastando a mera previsão de aplicação das Regras da CCI. Se as partes não tivessem expressamente incluído a aplicação das regras do Procedimento Cautelar Pré-Arbitral na convenção de arbitragem, não poderiam vir, mais tarde, em sede de procedimento arbitral solicitar a sua aplicabilidade, restando-lhes necessariamente o recurso aos Tribunais estaduais para fazer valer as suas pretensões de natureza provisória. O decisor pode decretar medi-

das que sejam necessárias para assegurar os direitos das partes: (i) medidas conservatórias ou reparatórias com caráter de urgência, seja para prevenir um dano iminente ou um prejuízo irreparável, e, dessa forma, salvaguardar quaisquer direitos ou bens de uma das partes; (ii) ordens de pagamento; (iii) medidas de conservação de provas, entre outras<sup>2</sup>.

O caráter executório da decisão do *Referee*, isto é, saber se a decisão pode ser reconhecida e executada em várias jurisdições, nos termos da Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 10 de junho de 1958 ("*Convenção de Nova Iorque*") não é evidente, porque a Convenção exige que a decisão a reconhecer e executar seja uma sentença e com caráter definitivo. No Caso *República do Congo vs. Total E&P (TEP) Congo*, a *Cour d'Appel* de Paris, no acórdão de 29.04.2003, apreciando a ação de anulação de ordem do *Referee* a uma das partes para prosseguir com a execução do contrato, decidiu que as decisões de um *Referee* não têm natureza de sentença ou de laudo arbitral porque as Regras do Procedimento Cautelar Pré-Arbitral se referem expressamente a um terceiro decisor e não a um árbitro. Por isso, como a decisão não foi proferida por um árbitro, o Tribunal entendeu que esta última tinha apenas natureza contratual, e, portanto, era insuscetível de ser objeto de uma ação de anulação arbitral. Esta decisão, que espelha a posição da maioria da

<sup>1</sup> Cf. Preâmbulo do Regulamento do Procedimento Cautelar Pré-Arbitral.

<sup>2</sup> Cf. artigo 2.1 do Regulamento do Procedimento Cautelar Pré-Arbitral.

doutrina francesa<sup>3</sup>, teve um impacto grande no seio da comunidade internacional.

O Procedimento Cautelar Pré-Arbitral não logrou alcançar o êxito que a CCI preconizava que atingisse: o primeiro caso foi decidido somente no ano de 2001, e, até 2014, foram apresentados apenas dez pedidos de aplicação junto da CCI<sup>4</sup>. No entanto, apesar da fraca adesão a este mecanismo e do seu insucesso, algumas das suas características foram, mais tarde, utilizadas no procedimento de árbitro de emergência, tais como a urgência e celeridade no processo e a existência de um único decisor.

Em 1999, o *International Centre for Dispute Resolution* ("ICDR"), divisão internacional da American Arbitration Association ("AAA"), publicou as *Optional Rules for Emergency Measures of Protection*. Tal como as regras do Procedimento Cautelar Pré-Arbitral da CCI, foram instituídas através do sistema de *opt-in*, e, por isso, não tiveram grande sucesso junto da comunidade arbitral<sup>5</sup>.

A determinado momento deu-se uma total mudança de paradigma, tendo-se entendido que se deveria passar de um sistema de *opt-in* para um sistema de *opt-out*, para contornar a não adesão expressa das partes às regras e para tentar ultrapassar o obstáculo que existia no reconhecimento e execução da decisão devido à natureza contratual da decisão do *Referee*. As instituições arbitrais decidiram criar regras para o procedimento de árbitro de emergência - ao invés de aproveitarem simplesmente as regras do Procedimento Cautelar Pré-arbitral reformando-as para um sistema de *opt-out* - contribuindo de forma decisiva para o reforço da tutela cautelar arbitral antes da constituição do Tribunal Arbitral<sup>6</sup>. Em sistema de *opt-out*,

as partes têm de decidir expressamente pela retirada das disposições sobre o procedimento de árbitro de emergência previstas nas regras da instituição arbitral, sob pena de, no silêncio das partes, se considerarem incluídas na convenção de arbitragem, e, portanto, aplicáveis.

Algumas instituições arbitrais vieram dispor que apenas se aplicavam as regras do procedimento de árbitro de emergência às convenções de arbitragem celebradas após a inclusão no regulamento da instituição arbitral e entrada em vigor dessas regras, exceto se as partes tivessem expressamente previsto a aplicação das disposições do Regulamento da instituição arbitral na versão em vigor no momento do litígio, cf. por exemplo, o artigo 29, n.º 6, a) das Regras da CCI e o artigo 9.14 das Regras da LCIA. Já as regras da SCC previram uma solução diferente, optando por estabelecer a aplicação das regras do procedimento de árbitro de emergência em vigor no momento do início do processo arbitral a todos os procedimentos que se iniciem após a entrada em vigor das disposições do procedimento de árbitro de emergência e independentemente da data da convenção de arbitragem.

## 2. O Árbitro de Emergência

O árbitro de emergência deve ser um árbitro único na maioria dos regulamentos das instituições arbitrais, independentemente de as partes terem disposto em sentido diferente na convenção de arbitragem<sup>7</sup>. O árbitro de emergência deve também ser independente, imparcial e competente e ter a capacidade de compreender rapidamente as questões em causa e de organizar de forma eficiente a tramitação do procedimento, garantindo a conclusão do mesmo em prazos especialmente curtos.

Por regra, são as instituições arbitrais que nomeiam o árbitro de emergência, sob pena de o procedimento

<sup>3</sup> MONIKA FEIGERLOVÁ, "Emergency Measures of Protection in International Arbitration", *International and Comparative Law Review*, 2018, Volume 18, no. 1, p. 160.

<sup>4</sup> ANDREA CARLEVARIS & JOSÉ RICARDO FERIS, "Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: the First Ten Cases", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Volume 25, no. 1, 2014, p. 3.

<sup>5</sup> RAFAEL DEAN BROWN, "Challenging the Enforcement of Emergency Arbitrator Decisions", *Kuwait International Law School Journal*, Volume 8, Issue 3, September 2020, p. 44.

<sup>6</sup> MONIKA FEIGERLOVÁ, "Emergency Measures of Protection in International Arbitration", *International and Comparative Law Review*, 2018, Volume 18, no. 1, p. 160.

As regras do procedimento de árbitro de emergência previstas nos regulamentos das principais instituições arbitrais entraram em vigor em: 1 de maio de 2006 para as normas do Regulamento do ICDR da *American Arbitration Association* ("AAA"); 1 de janeiro de 2010 para as normas previstas no Regulamento da *Stockholm Chamber of Commerce* ("SCC"); 1 de julho de 2010 para as normas previstas no Regulamento do *Singapore International Arbitration Centre* ("SIAC"); 1 de janeiro de 2012 para

as normas do Regulamento da *Câmara de Comércio Internacional* (CCI) e em 2013 as normas do Regulamento do Hong Kong International Arbitration Centre ("HKIAC") e 1 de outubro de 2014 para as normas do Regulamento da *London Court of International Arbitration Rules* ("LCIA"). Em Portugal, nos dois principais centros de arbitragem, desde 1 de outubro de 2014 entraram em vigor as normas do procedimento de árbitro de emergência do Regulamento do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa ("CAC CCIP") e desde 1 de junho de 2015, as disposições do Regulamento de Arbitragem do Instituto de Arbitragem Comercial do Porto sobre o procedimento de árbitro de emergência.

<sup>7</sup> Cf. artigo 29.º e artigo 2.º do Anexo V das Regras da CCI; Anexo 1 das Regras do SIAC; artigo 9B das Regras do LCIA; artigo 4.º do Anexo 1 ao Regulamento do CAC CCIP.

perder a sua utilidade, porque não seria viável aguardar pela concordância das partes em relação ao árbitro escolhido<sup>8</sup>.

Na generalidade das regras das instituições arbitrais, o árbitro de emergência dispõe de poderes idênticos aos do tribunal arbitral em sede cautelar, podendo apenas decidir em concreto sobre a medida cautelar requerida. A jurisdição do árbitro de emergência termina a partir da prolação da decisão sobre a medida provisória e a constituição do tribunal arbitral.

A grande maioria dos Regulamentos das Instituições Arbitrais prevê que o árbitro de emergência não pode ser nomeado para integrar o painel do Tribunal Arbitral no processo arbitral. Esta solução prevista pretende evitar a designação do árbitro de emergência como árbitro no processo principal por já ter tido tomado conhecimento do processo. Tal como alguma doutrina<sup>9</sup>, consideramos fazer sentido que esta regra possa ceder quando ambas as partes estiverem de acordo que a causa principal seja decidida por árbitro único e que esse árbitro seja o árbitro de emergência, tendo em vista “a qualidade da decisão do árbitro de emergência no julgamento da medida cautelar, o seu conhecimento do caso, a celeridade e eficiência da sua atuação, entre outras”<sup>10</sup>.

A competência do árbitro de emergência difere da competência do Tribunal Arbitral, porque o Tribunal Arbitral mantém-se competente para decidir o litígio principal após ter proferido decisão sobre medidas cautelares. Comparativamente aos juízes estaduais, o árbitro de emergência dispõe de alguma flexibilidade no decretamento da providência cautelar. Com efeito, o árbitro de emergência goza de uma certa liberdade para conformar a tramitação do procedimento arbitral: pode optar por realizar a audiência através de meios de comunicação à distância; dispensar a realização da audiência e decidir com base nas peças e na documentação apresentada pelas partes; limitar os depoimentos das testemunhas a um determinado limite temporal, etc., com vista a obter uma decisão célere e eficiente. Porém, deve sempre ser garantido

o direito ao exercício do contraditório pela contraparte, exceto em caso de decretamento de ordens preliminares.

O árbitro de emergência elabora um cronograma processual, logo após a sua nomeação, para definir a tramitação do procedimento, escolhendo os atos processuais a realizar e as datas nas quais irão decorrer<sup>11</sup>. O árbitro de emergência pode recusar os pedidos de produção de prova documental em poder da contraparte e as peças processuais escritas podem ser limitadas em número, extensão e objeto, com vista à resolução rápida e eficiente do litígio<sup>12</sup>.

O árbitro de emergência tem natureza contratual porque resulta da vontade das partes plasmada na convenção de arbitragem, e, tem natureza jurisdicional de acordo com as regras das instituições arbitrais. Por isso, e como aponta Santa Croce, a definição de árbitro de emergência deve incorporar a natureza contratual e jurisdicional<sup>13</sup>.

As jurisdições que valorizam a vontade das partes e que adotaram uma política de *favor arbitrandum*, como é o caso da jurisdição norte-americana, irão muito provavelmente considerar que o árbitro de emergência é um árbitro<sup>14</sup>. Porém, as jurisdições como a francesa, que interpretam de forma restrita o conceito de árbitro, poderão considerar que um árbitro de emergência não é um árbitro, se não estiver definido como tal na convenção de arbitragem, com base na legislação arbitral nacional ou na Convenção de Nova Iorque. Já noutras jurisdições, como é o caso de Hong Kong e de Singapura que na definição de árbitro nas suas leis de arbitragem incluíram o árbitro de emergência, não irão em princípio ter de decidir sobre a natureza do árbitro de emergência<sup>15</sup>. Alguma doutrina

<sup>8</sup> NATÁLIA DE CARVALHO RIBEIRO, *O árbitro de emergência: uma análise do instituto sob o viés da prática internacional e do contexto brasileiro*, Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito, Rio de Janeiro, Novembro 2016, p. 8.

<sup>9</sup> JOAQUIM SHEARMAN DE MACEDO, “O árbitro de emergência”, *Estudos em Homenagem a Rui Pena*, Almedina, 2019, p. 463 e CÉCILE CHAINAIS & CHARLES JAROSSON, “L’Urgence avant la constitution du Tribunal Arbitral” in STEFANO AZZALI, SÉBASTIEN BESSON, ANDREA CARLEVARIS, CÉCILE CHAINAIS, CHARLES JAROSSON, GUY KEUTGEN, DIDIER MATRAY, ANDREAS REINER, PIERRE TERCIER, FRANÇOISE VIDTS, *L’Arbitre International et l’Urgence*, Bruylant, 2014, p. 89.

<sup>10</sup> JOAQUIM SHEARMAN DE MACEDO, “O árbitro de emergência”, in *Estudos em Homenagem a Rui Pena*, Almedina, 2019, p. 463.

<sup>11</sup> Cf. artigo 5.º do Anexo V das Regras da CCI; artigo 7.º do Anexo 1 das Regras do SIAC; artigo 6.º do Anexo 1 ao Regulamento do CAC CCIP.

<sup>12</sup> JOAQUIM SHEARMAN DE MACEDO, “O árbitro de emergência”, *Estudos em Homenagem a Rui Pena*, Almedina, 2019, p. 457.

<sup>13</sup> Santacroce define árbitro como: “[a]n independent and impartial third subject entrusted by the parties with the resolution of their dispute, who will exercise his task in an adjudicatory manner and whose decision will yield the effects of a judgement rendered by state courts” in FABIO SANTACROCE, “The Emergency Arbitrator: A Fully-fledged Arbitrator Rendering an Enforceable Decision?”, *Arbitration International*, no. 2, 2015, n. 114, p. 213 apud RAFAEL DEAN BROWN, “Challenging the Enforcement of Emergency Arbitrator Decisions”, *Kuwait International Law School Journal*, Volume 8, Issue 3, September 2020, p. 70.

<sup>14</sup> RAFAEL DEAN BROWN, “Challenging the Enforcement of Emergency Arbitrator Decisions”, *Kuwait International Law School Journal*, Volume 8, Issue 3, September 2020, p. 67.

<sup>15</sup> RAFAEL DEAN BROWN, “Challenging the Enforcement of Emergency Arbitrator Decisions”, *Kuwait International Law*

na considera que o artigo 17.<sup>o</sup>-H da Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (“Lei-Modelo da UNCITRAL” ou “Lei-Modelo”) tende a considerar o árbitro de emergência como um árbitro, devido ao artigo 2.<sup>o</sup>, b) da Lei-Modelo que define tribunal arbitral como o tribunal constituído por um só árbitro ou um painel de árbitros. Porém, a Lei-Modelo não inclui de forma expressa o árbitro de emergência no conceito de tribunal arbitral<sup>16</sup>.

Geralmente, o árbitro vê a sua responsabilidade limitada na maioria dos regulamentos das instituições arbitrais, não sendo responsável por quaisquer atos ou omissões relacionadas com uma arbitragem, salvo na medida em que tal limitação de responsabilidade seja proibida pela lei aplicável<sup>17</sup>.

Os Tribunais Arbitrais não se encontram vinculados pela decisão do árbitro de emergência e são livres de a revogar ou alterar, se assim o entenderem, tal como os juizes dos tribunais estaduais não se encontram vinculados em sede de ação principal pela decisão tomada pelo juiz em sede de procedimento cautelar.

Tem-se observado, com alguma frequência, que a avaliação preliminar efetuada pelo árbitro de emergência aos pontos fortes e fracos de cada uma das posições das partes em litígio pode conduzir à resolução do litígio por via de transação.

O árbitro de emergência não dispõe de poderes coercitivos. Porém, a contraparte tem todo o interesse em cumprir com a medida provisória decretada, para não prejudicar a sua imagem junto do Tribunal Arbitral<sup>18</sup>. Para além das “*adverse inferences*” que resultam da formação de uma opinião negativa sobre a parte incumpridora pelo Tribunal Arbitral a constituir, causada pelo não acatamento da decisão do árbitro de emergência, algumas instituições arbitrais preveem nos seus regulamentos a possibilidade de aplicação de sanções para o incumprimento das decisões proferidas pelo árbitro de emergência, que podem consistir num pedido indemnizatório.

---

*School Journal*, Volume 8, Issue 3, September 2020, p. 67.

<sup>16</sup> MIKA SAVOLA, “Interim Measures and Emergency Arbitrator Proceedings”, *Croatia Arbitration Yearbook*, 2016, Volume 23, pp. 93-94.

<sup>17</sup> Cf. por exemplo, artigo 48.<sup>o</sup> do Regulamento do CAC CCIP.

<sup>18</sup> ERIC. A SCHWARTZ, “The Practices and Experience of the ICC Court”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin: Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, 1993, p. 59 apud MIKA SAVOLA, “Interim Measures and Emergency Arbitrator Proceedings”, *Croatia Arbitration Yearbook*, 2016, Vol. 23, p. 87: “Parties seeking to appear before the arbitrators as good citizens who have been wronged by their adversary will generally not wish to defy instructions given to them by those whom they wish to convince of the justice of their claims”.

Contudo, na verdade, o Tribunal Arbitral está bastante limitado na apreciação das “*adverse inferences*” porque continua obrigado a decidir o litígio de acordo com a lei e com a prova produzida, sob pena de os árbitros que compõem o Tribunal Arbitral se afastarem do seu mandato de árbitro e da obrigação de resolver o litígio de forma imparcial<sup>19</sup>.

### 3. O procedimento de árbitro de emergência

#### 3.1 Medidas provisórias

As leis de arbitragem e os regulamentos das instituições arbitrais não definem os tipos de medidas que podem ser decretadas pelos árbitros de emergência, nem preveem os pressupostos de decretamento das medidas provisórias, à exceção da Lei-Modelo da UNCITRAL e das jurisdições que se tenham inspirado na Lei-Modelo. Com efeito, a Lei-Modelo da UNCITRAL no artigo 17.<sup>o</sup>-A pretendeu harmonizar os requisitos de decretamento de medidas provisórias e assegurar a tutela cautelar dos direitos das partes. Contudo, para além de o artigo 17.<sup>o</sup>-A ser criticado pela doutrina, por razões de incompletude<sup>20</sup>, ainda não se encontram à vista os resultados dessa harmonização.

A Lei de Arbitragem Voluntária (“LAV”)<sup>21</sup> é uma das leis de arbitragem que apresenta requisitos de decretamento de providências cautelares, tendo sido através da Lei n.<sup>o</sup> 63/2011, de 14 de dezembro que se consagrou a possibilidade de o Tribunal Arbitral proferir medidas provisórias<sup>22</sup>. Com efeito, a Lei n.<sup>o</sup> 31/86 omitiu qualquer referência à emissão de providências cautelares no âmbito de um processo arbitral, debatendo-se, até 2011, na doutrina portuguesa, se os tribunais arbitrais podiam ou não apreciar e decidir providências cautelares<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, 2<sup>nd</sup> Edition, Kluwer, 2014, p. 2448.

<sup>20</sup> GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, 2<sup>nd</sup> Edition, Kluwer, 2014, p. 2466.

<sup>21</sup> Cf. Lei n.<sup>o</sup> 63/2011, de 14 de dezembro.

<sup>22</sup> Opção inovadora do legislador, cf. ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A Reforma da Lei de Arbitragem Voluntária”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Almedina, 2009, p. 27.

<sup>23</sup> JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Tribunal Arbitral e providências cautelares”, *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria*, Almedina, 2008, pp. 100 e seguintes; JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “As providências cautelares e a arbitragem: em que estamos?”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume III, Almedina, pp. 660 e seguintes; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, Almedina, 2015, pp. 223 e seguintes apud ELSA DIAS OLIVEIRA, *Arbitragem Voluntária: Uma Introdução*, Almedina, 2021, p. 101.

No caso português, a LAV no artigo 20.º, n.º 2 define providência cautelar como uma medida de caráter temporário, decretada por sentença ou decisão com outra forma, pela qual, em qualquer altura antes de ser proferida a sentença que dirima o litígio, o tribunal ordene a uma parte que:

“a) Mantenha ou restaure a situação anteriormente existente enquanto o litígio não for dirimido;

b) Pratique atos que previnam ou se abstenha de praticar atos que provavelmente causem dano ou prejuízo relativamente ao processo arbitral;

c) Assegure a preservação de bens sobre os quais uma sentença subsequente possa ser executada;

d) Preserve meios de prova que possam ser relevantes e importantes para a resolução do litígio.”

Para as providências cautelares do tipo previsto nas alíneas a) a c), a LAV exige a verificação do *periculum in mora*, *fumus bonni iuris* e juízo de proporcionalidade, requisitos idênticos aos pressupostos de decretamento das providências cautelares nos tribunais estaduais<sup>24</sup>, cf. artigo 21.º, n.º 1 da LAV. As finalidades destas medidas são as que tradicionalmente se associam às providências cautelares dos tribunais estaduais: medidas antecipatórias ou conservatórias<sup>25</sup>. Já no que respeita a providências cautelares de preservação de meios de prova previstas na alínea d), o artigo 21.º, n.º 3 da LAV permite que os requisitos de *periculum in mora*, *fumus bonni iuris* e o juízo de proporcionalidade se apliquem apenas na medida que o tribunal considere adequado. Trata-se de uma medida cautelar que reflete as especificidades do processo arbitral<sup>26</sup>.

A maior parte das leis de sede da arbitragem não prevê os requisitos de decretamento das providências cautelares, colocando-se a questão de saber qual a fonte dos pressupostos de decretamento de medidas provisórias que o árbitro de emergência deverá observar. Gary Born<sup>27</sup> entende que não se deve concluir que a lei da sede da arbitragem é a lei adequada para providenciar os requisitos de decretamento das medidas provisórias, devendo recorrer-se a outras fontes para obter os requisitos de decretamento.

A comunidade arbitral, doutrina e jurisprudência não aconselham o recurso às regras de processo civil

das diferentes jurisdições para obtenção dos requisitos de decretamento de medidas cautelares, porque consideram não ser adequado o recurso a regras de processo civil em arbitragem, atendendo a que: (i) os tribunais estaduais não dispõem nem exercem os seus poderes da mesma forma que o Tribunal Arbitral, (ii) esse recurso retiraria autonomia e segurança à arbitragem, (iii) não contribui para a harmonização da arbitragem internacional<sup>28</sup>.

Como salienta Gary Born, o recurso às normas previstas na lei que disciplina a relação contratual existente entre as partes para apuramento dos pressupostos de decretamento das medidas provisórias também não é adequado, pois é duvidoso que as partes tenham pretendido que essa lei regulasse o decretamento das medidas provisórias<sup>29</sup>. Ademais, esses requisitos previstos na lei do contrato têm natureza material, enquanto os requisitos de decretamento de providências cautelares são de natureza processual.

Por isso, George Bermann considera que a tutela provisória, não tendo natureza puramente processual ou material, ocupa um espaço cinzento, consistindo numa *twilight-issue*, na qual, os tribunais e os advogados não conseguem encontrar orientação na convenção de arbitragem, na *lex arbitrii* ou nas regras da instituição de arbitragem escolhida pelas partes<sup>30</sup>. Assim, cabe ao árbitro de emergência decidir consoante o que considere apropriado em face das circunstâncias particulares de cada caso e tendo em conta a prática internacional.

De facto, os standards internacionais, moldados pelo próprio tribunal arbitral, têm sido considerados por vários autores<sup>31</sup> e pela jurisprudência, a fonte mais adequada dos pressupostos de decretamento das me-

<sup>28</sup> GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, 2<sup>nd</sup> Edition, Kluwer, 2014, p. 2464.

<sup>29</sup> GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, 2<sup>nd</sup> Edition, Kluwer, 2014, p. 2465.

<sup>30</sup> Cf. <https://www.qmul.ac.uk/law/events/items/twilight-issues-in-international-arbitration.html> apud MARIANA FRANÇA GOUVEIA & IÑAKI CARRERA, “Choice of Law in interim measures issued by emergency arbitrators – Award on Emergency Measures, Arbitration SCC EA 2018/007, 5 February 2018”, *PLMJ Arbitration Review*, n.º 3, 2018, p. 28.

<sup>31</sup> GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, 2<sup>nd</sup> Edition, Kluwer, 2014, p. 2466, CHRISTOPHER BOOG, “Interim Measures in International Arbitration”, in M. Arroyo (ed.), *Arbitration in Switzerland, The Practitioner’s Guide*, Kluwer, 2013, p. 1357 apud SEBASTIEN BESSON, “Les Mesures Provisoires et Conservatoires dans la Pratique Arbitrale” in STEFANO AZZALI, SÉBASTIEN BESSON, ANDREA CARLEVARIS, CÉCILE CHANAIS, CHARLES JAROSSON, GUY KEUTGEN, DIDIER MATRAY, ANDREAS REINER, PIERRE TERCIER, FRANÇOISE VIDTS, *L’Arbitre International et l’Urgence*, Bruylant, 2014, p. 40.

<sup>24</sup> MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei da Arbitragem Comentada*, Almedina, 2018, 2.ª Edição, p. 104.

<sup>25</sup> ELSA DIAS OLIVEIRA, *Arbitragem Voluntária: Uma Introdução*, Almedina, 2021, p. 103.

<sup>26</sup> ELSA DIAS OLIVEIRA, *Arbitragem Voluntária: Uma Introdução*, Almedina, 2021, p. 104.

<sup>27</sup> GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, 2<sup>nd</sup> Edition, Kluwer, 2014, p. 2464.

didadas provisórias<sup>32</sup>. A pertinência dos standards resulta do facto de serem moldados pelos tribunais em arbitragens internacionais e aplicados em arbitragens domésticas e internacionais sediadas pelo mundo inteiro<sup>33</sup>. Esses standards internacionais consistem em: (i) *fumus boni iuris*, (ii) prejuízo irreparável e (iii) juízo de proporcionalidade (para aferir se a possível lesão causada pela medida requerida é proporcional à vantagem que o Requerente tirará do decretamento da medida provisória). Aos quais acresce, em alguns tipos de medidas provisórias, a (iv) urgência, apesar de já se encontrar de alguma maneira prevista no *periculum in mora*.

Podem ainda ser acrescentados pressupostos de decretamento em alguns tipos de medida requeridas, pois, como aponta Savola<sup>34</sup> não há uma solução “*one-size-fits-all*” de standards que se apliquem ao decretamento de medidas provisórias, dado as medidas servirem diferentes propósitos. O recurso aos standards internacionais garante a uniformidade nos pressupostos de decretamento de medidas provisórias, independentemente do local da sede da arbitragem e da lei de arbitragem e do regulamento da instituição arbitral aplicáveis.

Consideramos, tal como alguma doutrina<sup>35</sup> que se a *lex arbitri* ou as regras da instituição arbitral previrem os pressupostos de decretamento das medidas provisórias requeridas, o árbitro de emergência deverá seguir esses mesmos pressupostos. No entanto, se forem omissas, como sucede na maioria dos casos, o árbitro de emergência deverá aplicar os standards internacionais, desde que sejam consistentes com as expectativas razoáveis das partes.

Na prática, apesar de a arbitragem internacional pretender uma abordagem internacional que não importe os standards existentes aplicados nos tribunais do local da arbitragem, a falta de standards explícitos poderá levar os árbitros a recolher na lei processual e na jurisprudência nacional alguma orientação<sup>36</sup>. Na

verdade, os requisitos de decretamento das medidas provisórias arbitrais passam, muitas vezes, pela apreciação dos mesmos requisitos de decretamento de medidas cautelares pelos tribunais estaduais.

Por via de regra, as medidas provisórias decretadas por um árbitro de emergência não são vinculativas para terceiros, em virtude da natureza contratual do procedimento de árbitro de emergência<sup>37</sup>. Por isso, caso a medida cautelar urgente envolva algum tipo de solicitação a terceiros ou a entidades, como por exemplo, bancos, entidades financeiras, órgãos ou entidades públicas, deverá a medida provisória ser requerida junto dos tribunais estaduais para poder alcançar a efetividade pretendida pela parte requerente<sup>38</sup>.

Geralmente, os árbitros de emergência não irão decretar medidas provisórias *ex parte* (sem concederem o direito de audiência/contraditório à contraparte, não sendo a contraparte notificada do requerimento de solicitação do procedimento de árbitro de emergência)<sup>39</sup>, mesmo nos casos de providências urgentes em que seja necessário surpreender a contraparte.

Sendo certo que, se a *lex arbitri* seguir o artigo 17.º-B, n.º 2 da Lei-Modelo da UNCITRAL, com as alterações introduzidas em 2006, é possível, em circunstâncias excepcionais, o decretamento de ordens preliminares (medida cautelar provisória sem direito ao contraditório da contraparte), desde que o Tribunal considere que a divulgação prévia do pedido de providência cautelar à contraparte cria o risco de frustração da utilidade da providência<sup>40</sup> e que a realização da audiência prévia do requerido antes da emissão da ordem preliminar pode prejudicar a própria finalidade da providência cautelar que lhe está associada.

No entanto, as leis de arbitragem que permitem o decretamento de ordens preliminares<sup>41</sup> preveem a obrigatoriedade de dar conhecimento à contraparte<sup>42</sup>: (i) do requerimento de medida cautelar provi-

<sup>32</sup> MARIANA FRANÇA GOUVEIA & IÑAKI CARRERA, “Choice of Law in interim measures issued by emergency arbitrators – Award on Emergency Measures, Arbitration SCC EA 2018/007, 5 February 2018”, *PLMJ Arbitration Review*, n.º 3, 2018, p. 31.

<sup>33</sup> GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, 2<sup>nd</sup> Edition, Kluwer, 2014, p. 2465.

<sup>34</sup> MIKA SAVOLA, “Interim Measures and Emergency Arbitrator Proceedings”, *Croatia Arbitration Yearbook*, 2016, Vol. 23, pp. 82-83.

<sup>35</sup> MARIANA FRANÇA GOUVEIA & IÑAKI CARRERA, “Choice of Law in interim measures issued by emergency arbitrators – Award on Emergency Measures, Arbitration SCC EA 2018/007, 5 February 2018”, *PLMJ Arbitration Review*, n.º 3, 2018, p. 33.

<sup>36</sup> MIKA SAVOLA, “Interim Measures and Emergency Arbitrator Proceedings”, *Croatia Arbitration Yearbook*, 2016, Vol. 23, p. 84.

<sup>37</sup> DIANA PARAGUACUTO-MAHEO & CHRISTINE LECUYER-THIEFFRY, “Emergency Arbitrator: A New Player In The Field – The French Perspective”, *Fordham International Law Journal*, Volume 40, Issue 3, 2017, p. 753.

<sup>38</sup> NATÁLIA DE CARVALHO RIBEIRO, *O árbitro de emergência: uma análise do instituto sob o viés da prática internacional e do contexto brasileiro*, Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito, Rio de Janeiro, Novembro 2016, p. 11.

<sup>39</sup> Cf. artigo 1.º, n.º 5 do Apêndice V das Regras da CCI; artigo 3.º do Anexo II das Regras do SCC, artigo 7.º do Anexo 1 das Regras do SIAC e artigo 6.º, n.º 2 do Anexo 1 ao Regulamento do CAC CCIP.

<sup>40</sup> ELSA DIAS OLIVEIRA, *Arbitragem Voluntária: Uma Introdução*, Almedina, 2021, p. 116.

<sup>41</sup> Cf. artigo 29.º, n.º 3 das *Swiss Rules of International Arbitration* do *Swiss Arbitration Centre*.

<sup>42</sup> MIKA SAVOLA, “Interim Measures and Emergency Arbitrator



sória que acompanhou o requerimento de ordem preliminar, (ii) do requerimento de ordem preliminar, (iii) da ordem preliminar decretada e (iv) de qualquer comunicação entre a parte requerente e o árbitro de emergência, logo após o decretamento de ordem preliminar, para permitir à contraparte o exercício do contraditório. As ordens preliminares caducam ao fim de vinte dias após a data em que foram proferidas<sup>43</sup>. E, apesar de vincularem as partes, não podem ser objeto de execução por parte de um Tribunal<sup>44</sup>.

Na LAV Portuguesa, a ordem preliminar encontrou inspiração nas *preliminary orders* previstas no artigo 17.º-B da Lei-Modelo da UNCITRAL de 2006<sup>45</sup>. A ordem preliminar e a providência cautelar que lhe subjaz devem visar uma das finalidades previstas no artigo 20.º, n.º 2 da LAV e preencher os pressupostos do artigo 21.º da LAV, aplicável *ex vi* artigo 22.º, n.º 3 da LAV<sup>46</sup>. No que concerne o prazo de caducidade de vinte dias após emissão da ordem preliminar pelo tribunal, previsto no artigo 23.º da LAV, Manuel Pereira Barrocas considera que a interpretação racional do artigo 23.º, n.º 4 da LAV obriga a que a contagem desse prazo se inicie na data da notificação da ordem preliminar à parte requerida e não na data da sua emissão<sup>47</sup>. Com efeito, se a ordem preliminar não for notificada à parte contrária, “*fenece sem atingir o seu fim*”<sup>48</sup>, pois iria caducar sem constituir uma ordem dirigida a uma parte do processo. A ordem preliminar não pode ser coercivamente executada por um tribunal estadual, cf. artigo 23.º, n.º 5 da LAV<sup>49</sup>.

Nem todos os regulamentos das instituições arbitrais permitem o decretamento de medidas provisórias (*ex parte*) por um árbitro de emergência. Por exemplo, as Regras da CCI preveem que a decisão final do árbitro de emergência em que a contraparte não tenha sido notificada e não tenha tido a oportunidade de ser ouvida é incompatível com as disposições da CCI sobre o procedimento de árbitro de emergência<sup>50</sup>.

Proceedings”, *Croatia Arbitration Yearbook*, 2016, Vol. 23, p. 80.

<sup>43</sup> MIKA SAVOLA, “Interim Measures and Emergency Arbitrator Proceedings”, *Croatia Arbitration Yearbook*, 2016, Vol. 23, p. 81.

<sup>44</sup> Cf. artigo 17.º-C, n.º 5 da Lei-Modelo da UNCITRAL.

<sup>45</sup> MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei da Arbitragem Comentada*, Almedina, 2018, 2.ª Edição, p. 104.

<sup>46</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, Almedina, 2015, p. 240.

<sup>47</sup> MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei da Arbitragem Comentada*, Almedina, 2018, 2.ª Edição, p. 109.

<sup>48</sup> MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei da Arbitragem Comentada*, Almedina, 2018, 2.ª Edição, p. 109.

<sup>49</sup> PEDRO CAETANO NUNES, “Arbitragem e Medidas Cautelares Algumas Notas”, *VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial: Intervenções*, Almedina, 2013, p.114.

<sup>50</sup> Cf. artigo 1.º, n.º 5 do Anexo V das Regras da CCI.

Como sintetiza Sébastien Besson, as medidas provisórias requeridas em sede do procedimento de árbitro de emergência consistem, frequentemente, em<sup>51</sup>:

i. Medidas para preservar ou restaurar o *status quo* para que as partes continuem a cumprir com as suas obrigações ou para clarificar a relação contratual existente entre as partes durante o procedimento arbitral: ordem de não disposição do objeto do litígio; ordem de depósito dos bens em causa junto de um depositário; ordem de venda dos bens perecíveis e colocação do produto da venda numa conta caucionada; ordem a requerer ao empreiteiro que continue a execução da obra ou que obrigue o dono de obra a continuar com os pagamentos provisórios, e se necessário depositando-os numa conta caucionada controlada pelo tribunal arbitral; ordem a requerer ao produtor que continue a fornecer o distribuidor ou a requerer ao distribuidor que continue a distribuir o produto do vendedor; ordem a impedir a continuidade da produção e/ou a venda de produtos protegidos por patentes; ordem a autorizar uma parte a suspender a execução e o cumprimento de obrigações contratuais; ordem a proibir o chamamento abusivo de garantias bancárias com vista a impedir o acionamento de garantias bancárias pelo beneficiário da garantia, sem motivo que o justifique; ordem a suspender os efeitos de uma resolução societária; ordem que decreta que uma parte não tem autoridade para atuar em representação de outra parte; ordem que decreta o acesso aos registos da sociedade para supervisionar a gestão e performance da sociedade; ordem dirigida a uma parte para não realizar certas atividades que não correspondam ao decurso regular do negócio;

ii. Medidas para facilitar a execução e eficácia da futura decisão arbitral: preservação de ativos para uma subsequente execução da decisão arbitral; ordem de congelamento/proibição de disposição dos bens de uma das partes com vista à execução da sentença (*freezing-order*); ordem para não mover determinados bens ou o bem objeto do litígio para fora de uma jurisdição; ordem de depósito do bem que constitui o objeto do litígio a um terceiro depositário; ordem de criação de garantia bancária com vista a garantir a execução da sentença:

<sup>51</sup> SEBASTIEN BESSON, “Les Mesures Provisoires et Conservatoires dans la Pratique Arbitrale” in STEFANO AZZALI, SÉBASTIEN BESSON, ANDREA CARLEVARIS, CÉCILE CHANAIS, CHARLES JAROSSON, GUY KEUTGEN, DIDIER MATRAY, ANDREAS REINER, PIERRE TERCIER, FRANÇOISE VIDTS, *L’Arbitre International et l’Urgence*, Bruylant, 2014, pp. 40-50.

- iii. Medidas de preservação de provas: ordem de preservação de prova relevante para a decisão do caso, designadamente guarda de documentos; ordem de não destruição de provas; ordem de registo de depoimentos de testemunhas; ordem de realização de vistorias *ad perpetuam rei memoriam*; ordem para inspeção de determinados bens, maquinaria, objetos, local da obra ou documentos;
- iv. Ordem de *security of costs*: representa geralmente os custos antecipados com a arbitragem (custos do tribunal, custos dos experts, custos da instituição arbitral, etc. que ficam retidos numa conta bancária até que o tribunal profira a decisão final e a decisão sobre as custas de parte) e é requerida quando uma parte tiver motivos para crer que a contraparte possa não dispor dos fundos necessários para cumprir com uma ordem ou sentença desfavorável, porque a sua situação económica se tem vindo a deteriorar gravemente desde a conclusão da convenção de arbitragem ou porque a parte tem realizado uma série de medidas abusivas para evitar a efetividade de uma eventual condenação a pagamento de despesas, esvaziando-se do seu património económico;
- v. Medidas de salvaguarda da integridade do procedimento arbitral e para evitar o agravamento do litígio: ordem de proibição de declarações públicas e de divulgação de informações para evitar campanhas de imprensa que perturbem a serenidade da formação da opinião dos árbitros no procedimento;
- vi. Anti-suit injunctions: para preservar a competência do tribunal arbitral, impedindo o recurso de uma das partes aos tribunais estaduais para resolução de litígio sobre o mesmo objeto e com as mesmas partes do procedimento arbitral, em violação da convenção de arbitragem assinada pelas partes.

### 3.2 A regulamentação do procedimento nas várias instituições arbitrais

A LAV e as leis de arbitragem das demais jurisdições não se ocupam geralmente da regulação do procedimento de árbitro de emergência. São as instituições arbitrais que fixam os requisitos da tramitação do procedimento de árbitro de emergência. Apesar de haver liberdade por parte das instituições arbitrais para fixar as regras do procedimento de árbitro de emergência, a tramitação do procedimento nos diversos regulamentos das instituições arbitrais é bastante similar.

Com efeito, nas várias instituições arbitrais, o pedido de árbitro de emergência pode ser formulado

até à transmissão do processo ao tribunal arbitral<sup>52</sup> ou até à constituição do tribunal arbitral<sup>53</sup>. O pedido a requerer o procedimento de árbitro de emergência deve ser apresentado conjuntamente<sup>54</sup> com o requerimento de arbitragem ou num prazo muito curto após a submissão do pedido de árbitro de emergência<sup>55</sup>, sob pena de extinção do procedimento de árbitro de emergência.

As instituições arbitrais geralmente ocupam-se da verificação prévia da admissibilidade do procedimento de árbitro de emergência<sup>56</sup>, verificando se as partes recorreram ao *opt-out* ou previram outro meio de tutela cautelar alternativo, podendo as instituições arbitrais recusar os pedidos de nomeação do árbitro de emergência por falta de competência do árbitro<sup>57</sup>.

Os prazos no procedimento de árbitro de emergência são prazos muito curtos, dispondo, por regra, as instituições de um prazo entre 24 horas e 72 horas para designar o árbitro de emergência<sup>58</sup>. A maioria das instituições arbitrais prevê um prazo máximo para a decisão cautelar ser proferida, desde cinco a quinze dias<sup>59</sup>. Os processos de impugnação e recusa do árbitro de emergência também são sujeitos a prazos muito curtos<sup>60</sup>.

<sup>52</sup> Veja-se por exemplo, o artigo 2.º, n.º 2 do Anexo V das Regras da CCI.

<sup>53</sup> Veja-se por exemplo, o artigo 7.º do Anexo 1 das Regras do SIAC; o artigo 9.4 das Regras do LCIA.

<sup>54</sup> Veja-se por exemplo, o artigo 9.5 das Regras do LCIA.

<sup>55</sup> Cf. artigo 4.º do Apêndice V das Regras da CCI e artigo 3.º, n.º 1 do Anexo 1 das Regras do CAC CCIP.

<sup>56</sup> JOAQUIM SHEARMAN DE MACEDO, "O árbitro de emergência", *Estudos em Homenagem a Rui Pena*, Almedina, 2019, pp. 455-456.

<sup>57</sup> Cf. artigo 29.º, n.º 2 das Regras da CCI; artigo 3.º, n.º 3 do Anexo 1 das Regras do SIAC; artigo 4.2 do Anexo II das Regras da SCC; artigo 2.º, n.º 1 do Anexo 1 ao Regulamento do CAC CCIP.

<sup>58</sup> Prazo máximo de 1 dia: cf. artigo 3.º do Anexo 1 das Regras do SIAC; artigo 4.1 do Anexo II das Regras da SCC. Prazo máximo de 2 dias: cf. artigo 2.º do Anexo V das Regras da CCI; artigo 4.º, n.º 1 do Anexo 1 do Regulamento do CAC CCIP.

<sup>59</sup> Prazos de 5 dias: cf. artigo 8.º, n.º 1 do Anexo II das Regras da SCC. Prazo de 14 dias: cf. artigo 9.8 das Regras do LCIA; artigo 9.º do Anexo 1 das Regras do SIAC. Prazos de 15 dias: cf. artigo 6.º, n.º 4 do Anexo V das Regras da CCI; artigo 7.º, n.º 1 do Anexo 1 ao Regulamento do CAC CCIP.

<sup>60</sup> Cf. artigo 3.º, n.º 1 do Anexo V das Regras da CCI; artigo 4.º, n.º 3 do Anexo 1 ao Regulamento do CAC CCIP.

## 4. Exequibilidade das decisões proferidas pelo árbitro de emergência

### 4.1. À luz das *lex arbitrii*

Proferida a decisão do litígio pelo árbitro de emergência, a contraparte pode optar por cumprir com a medida decretada. Porém, se a contraparte não cumprir com a decisão proferida, a parte vencedora tem interesse em tentar executar a decisão do árbitro de emergência.

Como os árbitros de emergência não dispõem de poderes de execução coerciva sobre as decisões que proferem, a execução das decisões do árbitro de emergência depende dos pressupostos previstos nas leis de arbitragem aplicáveis no Estado no qual seja pedida a execução da sentença, na jurisprudência dos tribunais do local da sede da arbitragem e nas convenções e tratados internacionais.

Ou seja, pode seguir: o regime previsto nas jurisdições nacionais para a execução de sentenças, como sucede, por exemplo, com a lei de arbitragem holandesa<sup>61</sup> e a lei de arbitragem espanhola, que preveem que as decisões de medidas provisórias emitidas por um árbitro têm o mesmo valor que uma sentença arbitral, sendo-lhes aplicável o regime legal de execução de sentenças. Ou, em alternativa à execução das decisões do árbitro de emergência, aplica-se um regime especial criado para a execução de medidas provisórias decretadas pelo tribunal arbitral, como é o caso da lei inglesa<sup>62</sup> e das jurisdições que seguem a Lei-Modelo da UNCITRAL.

No que concerne a Lei-Modelo da UNCITRAL, é certo que nem toda a doutrina considera que o árbitro de emergência tenha sido contemplado no conceito de Tribunal Arbitral previsto no artigo 17.º-H da Lei-Modelo<sup>63</sup>. Apesar disso, alguma doutrina<sup>64</sup> entende que as jurisdições que tenham adotado nas suas leis de arbitragem os artigos 17.º-H e 17.º-I da Lei-Modelo irão muito provavelmente reconhecer e executar as decisões proferidas pelo árbitro de emergência, porque esses artigos preveem que as decisões provisó-

rias que não tenham sido voluntariamente cumpridas podem ser executadas nos tribunais competentes, independentemente do país no qual tenham sido proferidas.

No caso português, o reconhecimento e execução coerciva de uma decisão do árbitro encontra-se previsto no artigo 27.º, n.º 1 da LAV, que atribui competência aos árbitros para decretarem medidas provisórias, inclusivamente em arbitragens fora de Portugal. O reconhecimento estende-se às decisões do árbitro de emergência desde que o regulamento de arbitragem institucionalizada previsto pelas partes contenha regras sobre o procedimento de árbitro de emergência e que as partes tenham querido atribuir poderes jurisdicionais ao árbitro de emergência quando celebraram a convenção de arbitragem. O reconhecimento e a execução coerciva não dependem da forma da medida cautelar, pois a força executiva é a mesma, quer a medida tenha sido decretada por sentença ou por qualquer outra forma<sup>65</sup>.

Na prática, a forma da decisão proferida pelo árbitro de emergência, consoante seja uma ordem ou uma sentença é pouco relevante, porque a maioria dos tribunais estaduais nas várias jurisdições irá analisar a decisão do ponto de vista material, prevalecendo o conteúdo sobre a forma.

Em suma, a execução de medidas provisórias arbitrais é limitada, na medida em que algumas jurisdições preveem um regime legal claro em matéria de execução e outras não são tão claras, deixando espaço à doutrina e à jurisprudência para se pronunciarem sobre o regime aplicável<sup>66</sup>. Contudo, as leis de arbitragem têm vindo a ser progressivamente alteradas para permitir a execução de decisões decretadas pelo árbitro de emergência<sup>67</sup>, como é o caso de Hong Kong que acrescentou uma disposição ao *Ordinance Act* a permitir o reconhecimento e a execução de qualquer medida de emergência concedida dentro ou fora de Hong Kong por um árbitro de emergência<sup>68</sup>, e, de

<sup>65</sup> JOAQUIM SHEARMAN DE MACEDO, “O árbitro de emergência”, *Estudos em Homenagem a Rui Pena*, Almedina, 2019, p. 464.

<sup>66</sup> ANDREAS REINER, “L’Urgence après la constitution du Tribunal Arbitral”, in STEFANO AZZALI, SÉBASTIEN BESSON, ANDREA CARLEVARIS, CÉCILE CHANAIS, CHARLES JAROSSON, GUY KEUTGEN, DIDIER MATRAY, ANDREAS REINER, PIERRE TERCIER, FRANÇOISE VIDTS, *L’Arbitre International et l’Urgence*, Bruylant, 2014, pp. 138-139.

<sup>67</sup> LARS MARKERT & RAEESA RAWAL, “Emergency Arbitration in Investment and Construction Disputes: An Uneasy Fit?”, *Journal of International Arbitration*, 37, no. 1, 2020, p. 134.

<sup>68</sup> Ao *Arbitration Ordinance* de Kong Kong foi acrescentada a Part 3A que permite o reconhecimento e a execução de “[a]ny emergency relief granted, whether in or outside Hong Long by an emergency arbitrator under the relevant arbitration rules” (destaque nosso).

<sup>61</sup> Cf. artigo 1051.º n.º 3 da Lei de Arbitragem Holandesa e Capítulo IV da Lei de Arbitragem Espanhola.

<sup>62</sup> Cf. artigo 42 do *Arbitration Act*.

<sup>63</sup> B. BAIGEL, “The Emergency Arbitrator Procedure under the 2012 ICC rules: a juridical analysis”, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, Volume 31, 2014, apud STEFANO AZZALI, SÉBASTIEN BESSON, ANDREA CARLEVARIS, CÉCILE CHANAIS, CHARLES JAROSSON, GUY KEUTGEN, DIDIER MATRAY, ANDREAS REINER, PIERRE TERCIER, FRANÇOISE VIDTS, *L’Arbitre International et l’Urgence*, Bruylant, 2014, p. 36.

<sup>64</sup> NATHALIE VOSER, “Overview of the most important changes in the revised ICC Arbitration Rules”, *ASA Bulletin*, n.º 29, Issue 4, 2011, p. 818.

Singapura<sup>69</sup>, que veio incluir no *Singapore International Arbitration Act* uma definição de tribunal arbitral mais ampla, que abrange o árbitro de emergência. Na verdade, Singapura não previu expressamente que a decisão do árbitro de emergência proferida fora de Singapura seria reconhecida e executada em Singapura, mas a comunidade arbitral tem entendido que essas decisões devem ser reconhecidas e executadas através da Seção 12(6) do *Singapore International Arbitration Act*<sup>70</sup>. A Nova Zelândia, à semelhança de Singapura, veio incluir uma definição mais ampla de tribunal arbitral que abrange o árbitro de emergência<sup>71</sup>, facilitando a execução das decisões proferidas pelo árbitro de emergência.

## 4.2. À luz da Convenção de Nova Iorque

### 4.2.1. Ordem ou Sentença?

Na ausência de um regime internacional para execução de medidas provisórias arbitrais proferidas em sede de arbitragem internacional, coloca-se a questão de saber se as medidas provisórias decretadas em sede de arbitragem internacional podem ser reconhecidas e executadas ao abrigo da Convenção de Nova Iorque.

A Convenção de Nova Iorque não prevê disposições específicas sobre o reconhecimento e a execução de medidas provisórias, porque em 1958 poucos países tinham concedido aos árbitros o poder de decretamento de medidas cautelares<sup>72</sup>. E, como a Convenção de Nova Iorque prevê o reconhecimento e a execução de sentenças<sup>73</sup> e não de ordens, por um lado, e porque a Convenção de Nova Iorque não

apresenta uma definição para o conceito de “*arbitral award*”, por outro lado, o reconhecimento e a execução de decisões do árbitro de emergência à luz da Convenção não é evidente.

Uma parte da doutrina e alguma jurisprudência têm considerado que as decisões do árbitro de emergência não devem ser reconhecidas e executadas se consistirem em ordens (*orders*). Por isso, se o regulamento da instituição arbitral previr que o árbitro de emergência decreta uma ordem, a decisão já não poderá ser executada, por não corresponder a uma sentença (*award*), ficando o reconhecimento e a execução da decisão dependentes da terminologia utilizada no regulamento da instituição arbitral. Veja-se, por exemplo, o caso das Regras da CCI<sup>74</sup>, que preveem que a decisão do árbitro deve ter a forma de ordem, tornando-a insuscetível de reconhecimento e execução. Por outro lado, algumas regras de instituições arbitrais, como é o caso das regras da LCIA tentam contornar esta questão, permitindo ao árbitro de emergência decidir se profere uma ordem ou uma sentença, sendo reconhecida e executada a decisão que constitua uma sentença, à luz da Convenção de Nova Iorque<sup>75</sup>. Em contrapartida, há regulamentos de instituições arbitrais que atribuem a natureza de sentença à decisão do árbitro sobre medidas provisórias, como é o caso das Regras do ICDR/AAA e também as do SIAC, podendo as decisões proferidas à luz desses regulamentos ser reconhecidas e executadas ao abrigo da Convenção de Nova Iorque.

Não obstante, alguma doutrina e alguns Tribunais têm considerado as decisões do árbitro de emergência como suscetíveis de ser reconhecidas e executadas à luz da Convenção de Nova Iorque, independentemente da forma da decisão. Atente-se, por exemplo, na Sentença no. 6-30579ck15 de 24.02.2016 do Tribunal Especial da Ucrânia no Caso *JKX Oil & Gas plc, Poltava Gas B-V. and Poltava Petroleum Company JV v Ukraine* (SCC, EA/2015/002), na qual o Tribunal decidiu reconhecer a decisão do árbitro de emergência à luz da Convenção de Nova Iorque, sem verificar se a decisão constituía uma sentença arbitral nos termos previstos na Convenção de Nova Iorque.

### 4.2.2. Definitividade à luz da Convenção de Nova Iorque

Porém, mais do que saber se a decisão arbitral tem a natureza de ordem ou de sentença, o maior obstáculo no reconhecimento e execução de decisões do árbitro de emergência à luz da Convenção de Nova Iorque prende-se com a não definitividade da decisão. Com efeito, a Convenção exige no seu artigo V,

<sup>69</sup> Cf. Cláusula 2.1 do *Singapore International Arbitration Act* que prevê a seguinte definição para tribunal arbitral: “[...] a sole arbitrator or a panel of arbitrators or a permanent arbitral institution, **and includes an emergency arbitrator appointed pursuant to the rules of arbitration agreed to or adopted by the parties including the rules of arbitration of an institution or organization**” (destaque nosso).

<sup>70</sup> RAFAEL DEAN BROWN, “Challenging the Enforcement of Emergency Arbitrator Decisions”, *Kuwait International Law School Journal*, Volume 8, Issue 3, September 2020, p. 48.

<sup>71</sup> Cf. Seção 2(1) do *New Zealand Arbitration Act* que entrou em vigor em 1 de março de 2017, que considera como tribunal arbitral: “(a) a sole arbitrator, a panel of arbitrators, or an arbitral institution; and (b) includes any emergency arbitrator appointed under (i) the arbitration agreement that the parties have entered into; or (ii) the arbitration rules of any institution or organization that the parties have adopted.”

<sup>72</sup> GARY BORN, *Provisional Measures in International Arbitration*, International Arbitration, Kluwer Law International, 2009, pp. 1948-1949.

<sup>73</sup> Cf. artigo I, n.º 1 da Convenção de Nova Iorque.

<sup>74</sup> Cf. artigo 6.º, n.º 1 do Anexo V das Regras da CCI.

<sup>75</sup> Cf. artigo 9.8 das Regras da LCIA.

n.º 1, alínea e) que a decisão em causa seja definitiva, permitindo apenas o reconhecimento e a execução de sentença que se tenha tornado obrigatória para as partes, não tenha sido anulada ou suspensa por uma autoridade competente do país em que, ou segundo a lei do qual, foi proferida.

Nessa senda, a maioria da doutrina e da comunidade arbitral fora dos Estados Unidos<sup>76</sup> considera que as decisões que decretam tutela provisória não podem ser sujeitas ao reconhecimento e execução de sentenças ao abrigo da Convenção de Nova Iorque<sup>77</sup>, por ausência de definitividade. Isto porque, o poder do Tribunal Arbitral de revogar ou alterar a decisão proferida por um árbitro de emergência retira definitividade à decisão proferida. Neste sentido, veja-se a jurisprudência francesa que adotou uma posição muito restrita, considerando que uma sentença arbitral para os efeitos da Convenção de Nova Iorque tem de ser uma decisão que resolva de forma definitiva na totalidade ou em parte um litígio.

No entanto, alguma jurisprudência discorda desta posição, considerando que as decisões proferidas pelo árbitro de emergência podem ser definitivas em alguns casos. A jurisprudência norte-americana tem entendido que apesar do carácter transitório, as medidas provisórias decretadas são essenciais para que a decisão a proferir pelo Tribunal Arbitral não perca valor e utilidade. Por isso, inspirados no princípio do *favor arbitrandum*, os Tribunais Americanos têm considerado que as medidas provisórias consistem em decisões com características obrigatórias para as Partes. Veja-se por exemplo o Caso *Publicis Communication vs. True North Communications*, no qual o *7th Circuit United States Court of Appeals* entendeu que apesar da designação da decisão do árbitro de emergência como ordem, a medida provisória decretada vinha proteger os efeitos futuros a produzir pela sentença arbitral, decidindo executar a ordem proferida pelo árbitro de emergência ao abrigo do regulamento de arbitragem da LCIA<sup>78</sup>. E, também em 2013, no Caso

<sup>76</sup> MIKA SAVOLA, “Interim Measures and Emergency Arbitrator Proceedings”, *Croatian Arbitration Yearbook*, Volume 23, 2016, p. 86.

<sup>77</sup> MIKA SAVOLA, “Interim Measures and Emergency Arbitrator Proceedings”, *Croatian Arbitration Yearbook*, Volume 23, 2016, p. 85.

<sup>78</sup> Cf. Decisão do Caso PUBLICIS COMMUNICATION ET AL V. TRUE NORTH COMMUNICATIONS INC de 14.03.2000: “If the tribunal’s decision wasn’t final, if the tribunal didn’t really intend to finalize it until eons later, if True North had to wait to enforce this urgent matter until all the other issues were arbitrated to finality, then the October 30 decision was a meaningless waste of time. Despite some possible superficial technical flaws, and despite its designation as an “order” instead of an “award”, the arbitration tribunal’s decision – as to the chunk of the case – was final. And this is our final judgement.”

*Yahoo! Vs Microsoft*, o *Court of the Southern District of New York* decidiu pelo reconhecimento e execução de uma decisão que decretou uma medida cautelar por considerar que essa decisão integra um procedimento autónomo e independente que termina com a prolação da decisão, dando por preenchido o requisito da definitividade<sup>79</sup>.

Na doutrina, para Gary Born<sup>80</sup>, as medidas provisórias são finais quando decidem um pedido de tutela provisória que aguarda pela conclusão da arbitragem. Em sentido semelhante, para Tijana Kojovic<sup>81</sup> a decisão de decretamento da medida provisória é final porque vem decidir se a medida provisória deve ou não ser decretada, não sendo relevante se a decisão pode ou não vir a ser modificada por outra medida cautelar provisória ou pela sentença do procedimento arbitral.

Em nosso entender, o Tribunal deve focar-se nos aspetos materiais da decisão, isto é, verificar se a decisão proferida contém os requisitos de decretamento de uma medida cautelar e se foi proferida por um árbitro. E, em matéria de definitividade, o Tribunal deve prender-se ao facto de o árbitro de emergência decidir de forma definitiva sobre o decretamento da medida provisória requerida até à decisão proferida pelo Tribunal Arbitral no processo arbitral.

Esta incerteza que paira sobre o reconhecimento e a execução de decisões proferidas pelo árbitro de emergência é considerada pela comunidade arbitral como o calcanhar de Aquiles do procedimento de árbitro de emergência em sede de arbitragem internacional e tem alimentado um enorme debate acerca das vantagens e desvantagens do procedimento de árbitro de emergência<sup>82</sup>.

## 5. Competência Concorrente dos Tribunais Estaduais

A maioria das leis de arbitragem e das regras das instituições arbitrais concedeu poderes ao Tribunal

<sup>79</sup> Cf. Caso *Yahoo! v. Microsoft* em que o Tribunal Arbitral considerou: “if an arbitral award of equitable relief based upon a finding of irreparable harm is to have any meaning at all, the parties must be capable of enforcing or vacating it at the time it is made.”

<sup>80</sup> Cf. GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, 2<sup>nd</sup> Edition, Kluwer, 2014, pp. 2514-2515.

<sup>81</sup> Cf. TIJANA KOJOVIC, “Court Enforcement of Arbitral Decisions – How Final is Provisional?”, *Journal of International Arbitration*, Volume 18, Issue 5, 2001, pp. 523-524.

<sup>82</sup> JASON FRY, “The Emergency Arbitrator – Flawed Fashion or Sensible Solution?”, *7 Disp. Resol. Int’l*, 179, 2013 *apud* LARS MARKERT & RAESA RAWAL, “Emergency Arbitration in Investment and Construction Disputes: An Uneasy Fit?”, *Journal of International Arbitration* 37 no. 1 (2020), p. 134.

Arbitral para decretar medidas provisórias. No entanto, há algumas exceções, como é o caso por exemplo da República Checa<sup>83</sup>, da Argentina e da China<sup>84</sup> que permitem apenas o decretamento de medidas cautelares pelos tribunais estaduais, quer em sede de arbitragem doméstica, quer em sede de arbitragem internacional.

A vinculação das partes ao procedimento de árbitro de emergência na convenção de arbitragem, por regra, não as impede de recorrerem aos tribunais estaduais para pedir o decretamento de medidas provisórias se assim o entenderem, nos termos do princípio da competência concorrente das jurisdições estaduais previsto nos artigos 9.º e 17.º da Lei-Modelo da UNCITRAL e do artigo VI, n.º 4, da Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional.

Atentando nos Regulamentos das Instituições Arbitrais, por exemplo, nas Regras da CCI, as partes podem recorrer aos tribunais estaduais antes do acionamento do procedimento de árbitro de emergência ou depois do acionamento em circunstâncias específicas e desde que informem o tribunal arbitral<sup>85</sup>. No entanto, em algumas jurisdições não existe uma competência concorrente entre o juiz estadual e o árbitro, sendo os tribunais estaduais subsidiariamente competentes para apreciar o pedido de decretamento de medidas provisórias. Por exemplo, na lei inglesa<sup>86</sup>, os tribunais estaduais são competentes apenas se o tribunal arbitral não tiver poderes para apreciar esse pedido ou por razões de tempo não puder atuar em tempo útil. Com efeito, no Caso *Gerard Metals S.A. v Timis*, em 2016, o *English High Court* recusou o decretamento da ordem de congelamento de fundos (*freezing injunction*) nos termos do *Arbitration Act de 1996* porque as regras da LCIA, aplicáveis por via da convenção de arbitragem, previam que a medida podia ser decretada no âmbito do procedimento de árbitro de emergência. Por isso, ao abrigo da secção 44 (5) do *Arbitration Act*, o Tribunal decidiu que apenas teria poderes para apreciar o decretamento daquela medida cautelar se o tribunal arbitral não dispusesse de poderes para esse efeito ou não fosse capaz de atuar de forma eficiente.

Em todo o caso, Lars Markert e Raeesa Rawal<sup>87</sup> recomendam às partes que queiram preservar o acesso aos tribunais estaduais para optarem por excluir as regras de arbitragem de emergência, para evitar que os tribunais estaduais se declarem incompetentes para apreciar os pedidos de decretamento de providências cautelares. Até porque, pode dar-se o caso de os tribunais estaduais serem mais adequados para apreciar certos tipos de medidas cautelares, na medida em que as decisões dos tribunais arbitrais não gozam da coercividade das decisões proferidas pelos tribunais estaduais.

Em sentido inverso, os tribunais estaduais também poderão não ser os mais adequados, em casos que envolvam mais do que uma jurisdição; ou nos quais o tribunal estadual não exerça jurisdição sobre as partes; ou quando o objeto do litígio não se encontre sob a jurisdição de um tribunal estadual, como sucede, por exemplo, no âmbito de uma medida de preservação de provas de um acidente que ocorreu em alto mar<sup>88</sup>. Essas situações não resultam de “falhas inerentes ao instituto em si, mas sim de uma ponderação quanto às circunstâncias de cada caso, que podem levar à utilização do instituto ou à opção de recorrer à autoridade judicial<sup>89</sup>”.

Por fim, nas arbitragens *ad hoc*, as partes não poderão em regra recorrer às regras do procedimento de árbitro de emergência, por não serem arbitragens institucionalizadas, podendo apenas requerer o decretamento de medidas provisórias junto dos tribunais estaduais. À exceção do caso em que as partes tenham previsto que a arbitragem irá correr segundo as regras da Lei-Modelo da UNCITRAL, porque a Lei-Modelo prevê a aplicabilidade das regras do procedimento de árbitro de emergência.

## 6. Meios Alternativos de Resolução de Litígios previstos na convenção de arbitragem

### 6.1. A previsão de mediação

Em convenção de arbitragem constituída por cláusula escalonada<sup>90</sup> (*multi-step clause*) surge a questão

<sup>83</sup> Cf. artigo 22.º do *Act on Arbitration Proceedings and Enforcement of Arbitral Awards* (Act n.º 216/1994) in MONIKA FEIGERLOVÁ, “Emergency Measures of Protection in International Arbitration”, *International and Comparative Law Review*, 2018, Volume 18, no. 1, p. 158.

<sup>84</sup> ANDREAS REINER, “L’Urgence après la constitution du Tribunal Arbitral”, in STEFANO AZZALI, SÉBASTIEN BESSON, ANDREA CARLEVARIS, CÉCILE CHANAIS, CHARLES JAROSSON, GUY KEUTGEN, DIDIER MATRAY, ANDREAS REINER, PIERRE TERCIER, FRANÇOISE VIDTS, *L’Arbitre International et l’Urgence*, Bruylant, 2014, p. 98.

<sup>85</sup> Cf. artigo 29.º, n.º 7 das Regras da CCI.

<sup>86</sup> Cf. secção 44 do *Arbitration Act*.

<sup>87</sup> LARS MARKERT & RAEESA RAWAL, “Emergency Arbitration in Investment and Construction Disputes: An Uneasy Fit?”, *Journal of International Arbitration*, 37, no. 1 2020, p. 133.

<sup>88</sup> DIANA PARAGUACUTO-MAHEO AND CHRISTINE LECUYER-THIEFFRY, “Emergency Arbitrator: A New Player In The Field – The French Perspective”, *Fordham International Law Journal*, Volume 40, Issue 3, 2017, p. 759.

<sup>89</sup> NATÁLIA DE CARVALHO RIBEIRO, *O árbitro de emergência: uma análise do instituto sob o viés da prática internacional e do contexto brasileiro*, Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito, Rio de Janeiro, Novembro 2016, p. 11.

<sup>90</sup> São cláusulas escalonadas ou *multi-step clauses*: as

de saber se o procedimento de árbitro de emergência, incluído nas regras institucionalizadas de arbitragem escolhidas pelas partes, pode ser requerido no âmbito pré-arbitral, prevalecendo sobre os meios de resolução de litígios previstos na cláusula escalonada.

As instituições arbitrais têm apresentado modelos de cláusulas escalonadas para as partes interessadas poderem utilizar, para tentar evitar o surgimento de cláusulas escalonadas inoperantes ou problemáticas<sup>91</sup>. As soluções apresentadas são diversas, destacando-se, por exemplo: a cláusula escalonada modelo do Centro de Arbitragem Comercial-CCIP que prevê que enquanto decorrer o processo de mediação, qualquer uma das partes pode requerer um procedimento de árbitro de emergência, nos termos do respetivo regulamento; e a cláusula modelo criada pela CCI<sup>92</sup>, prevendo a possibilidade de as partes optarem por uma formulação no sentido da: (i) aplicação do procedimento de árbitro de emergência no decurso do período de resolução do litígio durante a fase de mediação; ou, em alternativa, (ii) não aplicação do procedimento de árbitro de emergência antes do decurso do prazo para resolução do litígio por via da mediação.

## 6.2 Em arbitragem de construção

Esta questão coloca-se com bastante frequência em arbitragens de construção, pois, em tese, a parte poderia ter de recorrer obrigatoriamente aos meios de resolução de litígios pré-arbitrais previstos na cláusula escalonada antes de recorrer ao procedimento de árbitro de emergência, dado as partes terem previsto, de forma detalhada, vários meios de resolução de litígios na preparação e negociação da cláusula escalonada.

No entanto, na nossa perspetiva, esta solução está muito afastada da realidade dos projetos de construção em que as partes precisam muitas vezes de decisões imediatas para evitar danos iminentes e para minimizar os impactos na construção da obra. Por isso, devem ser analisados os meios de resolução de litígios concretamente previstos pelas partes para afe-

---

*“cláusulas que combinam, em regra, um conjunto de meios de resolução de litígios, organizados por escalões ou níveis, mais ou menos complexos, aos quais as partes recorrerão de forma sucessiva e faseada aquando do nascimento do conflito, consagrando o recurso à arbitragem apenas no final do percurso”,* cf. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, DANIELA MIRANTE, *“Manual de Arbitragem”,* Almedina, 2019, p. 137.

<sup>91</sup> ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, DANIELA MIRANTE, *“Manual de Arbitragem”,* Almedina, 2019, p. 140.

<sup>92</sup> ANDREA CARLEVARIS & JOSÉ RICARDO FERIS, *“Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: the First Ten Cases”,* ICC *International Court of Arbitration Bulletin*, Volume 25, no. 1, 2014, pp. 13-14.

rir a aplicabilidade imediata das regras do procedimento de árbitro de emergência. Neste sentido, Markert e Rawal<sup>93</sup> consideram que se as partes tiverem previsto meios de resolução de litígio amigáveis ou de negociação, os árbitros de emergência poderão com alguma probabilidade, perante um dano irreparável, decidir pela inutilidade das negociações, para evitar a sujeição da parte a negociações longas que podem conduzir à perda de utilidade do decretamento da medida cautelar.

Por outro lado, este tema surge com maior afinco, quando a cláusula escalonada tipicamente utilizada nos contratos de construção prevê o recurso a mecanismos que concorrem potencialmente com as disposições do procedimento de árbitro de emergência, como sucede com os *Dispute Adjudication Boards (DAB)*, aos quais podem ser concedidos poderes cautelares. Tipicamente, na cláusula escalonada, as partes atribuem poderes ao DAB para apreciar questões relacionadas com a execução do contrato de construção antes de se dar início à arbitragem propriamente dita. Ora, se as partes tiverem atribuído ao DAB poderes para decidir medidas provisórias ou equivalentes, o árbitro de emergência tem competência para proferir medidas cautelares antes da constituição do tribunal arbitral, ou, deverá o DAB ocupar-se em primeira linha de apreciar o decretamento das medidas provisórias requeridas?

Se o DAB tiver sido instituído desde o início do projeto internacional de construção e lhe tiverem sido atribuídos poderes de decretamento de medidas provisórias, se uma das partes vier requerer o procedimento de árbitro de emergência, algumas instituições arbitrais ou árbitros de emergência tenderão a considerar que o DAB consiste numa escolha contratual vinculativa para as partes, enquanto mecanismo de tutela cautelar que afasta potencialmente a tutela cautelar do árbitro de emergência<sup>94</sup>.

A solução de atribuição de poderes de decretamento de medidas provisórias aos DAB tem sido criticada, na medida em que os DAB são talhados para acompanhar a execução de projetos de construção, resolvendo questões que surjam durante a execução das obras, sendo em regra constituídos por engenheiros e técnicos, pouco despertos e pouco dotados dos conhecimentos jurídicos necessários para proceder ao decretamento de medidas provisórias.

No entanto, se o DAB não estiver previsto de forma obrigatória e não estiver instalado no momento

---

<sup>93</sup> LARS MARKERT & RAEESA RAWAL, *“Emergency Arbitration in Investment and Construction Disputes: An Uneasy Fit?”,* *Journal of International Arbitration*, 37, no. 1, 2020, p. 140.

<sup>94</sup> LARS MARKERT & RAEESA RAWAL, *“Emergency Arbitration in Investment and Construction Disputes: An Uneasy Fit?”,* *Journal of International Arbitration* 37, no. 1, 2020, p. 140.

em que é apresentado o pedido de decretamento da medida cautelar em sede do procedimento de árbitro de emergência, a decisão poderá ser diferente<sup>95</sup>, pois o árbitro de emergência poderá considerar a decisão do DAB como inútil e declarar-se competente para assumir *prima facie* o pedido de decretamento de medidas provisórias.

Para resolver estes problemas de compatibilização entre o DAB e o procedimento de árbitro de emergência em matéria cautelar, recomenda-se às partes que procedam a uma separação clara na convenção de arbitragem, entre os litígios que podem ser submetidos ao DAB e os que podem ser submetidos ao procedimento de árbitro de emergência, para evitar problemas de eventual competência concorrente em matéria cautelar pré-arbitral, atribuindo, por exemplo, litígios de natureza técnica ao DAB e litígios formais ao árbitro de emergência<sup>96</sup>.

Alguns doutrinadores<sup>97</sup> consideram o procedimento de árbitro de emergência desadequado em construção, por causa das cláusulas escalonadas que preveem meios de resolução de litígios pré-arbitrais prévios e dos DAB serem compostos por membros de painel tecnicamente muito experientes em construção e engenharia, aconselhando a retirada das regras do procedimento de árbitro de emergência da convenção de arbitragem.

Na nossa perspectiva, o árbitro de emergência pode não dispor dos mesmos conhecimentos técnicos que geralmente detêm os membros que integram o DAB, mas deve ser-lhe exigido um conhecimento técnico mínimo em matéria de construção, para que as decisões que venha a proferir sejam úteis e adequadas a resolver o litígio em causa e a tutelar provisoriamente as pretensões das partes.

Em suma, é nossa opinião que o procedimento de árbitro de emergência encontra nas arbitragens de construção um campo de aplicação muito significativo, devido à especial urgência que se exige na apreciação das medidas cautelares. Se vier a existir uma maior clareza na prevalência do procedimento de ár-

bitro de emergência face aos meios de resolução de litígios pré-arbitrais, nomeadamente aos DAB, cremos que o procedimento de árbitro de emergência poderá vir a ser utilizado com maior frequência em arbitragens de construção, atendendo à multiplicidade de litígios pré-arbitrais e à enorme urgência das partes no decretamento de medidas provisórias.

## 7. Em sede de arbitragem de investimento

O procedimento de árbitro de emergência não é um procedimento típico em arbitragem de investimento, porque os tratados bilaterais de investimento celebrados entre um Estado e um investidor, por via de regra, não preveem o procedimento de árbitro de emergência.

Aliás, muitas arbitragens de investimento têm ocorrido sob as regras da SCC, porque estas últimas preveem que o procedimento de árbitro de emergência se aplica, indistintamente, a arbitragens comerciais e a arbitragens de investimento. Ademais, a inclusão das Regras da SCC em vários tratados bilaterais de investimento e no *Energy Charter Treaty* veio permitir a aplicação do procedimento de árbitro de emergência em litígios de investimento e de investimentos energéticos.

Nas demais instituições arbitrais, o procedimento de árbitro de emergência em arbitragens de investimento tem encontrado vários obstáculos: nas Regras da CCI, a arbitragem de investimento não é contemplada, porque o investidor e o Estado não são partes signatárias de uma convenção de arbitragem através da qual se vinculam à arbitragem, cf. artigo 29.º, n.º 5 das Regras da CCI; nas Regras do SIAC, a arbitragem de investimento encontra-se regulada em sistema de *opt-in*; e não se encontra prevista nas regras do *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (“ICSID”) e na Lei-Modelo da UNCITRAL. Ora, como a maioria das arbitragens de emergência em matéria de investimento seguem as regras da ICSID ou da UNCITRAL, o procedimento de árbitro de emergência fica à margem da maior parte das arbitragens de investimento.

A respeito da aplicação temporal, o Regulamento da SCC prevê a aplicabilidade das regras que vigorem no momento da apresentação do requerimento a dar início ao procedimento de árbitro de emergência. Assim, surge a dúvida de saber se as regras do procedimento de árbitro de emergência da SCC são aplicáveis no caso de as convenções de arbitragem terem sido celebradas anteriormente à inclusão das disposições do procedimento de árbitro de emergência no regulamento da SCC. Por um lado, as partes previram a aplicabilidade das regras da SCC à luz de

<sup>95</sup> ELIZABETH KANTOR, *Emergency Arbitration of Construction Disputes – Choose Wisely or End Up Spoilt for Choice* apud LARS MARKERT & RAEESA RAWAL, “Emergency Arbitration in Investment and Construction Disputes: An Uneasy Fit?”, *Journal of International Arbitration* 37 no. 1 (2020), p. 140.

<sup>96</sup> LARS MARKERT & RAEESA RAWAL, “Emergency Arbitration in Investment and Construction Disputes: An Uneasy Fit?”, *Journal of International Arbitration*, 37, no. 1, 2020, pp. 140-141.

<sup>97</sup> CHRISTIAN JOHANSEN, “The Emergency Arbitrator in International Construction Disputes”, *International Construction Law Review*, July 2012, p. 272 apud LARS MARKERT & RAEESA RAWAL, “Emergency Arbitration in Investment and Construction Disputes: An Uneasy Fit?”, *Journal of International Arbitration*, 37 no. 1, 2020, p. 141.



um regulamento que não incluía o procedimento de árbitro de emergência, não havendo, por isso, consentimento expresso na previsão do procedimento de árbitro de emergência. Por outro lado, ao terem acordado a aplicação das regras da SCC em vigor no momento da apresentação do requerimento a dar início ao procedimento, estavam cientes de que as regras da SCC poderiam vir a sofrer alterações, tendo o seu consentimento sido prestado sob esse pressuposto. A posição maioritária<sup>98</sup>, com a qual concordamos, tem sido a da aplicabilidade do procedimento de árbitro de emergência porque se presume que a parte sabia no momento em que escolheu as regras da SCC que essas mesmas regras podiam vir a sofrer alterações.

Esta questão da aplicabilidade das disposições sobre o procedimento de árbitro de emergência inseridas na revisão de 2010 às Regras da SCC, em litígios que tenham por base tratados bilaterais de investimento (“BIT”) concluídos antes de 2010, foi abordada nos casos<sup>99</sup> *Evrobalt* e *Kompozit*, nos quais a República da Moldávia invocou que o procedimento de árbitro de emergência não era aplicável porque: (i) na data de assinatura do BIT em 1998, a Moldávia pretendia a aplicabilidade da versão anterior do Regulamento da SCC que não incluía o procedimento de árbitro de emergência, (ii) a Moldávia não consentiu na submissão do litígio ao procedimento de árbitro de emergência, (iii) o procedimento de árbitro de emergência implicaria a atribuição de poderes a um órgão diferente do Tribunal Arbitral, o que representaria uma alteração significativa das regras de arbitragem. Os árbitros de emergência consideraram que não havia nenhuma referência no BIT sobre a versão das Regras da SCC aplicável em caso de litígios decorrentes do BIT, e, que à data da ratificação do BIT pela Federação Russa em 2001, tinha entrado em vigor a nova versão das Regras da SCC de 1999. Ora, como no Preâmbulo das Regras da SCC de 2010 se prevê a aplicabilidade das Regras da SCC que vigorem no momento em que uma das partes requer o procedimento de árbitro de emergência, exceto se as partes tiverem acordado em sentido contrário, os árbitros de emergência consideraram que se as partes não pretendessem a aplicabilidade de alguma das versões das Regras da SCC teriam previsto uma disposição nesse sentido no BIT. Como as partes não o fizeram, os árbitros concluíram que a

aplicabilidade das Regras da SCC de 2010, incluindo as disposições sobre o procedimento de árbitro de emergência foram razoavelmente contempladas pelas partes no BIT<sup>100</sup>.

Uma outra questão que se coloca é a de saber se o recurso ao procedimento de árbitro de emergência em arbitragens de investimento, que tipicamente preveem cláusulas de *cooling-off* nos tratados de investimento - que implicam que o investidor tenha de tentar resolver amigavelmente o litígio num período de três a dezoito meses antes de recorrer à arbitragem - apenas pode ser efetuado após o término deste período de *cooling-off*, sob pena de incumprimento dos requisitos do tratado de investimento.

Nos casos *Evrobalt* e *Kompozit*, por exemplo, como o período de *cooling-off* de seis meses entre a *Notice of the Claim* e o *Request for Arbitration* ainda não tinha decorrido totalmente no momento em que foi acionado o procedimento de árbitro de emergência, os árbitros de emergência consideraram que a recusa da Moldávia em participar nos procedimentos de tentativa de resolução amigável tornava irrelevante o decurso do período de *cooling-off* na sua totalidade. No Caso *Kompozit*, o árbitro de emergência destacou ainda o artigo 10.º do BIT que previa a resolução amigável do litígio até onde for possível, permitindo às partes prosseguirem para a arbitragem se a tentativa de resolução amigável do litígio tiver falhado.

Tem-se entendido que o não cumprimento do período de *cooling-off* não impede o acionamento do procedimento de árbitro de emergência porque, por um lado, se evita a ocorrência de prejuízos irreparáveis para uma das partes, dado o período de *cooling-off* poder ser bastante extenso, tornando inútil o recurso ao procedimento de árbitro de emergência, e, por outro lado, porque a decisão do árbitro de emergência é passível de ser revertida pelo tribunal arbitral<sup>101</sup>.

Em matéria de acatamento pelas partes das decisões arbitrais, o cumprimento voluntário destas decisões é escasso, porque os Estados não têm cumprido com as decisões que lhes são desfavoráveis, havendo um maior cumprimento voluntário das decisões proferidas por árbitros de emergência em sede de arbitragem comercial.

Em nosso entender, o procedimento de árbitro de emergência no âmbito de arbitragens de investimen-

<sup>98</sup> LARS MARKERT & RAEESA RAWAL, “Emergency Arbitration in Investment and Construction Disputes: An Uneasy Fit?”, *Journal of International Arbitration*, 37, no. 1, 2020, p. 136.

<sup>99</sup> Nos casos *Evrobalt* e *Kompozit* as Requerentes *Evrobalt* e *Kompozit* são sociedades incorporadas na Rússia e acionista do Moldova Agroindbank que enfrentavam a mesma suspensão e medidas de desinvestimento do Banco Nacional do Estado.

<sup>100</sup> Cf. Decisão do Árbitro de Emergência de 30.05.2016 no Caso *Evrobalt LLC v Republic of Moldova*, SCC Arbitration EA (2016/082), parágrafos 39-30 e Decisão do Árbitro de Emergência de 14.06.2016 no Caso *Kompozit LLC v Republic of Moldova*, SCC Arbitration EA (2016/095), parágrafo 42.

<sup>101</sup> LARS MARKERT & RAEESA RAWAL, “Emergency Arbitration in Investment and Construction Disputes: An Uneasy Fit?”, *Journal of International Arbitration*, 37, no. 1, 2020, p. 137.

to ainda tem um longo caminho pela frente, tendo de vencer vários obstáculos, entre os quais se destaca, para além daqueles que foram sendo referidos, a exequibilidade das decisões proferidas pelo árbitro de emergência. No entanto, consideramos que por ser um mecanismo de grande utilidade em arbitragens de investimento, a sua utilização e regulamentação deve ser fomentada pelos Estados e pelas instituições arbitrais.

## Conclusão

O procedimento de árbitro de emergência consiste num dos exemplos de maior sucesso em matéria de eficiência e de rapidez em arbitragem comercial. A maioria dos usuários de arbitragem internacional considera que se trata de um procedimento necessário e útil.

Porém, os tribunais estaduais, em situações de extrema urgência que exijam a adoção de uma medida provisória em tempo limite, são mais eficientes. E, são ainda de grande utilidade nos casos em que a parte pretenda obter o decretamento de uma medida cautelar *ex parte* sem contraditório prévio que não se baste por uma ordem preliminar.

Apesar destas mais-valias reconhecidas aos tribunais estaduais no decretamento de medidas cautelares, antevê-se uma utilização do procedimento de árbitro de emergência com maior frequência pelas partes, nos próximos anos, por consistir numa alternativa eficiente e segura de obtenção de tutela cautelar, decretada por um árbitro, num curto espaço de tempo, antes da constituição do tribunal arbitral.

Porém, a sua eficácia está dependente da exequibilidade das decisões dos árbitros de emergência, que nem sempre é evidente. Algumas jurisdições, como é o caso de Hong Kong, Singapura, Países Baixos e Nova Zelândia introduziram alterações nas suas leis de arbitragem para permitirem de forma expressa que uma decisão de um árbitro de emergência seja executada. A falta de disposições noutras jurisdições sobre a execução das decisões dos árbitros de emergência pode travar as vantagens de eficiência deste procedimento.

Por isso, os Estados devem acrescentar disposições sobre a execução das decisões do árbitro de emergência nas suas leis de arbitragem domésticas e a própria Convenção de Nova Iorque deve também ser alterada por forma a considerar como sentença a decisão do árbitro de emergência, para garantir a segurança e eficiência do procedimento de árbitro de emergência. Como bem aponta Rafael Dean Brown<sup>102</sup>, esta dificul-

dade no reconhecimento e execução de decisões do árbitro de emergência poderia ainda ser aligeirada se as jurisdições passassem a adotar as disposições sobre execução coercivas das decisões do árbitro de emergência incluídas na revisão à Lei-Modelo em 2006. E, assim, se ultrapassaria o principal obstáculo existente, solidificando-se o procedimento de árbitro de emergência.

<sup>102</sup> RAFAEL DEAN BROWN, “Challenging the Enforcement of

Emergency Arbitrator Decisions”, *Kuwait International Law School Journal*, Volume 8, Issue 3, September 2020, p. 71.





**AAF**DL  
EDITORA



Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Alameda da Universidade, Lisboa



[www.livraria.aafdl.pt](http://www.livraria.aafdl.pt)



217959379