



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Patricia Albuquerque Pimentel

Independência e Imparcialidade dos Árbitros

Independence and Impartiality of Arbitrators

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses sob a orientação do Senhor Professor Doutor Alexandre de Soveral Martins.

Coimbra, 2018

RESUMO

Este trabalho trata dos deveres de independência e imparcialidade dos árbitros e das decorrências de seu descumprimento. Inicia-se por uma análise da função arbitral e percorre o caminho da doutrina e jurisprudência nacional e internacional na busca de sistematizar as formas pelas quais a dependência e parcialidade manifestam-se. Sublinha-se, as regras que já estão claras no Direito português e brasileiro e passa-se ao que resta indefinido. Sempre no intuito de objetivar o subjetivo e criar critérios mais seguros para definir as situações de procedência e improcedência das impugnações baseadas na falta de independência e imparcialidade do árbitro.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem, Imparcialidade, Independência, Dever de revelação, Árbitro, Direito Internacional.

ABSTRACT

This paper deals with the duties of independence and impartiality of the arbitrators and the consequences of their noncompliance. It begins with an analysis of the arbitrator role and scans the path of international and national doctrine and jurisprudence to systematize the ways in which dependency and partiality manifest themselves. It emphasizes, the rules that are already clear in the Portuguese and Brazilian Law and searches for what remains undefined. Always aiming to objectify the subjective and create safer criteria to define the situations of origin and dismissal of the challenges based on the lack of independence and impartiality of the arbitrators.

KEYWORDS: Arbitration, Independence, Impartiality, Duty to Disclose, Arbitrator, International Law.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

| | |
|----------|---|
| AAA | American Arbitration Association |
| CAM-CCBC | Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá |
| CA-CCIP | Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa |
| CCI | Corte Comercial Internacional |
| CIArb | Chartered Institute of Arbitrators |
| CPC | Código de Processo Civil |
| IBA | International Bar Association |
| ICSID | International Centre for Settlement of Investment Disputes |
| ICA | International Cotton Association |
| LAV | Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa |
| LAB | Lei de Arbitragem Brasileira |
| LCIA | London Court of International Arbitration |
| UNCITRAL | United Nations Commission on International Trade Law |

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| Resumo | 2 |
| Abstract | 3 |
| Lista de siglas e abreviaturas | 4 |
| Introdução | 6 |
| Capítulo I – A Independência e Imparcialidade na Arbitragem | 8 |
| 1.1 O Árbitro | 8 |
| 1.2 Os deveres dos árbitros | 10 |
| 1.3 Independência, Imparcialidade e as Regras Internacionais | 13 |
| 1.4 Independência | 15 |
| 1.5 Imparcialidade | 18 |
| 1.6 Há mesmo diferença entre independência e imparcialidade? | 21 |
| 1.7 Padrões mais estritos para árbitros ou para juízes? | 23 |
| Capítulo II – Dever de Revelação | 25 |
| 2.1 A importância do dever de revelação | 25 |
| 2.2 Dever de Investigação | 28 |
| 2.3 International Bar Association Guidelines | 30 |
| 2.4 A utilização das Diretrizes da IBA | 34 |
| 2.5 O Tribunal da Relação de Lisboa e as Diretrizes da IBA | 35 |
| Capítulo III – Consequências da não revelação e da violação dos princípios de imparcialidade e independência | 37 |
| 3.1 Impugnação do Árbitro | 37 |
| 3.2 Testes de Prova | 38 |
| 3.3 Consequências das Impugnações | 41 |
| 3.4 Limites do Direito de Impugnação | 41 |
| 3.5 Competência Impugnação | 42 |
| 3.6 Impugnação à Sentença | 43 |
| 3.7 Brasil e Portugal: Uma Comparação | 44 |
| 3.8 Jurisprudência Arbitral e a Confidencialidade | 47 |
| 3.9 Tesouro Arbitral | 50 |
| Conclusão | 61 |
| Bibliografia | 63 |
| Jurisprudência | 67 |

INTRODUÇÃO

O estudo da independência e imparcialidade na arbitragem é fascinante, pelo fato de nos obrigar a lidar com um paradoxo inédito no mundo jurídico: a possibilidade da escolha do próprio julgador pela parte vem acompanhada do perigo de que ele seja dependente e parcial.

De fato, a prerrogativa das partes poderem escolher seus próprios julgadores é uma das peculiaridades mais interessantes da arbitragem. Ela inspira nas partes a segurança de que seu julgador será especialista no assunto e de que terá disponibilidade para decidi-lo com toda a diligência. Muitos autores, inclusive, destacam essas características como um dos maiores chamarizes da arbitragem como forma de solução de conflitos e como um dos grandes responsáveis pelo seu crescimento no mundo.

As vantagens que a possibilidade de escolher seus julgadores traz e a confiança que inspira no instituto da arbitragem poderia ser quebrada pelo perigo da dependência e parcialidade, não fossem os mecanismos que abordaremos na presente tese.

Pela análise da doutrina e da jurisprudência estrangeira sobre Arbitragem Internacional, vemos que existe certo caos conceitual no que diz respeito à independência e imparcialidade do árbitro¹. Como veremos ambos os conceitos têm significados idênticos para alguns autores e distintos para outros. Ressalte-se, desde já, que escolhemos abordar a independência e a imparcialidade sendo dois conceitos distintos em ordem de evitar qualquer confusão. Primeiramente abordaremos a independência e depois a imparcialidade.

Todo esse caos é justificado, ao nosso ver, pelo fato do conceito de independência sempre vir acompanhado de questões políticas (a comunidade arbitral é pequena²), de

¹ Nas palavras de Marcelo Ferro, “até mesmo as soluções preconizadas em diretrizes apresentadas por associações de prestígio vêm sendo criticadas não somente por contemplarem, de forma exagerada, várias hipóteses (...) mas também porque ainda reina pouca clareza sobre o tema, notadamente em relação a diferentes culturas dos árbitros e das partes.” FERRO, Marcelo Roberto. *Apontamentos sobre a Independência dos Árbitros*. In ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.). *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*. São Paulo: Editoria Malheiros, 2011. p. 850.

² A comunidade arbitral é reconhecidamente pequena mesmo nos países onde a arbitragem é utilizada a mais tempo. “In some cases, the reason for a challenge will be the arbitrator's links not with one of the parties, but with a party's counsel. This will rarely be accepted as the basis for removing an arbitrator, because the international arbitration community is a small world, where is not uncommon for the arbitrators, often lawyers themselves, to know and meet the parties' counsel, or for them to be appointed with the agreement or

complexa malha de peculiaridades fáticas de cada caso concreto, e o conceito de imparcialidade de questões éticas e filosóficas extremamente subjetivas, que, se analisadas profundamente, ultrapassam os limites do que se costuma chamar ciência do Direito.

A proposta geral deste trabalho é sistematizar a confusão conceitual que existe e, assim, contribuir para o desenvolvimento da doutrina sobre as circunstâncias que configuram falta de independência e imparcialidade e os critérios para o julgamento de árbitros (ou sentenças proferidas por estes) que têm sua independência e imparcialidade contestadas.

Em ordem de atingir tais objetivos, dividimos nossa análise em três capítulos. O primeiro capítulo trata da importância da figura do árbitro no procedimento arbitral e seus deveres, entre eles o de independência e imparcialidade. No segundo capítulo abordamos o dever de revelação e tentamos com as Diretrizes da IBA encontrar os fatos que requerem divulgação por parte dos árbitros e os que não.

O terceiro capítulo busca mostrar as consequências para a violação desses deveres fundamentais incumbidos aos árbitros, demonstrando também casos internacionais e nacionais numa tentativa de entendermos como os Tribunais andam decidindo a respeito destes critérios.

even the support of the latter.” GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.) *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 565. No mesmo sentido, CLAY, Thomas, *L'arbitre*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2001, pp. 1-3.

CAPÍTULO I – A Independência e a Imparcialidade na Arbitragem

*“Tant vaut l’arbitre, tant vaut l’arbitrage.”*³

1.1. O árbitro

O árbitro é antes de tudo, um ser humano sujeito a todas as imperfeições de uma pessoa. No entanto, ao ser escolhido como árbitro pelas partes, a esse ser humano é outorgada a função de julgar e, por esse motivo, ele deve ter todas as condições necessárias para o exercício dessa tarefa. A missão do árbitro é dar solução ao litígio com justiça.

Selma Ferreira Lemes, coautora da Lei de Arbitragem Brasileira, define perfeitamente a função do árbitro no procedimento arbitral: *“O árbitro representa a pedra angular da arbitragem e a ele as partes confiam à solução justa e equânime do litígio”*.⁴

A indicação do árbitro e a constituição do Tribunal Arbitral são os primeiros passos da arbitragem; e devido suas sérias consequências para o processo, são sem sombra de dúvida um dos pontos cruciais do procedimento. Uma arbitragem somente pode começar quando os árbitros forem indicados e confirmados. Portanto, deve-se ter muito cuidado ao redigir o acordo arbitral, principalmente a respeito da seleção de árbitros, já que o sucesso ou fracasso da arbitragem depende da qualidade destes.

Nas palavras de James H. Carter, *“the top three subjects in international arbitration are the arbitrators, the arbitrators, the arbitrators”*.⁵

O impacto negativo de um árbitro impróprio na arbitragem é significativo e infelizmente maior do que o impacto de um bom árbitro. Para que a arbitragem funcione bem é importante que exista uma atmosfera de confiança, onde as partes acreditam na integridade e habilidades dos árbitros. Nas palavras de Pedro A. Batista Martins:

³ Adágio repetido exaustivamente na literatura arbitral mundial.

⁴ LEMES, Selma Maria Ferreira *“A Independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação”*, RBA nº 26, 2010, p. 26.

⁵ CARTER, James *“The Selection of Arbitrators, in Worldwide Forum on the Arbitration of Intellectual Property Disputes”*, WIPO Geneva, 1994, p. 147.

“Não é suficiente, pois, estar o árbitro dotado de absoluta capacidade e ter consciência de suas qualificações profissionais e virtudes pessoais para julgar uma questão; é preciso, acima de tudo, ter a confiança das partes”.⁶

A arbitragem como meio de resolução de disputas é um serviço. Portanto, as leis do mercado serão aplicadas na arbitragem. Clientes não satisfeitos não retornarão. Dessa maneira, é importante manter o prestígio e posição da corte, porque assim as expectativas dos clientes serão atingidas, que claramente querem ganhar a disputa ou entender porque perderam.

Tanto a LAV quanto a LAB exigem que o árbitro deve ser pessoa física e capaz⁷, no entanto, como lembra o árbitro e advogado José Emílio Nunes Pinto, em nenhuma circunstância a lei exige que o árbitro seja advogado ou jurista⁸. No entanto, devemos concordar que embora não seja obrigatório, os árbitros geralmente são advogados brilhantes e renomados, assim como professores de direito – que as pessoas assumem serem pessoas inteligentes e honradas. Muitos dos árbitros falam uma quantidade de línguas, foram educados em mais de um sistema legal e em universidades de prestígio pelo mundo, tendo assim prática em uma série de jurisdições e grande reputação. Os mais experientes são apontados nas mais importantes disputas internacionais e nacionais, onde eles resolvem não somente questões políticas sensíveis, como causas de alto valor.

Normalmente, em grande parte das arbitragens internacionais e domésticas, o tribunal arbitral é composto por três árbitros, formando assim um órgão colegial. No entanto, um árbitro único pode ter suas vantagens: o custo é menor, existe uma maior facilidade na marcação de audiências, o processo será mais rápido devido a não

⁶ BATISTA MARTINS, Pedro A. *“Normas e Princípios Aplicáveis aos Árbitros”*. In: BATISTA MARTINS, Pedro A.; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 289.

⁷ Art. 13 da LAB (*“Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.”*) e Art. 9º da LAV (*“Art. 9º. 1 - Os árbitros devem ser pessoas singulares e plenamente capazes.”*).

⁸ Nesse sentido José Emílio Nunes Pinto esclarece que *“[q]uando das discussões que antecederam a conclusão do anteprojeto de lei, o papel a ser desempenhado pelos advogados no procedimento arbitral foi alvo de calorosos debates. Reconheceu-se, no entanto, que a multiplicidade de formações poderia reverter em benefício do resultado pretendido. Aliás, passados alguns anos, pode-se dizer que o grupo de profissionais envolvido nesses debates não estava equivocado. Na prática, sabe-se de experiências muito importantes da presença de profissionais, que não advogados, em tribunais arbitrais*. NUNES PINTO, José Emílio, *O árbitro deve decidir*. Revista Jus Vigilantibus, Domingo, 3 de agosto de 2003, disponível online em <http://jusvi.com/artigos/349>.

necessidade de consulta com outros árbitros durante a arbitragem.

Normalmente, em grande parte das arbitragens internacionais e domésticas, o tribunal arbitral é composto por três árbitros, formando assim um órgão colegial. No entanto, um árbitro único pode ter suas vantagens: o custo é menor, existe uma maior facilidade na marcação de audiências, o processo será mais rápido devido a não necessidade de consulta com outros árbitros durante a arbitragem.⁹

Segundo Sylwester Pieckowski “*The quality of the tribunal is decisive, and the consequences are tragic if you choose wrong*”¹⁰.

Em resumo, as partes procuram geralmente em um árbitro alguém culto, inteligente, conhecedor da matéria, considerado, disponível, independente, imparcial e que proferirá uma grande sentença.

1.2. Os deveres dos árbitros

O exercício da função de árbitro requer do candidato atenção especial às normas de conduta e aos deveres a que está sujeito enquanto investido na função de julgador. Árbitros devem ler cuidadosamente o contrato arbitral em ordem de perceber se as partes impuseram obrigações específicas. Por exemplo, as partes podem concordar que os árbitros devam falar uma certa língua ou ter um certo tipo de experiência a respeito da matéria em disputa. Os árbitros podem também ter deveres específicos impostos por uma instituição arbitral ou por regras arbitrais, tais como a obrigação de ser imparcial ou independente, e não ter comunicações com uma parte sem notificar a outra, exceto quando a parte está escolhendo o árbitro nos termos do acordo.

As comunicações realizadas entre o árbitro e uma parte e seus representantes durante os termos do acordo, cria, muitas vezes, uma certa tensão entre o desejo do advogado por informação e a obrigação do árbitro em manter-se imparcial. É necessário seguir certos parâmetros. Nos casos de entrevista de um potencial árbitro, o advogado não deve

⁹ GREENBERG, Simon; KEE, Christopher, WEERAMANTRY, J. Romesh, *International Commercial Arbitration An Asia-Pacific Perspective*, 2011, p. 245.

¹⁰ Entrevista com Sylwester Pieckowski, Abril de 2007 citado em MOSES, Margaret L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 2ª Ed., 2012, p. 126.

perguntar questões envolvendo o mérito do caso. Não deve haver nenhuma discussão que possa causar a um potencial árbitro alguma mudança de comportamento a respeito do mérito da questão ou como ele sente-se a respeito de alguma questão do caso. A entrevista (se acontecer) deve ser limitada e direcionada a questões apenas a respeito das qualidades do árbitros, da sua experiência e da sua disponibilidade. Alguns árbitros irão inclusive, revelar qualquer discussão que tiveram com alguma parte para a outra parte se eles considerarem que a revelação deverá ser realizada.

O Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb) desenvolveu Diretrizes para as entrevistas de árbitros¹¹. Segundo Hew Dundas, árbitro e antigo presidente do CI Arb, isso significa que o árbitro que aceita ser entrevistado pode simplesmente dizer as partes que buscam a entrevista: “*I will agree to be interviewed in accordance with the Guidelines of the Chartered Institute of Arbitrators.*”¹². Isso acaba por traçar um parâmetro e regras tanto para o árbitro como para a parte, tornando o encontro mais claro e profissional.¹³

As Diretrizes em seus Arts. 2º e 3º apresentam o que pode e não pode ser discutido. Elas também apresentam uma futura guia para questões a respeito: do local da entrevista (que deve ser em um local neutro de negócios e não em um restaurante ou bar)¹⁴, o tempo (deve ser limitado)¹⁵, do reembolso do tempo de viagem¹⁶, da gravação ou nota do encontro que devem ser revelados para a outra parte¹⁷, assim como outras questões.¹⁸ As partes, na arbitragem, são titulares de um direito à nomeação de um árbitro, formando-se assim um contrato entre as partes e o “seu” árbitro.

Trata-se, de acordo com a doutrina, de um contrato obrigacional e atípico. O que caracteriza o contrato do árbitro é a prioridade da independência e imparcialidade no cumprimento da obrigação: o árbitro tem o dever contratual de julgar, mas tem o dever legal de julgar com independência e imparcialidade. O árbitro não tem o dever de julgar a

¹¹ As “*Guidelines on Interviews for Prospective Arbitrators*”.

¹² Entrevista com Hew Dundas em Março de 2007, citado em MOSES, Margaret L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 2ª Ed., 2012, p. 128.

¹³ MOSES, Margaret L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 2ª Ed., 2012, p. 130.

¹⁴ Art. 1, n. 4º, alínea c) (“Nature and place of the Interview”).

¹⁵ Art. 1, n. 4º, alínea e) (“Duration of the Interview”).

¹⁶ Art. 1, n. 5º (“Reimbursement for participating in an Interview”).

¹⁷ Art. 1, n. 6º, alínea a) (“Disclosure of the fact of the Interview”).

¹⁸ MOSES, Margaret L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 2ª Ed., 2012, p. 133.

favor da parte que o nomeou, tem o dever de julgar todas as partes de maneira igualitária assim como a independência e imparcialidade devem ser absolutas a todos os membros do Tribunal Arbitral sem nenhuma distinção. O interesse da parte coincide com o proferimento de uma decisão, não se confundindo com o proferimento de uma decisão favorável. O árbitro deve decidir o litígio segundo o Direito; agindo por conta da sua consciência e só cabe falar em cumprimento do contrato se este for executado em condições de real independência e imparcialidade.¹⁹

Nigel Blackaby exemplifica isso:

*“The balance of power, in effect, shifts from the parties to the arbitral tribunal. It is right that this should be so: **the arbitrators, not the parties, are the final judges of the matters in dispute.** However, this shift in the balance of power happens only if the arbitrators know when and how to take charge of the proceedings and understand the tools at their disposal.”* (negrito nosso).²⁰

O árbitro, portanto, da mesma forma que o juiz, coloca-se entre as partes e acima delas: esta é a condição básica para que o árbitro possa exercer sua atividade, garantindo justiça para os contendentes. Esta situação de equidistância deve ficar muito clara para as partes e para os árbitros.²¹

Os deveres mais importantes dos árbitros são os da independência e imparcialidade. Os árbitros precisam ser independentes e imparciais. Ambos os conceitos representam padrões de comportamento, imprescindíveis para o funcionamento da arbitragem.

A presença de um árbitro a quem falta independência ou imparcialidade em uma arbitragem polui o procedimento, provoca uma situação desgastante no seio do próprio tribunal arbitral e corrói a credibilidade de qualquer decisão que venha a ser proferida. Podemos chegar a conclusão que a independência e a imparcialidade podem ser vistas como pré-condições para se proferir uma sentença executável.²²

¹⁹ SILVA, Paula Costa e REIS, Nuno Trigo dos, *A natureza do procedimento judicial da nomeação de árbitro*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 41.

²⁰ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, J. Martin, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, p. 143.

²¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*, 2ª Ed..São Paulo: Atlas, 2006, p.208

²² LOZADA, Fernando Pérez, *Duty to Render Enforceable Awards: the Specific Case of Impartiality*, Spain Arbitration Review, Issue 27, 2016, p. 16.

Para preencher os requisitos de independência e de imparcialidade, o provável árbitro tem o dever, antes de ser confirmado como árbitro e durante todo o procedimento arbitral, de averiguar a existência e a manutenção da sua independência e imparcialidade. Nesse sentido, ao ser indicado como árbitro, também têm o dever de revelar e investigar os fatos que sejam de seu conhecimento, bem como atentar para aqueles que deveria conhecer em razão da atividade e vinculação profissional desenvolvidas, e a existência de relações de amizade estreitas com as partes, que possam gerar dúvida razoável quanto a sua independência e imparcialidade. Abordaremos de maneira mais profunda os deveres de revelação e investigação no segundo capítulo.²³

1.3. Independência e Imparcialidade e as Regras Internacionais

O tema da imparcialidade e independência dos árbitros não é uma questão abordada somente nos dias de hoje. Eram temas já tratados no direito romano, aparecendo no Corpus Juris Civilis de Justiniano. Já naquela época, decisões arbitrais tomadas em circunstâncias de corrupção ou predisposição óbvia eram inexecutáveis, um corolário do brocardo *nemo debet esse iudex in propria causa*.²⁴ No entanto, esses conceitos voltaram com força e tornaram-se conceitos absolutos, depois da Segunda Guerra Mundial. Porque, segundo Luttrell, tal noção estava intimamente associada (ainda que erradamente, em seu entender) à ideia de neutralidade, um conceito fundamental no direito internacional público do pós-guerra. Outra razão para a aceitação desses princípios foi o desenvolvimento do direito humanitário na última metade do século.²⁵

O direito a um tribunal independente e imparcial faz parte do núcleo de direitos fundamentais reconhecidos a todos os indivíduos pelo Art. 11º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, pelos Arts. 14º e 15º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e, no contexto europeu, pelos arts. 6º e 7º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Ainda que a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem prefira situar a arbitragem como renúncia ao direito de acesso aos tribunais, tal não invalida as

²³ LEMES, Selma Maria Ferreira, “A Independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação”, *RBA* nº 26 (2010), p. 28.

²⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos, “Imparcialidade na Arbitragem e Impugnação aos Árbitros” *RBA* nº 69 (2013), p. 41.

²⁵ Luttrell, S., *Bias Challenges in International Commercial Arbitration*, The Netherlands: Kluwer Law International. 2009, p. 296.

exigências de natureza equitativa de qualquer processo jurisdicional, seja ele judicial ou arbitral. A arbitragem deve assegurar, tal como a justiça pública, um processo igualitário e um tribunal independente e imparcial.

Nesse sentido, há um consenso tendencial na comunidade arbitral internacional, nomeadamente entre as instituições de arbitragem de referência, por meio dos seus regulamentos e da sua jurisprudência, e na vastíssima doutrina publicada, de preservar os critérios de independência e imparcialidade dos árbitros²⁶.

Algumas leis somente falam e requerem a independência em relação aos árbitros. É o caso da *Loi Fédérale sur le Droit International Privé* Suíça (Art. 180, n. 1º, alínea c)). No entanto, a Lei Modelo da UNCITRAL adiciona a condição de imparcialidade (Art. 12 (2)) e foi seguida nesse respeito pelo Código de Processo Civil da Holanda (Art. 1033 (1)), o Código de Arbitragem da Tunísia (Art. 57), o Estatuto Alemão de Arbitragem (Art. 1036 (1)), a Lei Espanhola de Arbitragem (Art.17 (1)), o Código Jurídico Belga (Art. 1690, n. 1º), a Lei de Arbitragem Brasileira (Art. 13, n. 6º). Já a Lei de Arbitragem Inglesa somente contém requerimento a respeito da imparcialidade (Art. 24 (1) (a)) assim como a Lei Sueca de Arbitragem (Art. 8).

O *Code de Procédure Civile* francês (Art. 1452, alínea 2) não fazia referência a nenhum termo; simplesmente determinava que o árbitro informasse, antes de aceitar o encargo, a existência de qualquer causa para sua recusa; essa orientação foi alterada com o advento do *Décret n. 2011-48*, de 13 de janeiro de 2011 que, ao reformar o *Code de Procédure Civile*, inseriu referência expressa aos termos “imparcialidade” e “independência” (Art. 1456, alínea 2). No mesmo sentido, a antiga Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa previa apenas que era “*aplicável o regime de impedimentos e excusas estabelecido na lei de processo civil para os juízes*” (Art. 10, nº 1), sendo que, com a nova lei (Lei nº 63/2011), passou-se a prever expressamente que os “*árbitros devem ser independentes e imparciais*” (Art. 9, nº 3).

²⁶ Segundo WILLIAM W. PARK, durante algum tempo, discutiu-se a existência ou não do dever de imparcialidade do árbitro indicado pela parte. No entanto, no ambiente jurídico internacional a independência e imparcialidade de todos os árbitros é também, claramente, a regra, vigorando na esmagadora maioria dos ordenamentos jurídicos que temos conhecimento. A exceção conhecida é a dos Estados Unidos da América. O Código de Ética para Árbitros em Disputas Comerciais da American Arbitration Association e American Bar Association, de 1977, permitia e ainda permite aos coárbitros serem parciais em relação a quem os indicou, constituindo-se em verdadeiros “árbitros da parte”. Mas esta regra é válida apenas para a arbitragem doméstica, pois, na arbitragem internacional, a regra nos Estados Unidos da América é a da imparcialidade.

As mesmas tendências surgem em instituições arbitrais. A maioria requer tanto independência quanto imparcialidade, como é o caso do Regulamento de Arbitragem da Corte Comercial Internacional (Art.11º (1)), da London Court of International Arbitration (Art. 5º (2)), da American Arbitration Association (Art. 7.62º), da Câmara de Comércio de Estocolmo (Art. 14º), da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Art.11º (1)), da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Art. 5º (1)).

1.4. Independência

A independência é comumente associada com a relação entre o árbitro e as partes²⁷, sendo pessoal, profissional, financeira, e é avaliada objetivamente, baseada em circunstâncias concretas. Em resumo qualquer conexão inapropriada deve ser repelida. Árbitros devem também continuar independentes de instituições arbitrais e dos advogados das partes. A independência do árbitro não é só uma qualidade, mas também um dever jurídico.²⁸

Se a independência é um atributo necessário para ser nomeado árbitro e a falta dela é fundamento para impugnação à nomeação do árbitro, é de se presumir que, uma vez nomeado e aceita sua nomeação pelas partes, ele foi considerado independente²⁹.

Antonio Pinto Leite em seu artigo para a Revista Brasileira de Arbitragem definiu a noção de independência:

“A independência pode definir-se como a não existência de relações, passadas ou atuais, entre árbitro e uma das partes, ou pessoas ou entidades em relação com esta, bem como a não existência de interesses ou expectativas potenciais do árbitro em uma relação futura com a parte, ou pessoas ou entidades em relação com esta, que possam constituir para o arbitro uma limitação “bias” com “foreseeable impact” em uma decisão objetiva e de plena juridicidade, seja por poder tornar o árbitro susceptível a ordens ou pressões,

²⁷ Usamos o termo parte para resumir, mas ele inclui qualquer advogado ou testemunha relacionada a ela.

²⁸ *“Independence connotes an absence of connection with either of the parties in the sense of an absence of any interest in, or any present or prospective business or other connection with, one of the parties which might lead the arbitrator to favour the party concerned.”* LUTTRELL, Sammuel, *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: the need for a real Danger test*, The Netherlands: Kluwer Law International. 2009, p. 25

²⁹ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado. Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 243-244.

*seja por poder estabelecer uma qualquer relação de constrangimento, interesse ou motivação do árbitro com o destino em causa.”*³⁰

No âmbito da jurisprudência estrangeira, a conclusão é a mesma, conforme podemos ver na decisão do caso *AT&T Corp. v. Saudi Cable Co.*, onde Lord Justice Potter da English Court of Appeal afirma:³¹

“an absence of connection with either of the parties in the sense of an absence of any interest in, or of any present or prospective business or other connection with, one of the parties, which might lead the arbitrator to favour the party concerned an absence of connection with either of the parties in the sense of an absence of any interest in, or of any present or prospective business or other connection with, one of the parties, which might lead the arbitrator to favour the party concerned”.³²

Tem-se dito, corretamente, que a independência é uma virtude e também uma condição inerente da liberdade de julgar, implicando que essa liberdade é mais do que qualquer ideologia, política ou consideração profissional. Existem duas razões para garantir a independência do árbitro: (I) garantir a transparência devida às partes (II) garantir a integridade do processo. Pois, seria difícil o árbitro, ao possuir relação ou vínculo próximo com uma das partes, decidir sem favorecê-la.

A preferência do árbitro por uma parte pode decorrer de familiaridade. A preferência por parte por conta de familiaridade, para ser configurada, gera um interesse pessoal³³ na vitória ou derrota da parte pode advir de uma relação: (a) Comercial: parte (seus advogados e testemunhas) e julgador têm interesses comerciais comuns ou relações comerciais no passado. Exemplo: árbitro possui número considerável de valores mobiliários da companhia que figura como parte na lide³⁴, (b) Profissional: parte (seus advogados e testemunhas) e julgador têm ou tiveram envolvimento profissional³⁵. Essa categoria inclui repetitivos apontamentos de um árbitro por uma mesma parte, (c) Social: parte (seus

³⁰ LEITE, António Pinto, “*Papel das Instituições de Arbitragem na Construção da Jurisprudência Arbitral – a Procura das Melhores Práticas*”, RBA n° 41 (2014), p. 107.

³¹ VIETRI Raphaël de, DHARMANANDA Kanaga, *Impartiality and the Issue of Repeat Arbitrators*, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International 2011, Volume 28 Issue 3, p. 189.

³² *AT&T Corporation v. Saudi Cable Company* [2000] BLR 29.

³³ LUTTRELL, Samuel, *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: the need for a real Danger test*, The Netherlands: Kluwer Law International. 2009, p. 27.

³⁴ *AT&T Corporation v. Saudi Cable Company* [2000] BLR 29.

³⁵ *Rustal Trading Ltd v. Gill & Duffas AS* [2000] 1 Lloyd’s Rep 14.

advogados e testemunhas) e julgador são amigos ou convivem socialmente³⁶, (d) de Parentesco: parte (seus advogados e testemunhas) e julgador são, literalmente, familiares³⁷. Discute-se se essa categoria exige ou não consanguinidade.

No entanto, é necessário diferenciar os árbitros quanto a sua experiência em categorias distintas – dos mais experientes aos menos experientes. Tome-se como exemplo o árbitro da categoria dos mais especialistas, composta por aqueles que já participaram de inúmeros procedimentos arbitrais. Como esse árbitro hipotético tem uma lista de incontáveis arbitragens no seu currículo, a probabilidade de ele ter certa relação comercial com alguma das partes, ou de já ter sido apontado por uma delas várias vezes, é enorme. Assim, é muito provável que ele se enquadre em uma situação de dependência.

Por outro lado, a possibilidade desse árbitro ter dependência que decorra de *interesse financeiro* é muito pequena. Como esse árbitro é muito experiente e é constantemente indicado em diversos procedimentos, é improvável que ele dependa economicamente do apontamento de uma parte ou que ele tenha inclinação a decidir em favor de determinado escritório para agradá-lo.

Deve-se fazer a ressalva de que essa análise só se aplica às situações de dependência profissionais ou comerciais. Os interesses pessoais de um árbitro não variam de acordo sua especialidade, é claro. A doutrina reconhece: “*se a obrigação de independência é lida de forma rígida demais, o mundo da arbitragem será privado de alguns dos seus árbitros mais famosos*”³⁸.

Deve-se frisar que a obrigação da independência é contínua, começa com os primeiros contatos e qualquer violação da independência, mesmo antes da aceitação das

36 *Laker Airways v. FLS Aerospace* [1999] 2 Lloyd's Rep 45. Importante destacar o problema dessa categoria ser levada ao pé da letra.

37 Aqui não adotamos a classificação de Luttrell, que inclui as relações de parentesco dentro da categoria das sociais e separa as relações entre árbitro e advogado da parte em uma categoria separada, a qual se subdivide em todas as subcategorias das relações com parte.

38 HENRY, M., *Le devoir d'indépendance de l'arbitre* (LGDJ 2001), para 470. No original: "if the obligation of independence is too strict the arbitration world would be deprived of some of its most famous arbitrators." No mesmo sentido, BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, J. Martin, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, p.423: "Leatherby chose - primarily because it preferred a more expert to amore imparcial tribunal - when it wrote an arbitration clause into its reinsurance contract with Merit" (...) "People who arbitrate do so because they prefer a tribunal knowledgeable about the subject matter of their dispute to a generalist court with its austere impartiality but limited knowledge of subject matter."

funções, já traz consequências indeléveis no processo, conforme reitera Thomas Clay em seu livro *L'Arbitre*:

*“En réalité, une conception large et rigoureuse de l’obligation d’indépendance ne peut s’accomoder d’une mise en oeuvre limitée dans le temps. Pour être effective, elle doit commencer au plus tôt et finir au plus tard. Partant, il faut qu’elle débute avec les premiers contacts. En d’autres termes, à peine le futur arbitre discute-t-il avec les parties qu’il doit déjà être indépendant. Aux premières heures de la future instance, la personne pressentie est déjà, potentiellement, arbitre. Sa position par rapport au litige est, elle, déjà définitive, bien qu’encore éventuelle (...). Cette obligation tient à la nature même de l’indépendance qui est une obligation continue; elle est plus un état qu’une prestation. Toute entorse à l’indépendance, même antérieure à l’acceptation des fonctions, est définitive et aura des effets indélébiles lors de l’instance. En somme l’obligation d’indépendance de l’arbitre précède sa mission”.*³⁹

1.5. Imparcialidade

O conceito de imparcialidade de um árbitro, assim como seu alcance e incidência, são mais difíceis de definir do que o da independência, devido a uma falta de um suporte teórico-conceitual adequado, causando uma confusão entre uma vaga noção desse instituto com noções de independência e neutralidade do árbitro⁴⁰.

A imparcialidade relaciona-se com o pré-julgamento do litígio, ou seja, com uma inclinação inadmissível do árbitro em relação a uma das partes ou à matéria em disputa. Essa inclinação do árbitro para o favorecimento de uma das partes (tratada na língua inglesa pelo termo “*bias*”) teria outras origens que não a conexão ou relacionamento entre ambos, podendo ser fruto de preconceções do árbitro a respeito das partes (preconcepções ligadas, por exemplo, à honestidade, etnia, nacionalidade ou orientação política destas) ou a respeito da matéria envolvida (preconcepções ligadas à predeterminação sincera do

³⁹ CLAY, Thomas. *L'Arbitre*. Paris: Dalloz, 2001, p. 306.

⁴⁰ ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Imparcialidade dos árbitros*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2014, p. 31.

árbitro quanto à tese vencedora, sem a análise dos argumentos jurídicos ou dos fundamentos fáticos da pretensão, ou mesmo derivada de corrupção)⁴¹.

O artigo 3.1 do Código de Ética da IBA (de 1987)⁴² define que: “*é parcial, no sentido geral, todo julgador que não julga baseado apenas no mérito da disputa*⁴³”. Em sentido contrário, é “*imparcial em sentido geral quem tem completa receptividade aos argumentos das partes*⁴⁴” e julga o mérito baseando-se exclusivamente neles.

No entanto, segundo Antônio Pinto Leite, não se deve confundir parcialidade com simpatia:

“A imparcialidade se torna uma conceito, muito difícil de identificar como tem a ver com certa atitude mental (state of mind) que demonstra a ausência de preconceito em relação uma das partes ou para uma questão específica. Aqui, devemos fazer uma distinção entre duas palavras: simpatia e parcialidade. Simpatia significa favorecer uma pessoa, sem considerar outro; parcialidade significa favorecer uma pessoa em detrimento de outro. Os árbitros não representam os interesses de nenhum das partes. Imparcialidade não significa não fazer parte de alguma coisa; isto é, certo tipo de motivação consistente com a afirmação ou decisão baseada no desejo de dizer a verdade, de julgar precisamente, para governar justa ou legalmente. O árbitro como o juiz, deve colocar de lado quaisquer considerações subjetivas, e esquecer a própria personalidade.”

Exemplo fascinante de parcialidade é o caso *Catalina*, de 1938. O árbitro foi apontado para decidir uma disputa entre dois navios, um Norueguês e outro Português, que haviam colidido. Uma das testemunhas ouviu o árbitro dizer a respeito das testemunhas portuguesas: “*Eles não são italianos. Os italianos são todos mentirosos nesses casos e sempre dizem o que lhes convêm. O mesmo se aplica aos portugueses. Mas do outro lado há os noruegueses, e, pela minha experiência, noruegueses são pessoas confiáveis.*⁴⁵”

⁴¹ ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Imparcialidade dos árbitros*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2014, p. 32.

⁴² Vale sempre lembrar que a Rules of Ethics, de 1987, é diferente das Diretrizes éticas da IBA, conhecidas como IBA Guidelines, essas de 2004.

⁴³ No original: “*solely based on the merits of the dispute*”. Ibidem, p. 24.

⁴⁴ No original: “*Rather, impartiality means ‘complete receptivity to the arguments of the parties’: the concurrent absence of both party and outcome preference.*”. Ibidem, p. 8.

⁴⁵ *Re The Owners of the Steanship ‘Catalina’ and the owner of the steanship ‘Norma’ [1938] 61, Llyod’s Rep 360* citado por LUTTRELL, Samuel, *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: the need for a real Danger test*, The Netherlands: Kluwer Law International. 2009, p. 16.

Outro exemplo comum de parcialidade são as *ex-parte communications*, que podemos traduzir como diálogos com a parte contrária. Receber um advogado para despachar uma petição – ação comum em processos judiciais – é mal visto (até proibido, pode dizer-se) na prática arbitral⁴⁶. Se o árbitro recebe uma das partes em seu escritório para conversar sobre o objeto de controvérsia sem o consentimento da outra parte, pode ser considerado parcial⁴⁷.

Uma outra forma de parcialidade é quando decorrer de uma opinião jurídica cristalizada: a questão é similar a outra sobre a qual ele já decidiu anteriormente, já expressou publicamente sua opinião sobre uma questão jurídica agora em análise, já se envolveu com os fatos da disputa previamente.

Um exemplo é o caso *Himpurna Califórnia Energy Ltd (Bermuda) v. The Republic of Indonesia*⁴⁸, no qual presidente do tribunal arbitral, Jan Paulsson – um dos maiores árbitros do mundo - foi impugnado com base no fato de que seu conhecido compromisso com arbitragem comercial internacional gerava aparência de que ele tinha pré-julgado a questão sobre a jurisdição do tribunal. A impugnação foi aceita e Paulsson foi substituído no painel.

A parcialidade, portanto, é o estado da mente intrínseco do julgador. A parcialidade é subjetiva e está no mundo das ideias, dos sentimentos, dos pensamentos e até do inconsciente⁴⁹. A parcialidade pode manifestar-se nas atitudes e palavras do julgador.

46 Batista Martins e José Emilio Nunes Pinto usada no Painel *Aspectos práticos do procedimento arbitral*, do II Seminário de Arbitragem do GEARB, realizado no dia 24 de abril de 2012, em Belo Horizonte.

47 Ressalte-se que isso difere da conversa que os coárbitros normalmente têm com as partes que os apontam antes de aceitarem a função. Nessa conversa, é importante que o árbitro procure não esboçar sua opinião sobre quem tem razão na disputa – até porque isso constituiria pré-julgamento -, mas a conversa, em si, não é considerada diálogo extra-parte. Até porque, como ainda não foi constituído o tribunal arbitral, a arbitragem tecnicamente sequer foi instaurada.

48 LUTTRELL, Sammuell, *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: the need for a real Danger test*, The Netherlands: Kluwer Law International. 2009, p. 18.

49 BISHOP & REED, *Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*, Arbitration International, Kluwer Law International 1998, p. 397.

1.6. Há mesmo diferença entre independência e imparcialidade?

Há autores, como Gary Born e Thomas Clay, que discordam da necessidade de diferenciação de imparcialidade e independência sob o fundamento de que, em casos concretos, sem uma não há outra⁵⁰. Já Luttrell e Fouchard⁵¹ estão entre os doutrinadores favoráveis à diferenciação dos conceitos⁵², e chamam a atenção para o fato de que os dois termos são distintos, mas são comumente confundidos porque vêm sempre pareados em leis nacionais e regras procedimentais, como um requerimento duplo⁵³.

A primeira diferenciação que se faz entre imparcialidade e independência é relativa ao tempo de duração de cada obrigação. De acordo com Sir Robert Jennings⁵⁴, a independência deve durar mesmo depois do final do procedimento, enquanto a imparcialidade acaba formalmente com o proferimento da sentença, quando, com base nos argumentos apresentados, o julgador se torna parcial a um lado ou a outro. Essa erosão da imparcialidade é necessária ao desempenho da função da adjudicação, já que a parcialidade do árbitro por um lado ou por outro aumenta a medida que ele se convence sobre o resultado da arbitragem⁵⁵.

Além disso, há duas diferenças importantes quanto à dificuldade da prova. Em primeiro lugar, provar dependência é mais fácil que provar parcialidade, pois “*provar a existência de um relacionamento entre um árbitro e uma parte requer apenas que uma linha seja desenhada entre dois pontos*”⁵⁶ Provar o estado de mente do julgador, em

50 O autor afirma: "A lack of impartiality can only be established by demonstrating a lack of independence." E ainda: " (...) the fundamental purpose of independence requirement is to ensure that there are not connections, relations or dealings between an arbitrator and the parties that would compromise the arbitrator's ability to be impartial." BORN, Gary, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009, p. 1475, nota 623 e p. 1474-1475.

51 FOUCHARD, Philippe (Eds.) *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* Kluwer Law International, 1999, p. 585.

52 "Many commentators see the two terms as 'legally synonymous'; others have labelled attempts to distinguish the two concepts and pedantic." LUTTRELL, Sammuell, *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: the need for a real Danger test*, The Netherlands: Kluwer Law International. 2009, p. 19.

53 LUTTRELL, Sammuell, *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: the need for a real Danger test*, The Netherlands: Kluwer Law International. 2009, p. 22.

54 Iran-United States Claims Tribunal, Re Judge Broms, Citado por LUTTRELL, Sammuell, *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: the need for a real Danger test*, The Netherlands: Kluwer Law International. 2009, p. 24.

55 LUTTRELL, Sammuell, *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: the need for a real Danger test*, The Netherlands: Kluwer Law International. 2009.

56 LUTTRELL, Sammuell, *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: the need for a real Danger test*, The Netherlands: Kluwer Law International. 2009.

contraposição, é mais abstrato e mais difícil. Por isso, as alegações de parcialidade são normalmente posteriores a um comportamento do árbitro que supostamente revela um estado de mente parcial.

Conforme podemos conferir na festejada obra de Fouchard, Gaillard e Goldman:

*“It is not easy to provide a comprehensive definition of the qualities of independence and impartiality required of arbitrators. Independence is a situation of fact or law, capable of objective verification. Impartiality, on the other hand, is more a mental state, which will necessarily be subjective. Impartiality is of course the essential quality required of a judge. **However, as it is rarely possible to provide direct proof of impartiality, the arbitrators should at least be required to be independent, which is easier to prove and which, in principle, guarantees the arbitrator's freedom of judgment**”.* (negrito nosso)⁵⁷

Em segundo lugar, parte da doutrina⁵⁸ aponta que há parcialidade sem dependência, mas não há dependência sem parcialidade. É dizer, um julgador envolvido em relações inapropriadas com uma parte necessariamente será considerado parcial, mas um julgador pode ser parcial por outros motivos que não a proximidade com uma parte⁵⁹.

Essa afirmação é delicada e merece análise mais profunda. Afinal, o árbitro pode estar enquadrado em situação que as Diretrizes da IBA, por exemplo, consideram inapropriada e, mesmo assim, as partes podem aceitar que ele continue no procedimento, por considerarem que a situação não desperta interesse forte o bastante para afetar seu estado de mente. Isso pode significar que o árbitro (i) pode ser dependente e não ser parcial ou (ii) que só quando uma situação for suficientemente grave para despertar parcialidade o árbitro, será considerada configurada a falta de independência.

Podemos apontar como exemplo disso, uma impugnação de sentença arbitral julgada na Suíça, onde, a imparcialidade do árbitro foi atacada pelo fato de ele ter concedido extensão de um prazo a uma parte e não ter concedido à outra. A anulação foi indeferida

⁵⁷ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.) *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* Kluwer Law International, 1999, p. 16.

⁵⁸ LUTTRELL, Sammuell, *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: the need for a real Danger test*, The Netherlands: Kluwer Law International. 2009, p. 23.

⁵⁹ LUTTRELL, Sammuell, *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: the need for a real Danger test*, The Netherlands: Kluwer Law International. 2009, p. 24.

sob o fundamento de que não existia obrigação de tratar as demandas de extensão de maneira idêntica⁶⁰.

No caso, não houve alegação de relação inapropriada entre o árbitro e as partes – o que mostra que (i) a impugnação por falta de imparcialidade é posterior a uma atitude que a prova, (ii) pode haver parcialidade sem dependência.

Em conclusão, embora seja complexo distinguir os conceitos de independência e de imparcialidade, tal distinção é concebível e tem utilidade para prosseguir a finalidade maior de um processo equitativo e de um julgamento independente e imparcial.

1.7. Padrões mais estritos para árbitros ou para juízes?

O árbitro é o juiz de fato e de direito que decide, por meio da sentença arbitral, o conflito de interesses surgido entre as partes, de acordo com as normas legais sobre arbitragem e com as normas estabelecidas pelas instituições e tribunais arbitrais. É juiz de fato por deter o poder de pesquisar o Direito e de apurá-lo, dando-lhe a devida valoração; e é juiz de direito, por caber-lhe formular o comando concreto da lei, que vai-se traduzir e expressar na sentença arbitral. Apesar da resistência de alguns doutrinadores, o entendimento predominante atualmente é que o árbitro exerce verdadeira jurisdição. Isso porque a atividade por ele desenvolvida pelo juiz togado no decorrer de um processo judicial, é a análoga à desenvolvida pelo árbitro no decorrer de um processo judicial: ambos são terceiros imparciais, que proferem uma decisão obrigatória para as partes envolvidas.

No entanto, entre o árbitro e o juiz, apesar de terem funções análogas, existem diferenças a respeito dos mundos em que se inserem. Efetivamente, enquanto um membro da magistratura judicial é juiz em prática de exclusividade, os árbitros “andam pelo mundo” e podem ter interesses muito diversificados, para lá da prática arbitral. Lembremos que muitas vezes os árbitros exercem outras ocupações, sendo muitas vezes advogados ou professores, gerando com essa atividade possíveis teias de interesses que é preciso ter atenção.

⁶⁰ 19 février 2009, Tribunal fédéral, 1ère Cour de droit civil, 4A_539/2008, Société de droit italien X v. Société de droit néerlandais Y. ASA Bulletin, Kluwer Law International 2009, Vol. 27, Issue 4, pp. 801-820.

No entanto, observa-se que os servidores públicos, em geral, estão proibidos de funcionarem como árbitros⁶¹. O árbitro, na prática, é um profissional liberal. Portanto, diferentemente do juiz togado, pode ter advogado ou dado parecer para uma das partes que irá julgar, pode estar ligado ao escritório de advocacia que defende uma das partes ou pode depender economicamente de que a parte o aponte reiteradamente, dentre outras situações.

Pelo fato de estar no mercado, o árbitro está exposto a uma gama muito mais extensa de conflitos de interesses que os juízes togados – sugere que eles devem estar submetidos a regras mais rígidas. Além disso, argumenta-se que, como não há recurso de sentença arbitral, torna-se mais gritante a necessidade de garantir um julgamento independente e imparcial. Nesse sentido, destacamos Gary Born e Luttrell⁶².

Prevalece, enfim, o entendimento de que deve haver mais rigor com a independência e imparcialidade do árbitro. Porque, o mundo dos árbitros não é o mesmo dos magistrados. O mundo dos árbitros é sujeito muitas vezes às leis do mercado e portadores de compromissos e cumplicidades que não podem abandonar de um dia para o outro. Dessa maneira, a independência e imparcialidade do *juiz particular* dificilmente será a mesma do juiz estadual.

61 Essa proibição não vem da Lei de Arbitragem, mas das leis que regem cada função pública. De acordo com o art. 26, II da Lei Orgânica da Magistratura, por exemplo, o juiz estatal não só poderá exercer a função de magistrado e mais uma de magistério. R.v. Gough [1993] AC 646, England, House of Lords.

62 BORN, Gary, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009. LUTTRELL, Samuel, *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: the need for a real Danger test*, The Netherlands: Kluwer Law International. 2009, p. 41, 42.

CAPÍTULO II – O dever de revelação

*“É no dever de revelação que a arbitragem se purifica.”*⁶³

2.1. A importância do dever de revelação

A lei portuguesa e a brasileira atribuem aos potenciais árbitros uma *obrigação de revelação*⁶⁴. Essa obrigação está expressa no Art. 13, nº 1 da LAV (*“O árbitro deve, durante todo o processo arbitral, revelar, sem demora, às partes e aos demais árbitros as circunstâncias referidas no número anterior que sejam supervenientes ou de que só tenha tomado conhecimento depois de aceitar o encargo”*) e no art. 14, nº 1 da LAB (*“antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência”*).

O dever de revelação constitui um dever fundamental da arbitragem nacional e internacional. É um dever ligado a garantia de sua reputação. O árbitro tem o dever de revelar às partes todas as circunstâncias cuja natureza possa afetar seu julgamento e provocar aos olhos das partes uma dúvida razoável sobre sua independência e imparcialidade, que são a essência da função jurisdicional.

O dever de revelação vem acompanhado da noção de confiança. Como já vimos, a confiança é um critério essencial para indicação de um árbitro. É dela que deriva o dever de transparência do árbitro, o dever de revelar fatos ou circunstâncias que possam abalar a crença gerada nas partes. Como consequência, a ausência de revelação de um fato importante e notório que possa influenciar o julgamento do árbitro representa a violação do devido processo legal, do direito de defesa, pois a parte foi impedida de se defender

⁶³ LEMES, Selma Maria Ferreira *A Independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação*, RBA nº 26 (2010), p.29.

⁶⁴ FERRO, Marcelo Roberto, *Apontamentos sobre a Independência dos Árbitros*. In ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.). *Temas de Direito Societário Empresarial Contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 849), p. 849.

adequadamente, já que não conhecia o fato e dessa maneira ficou impedida de impugnar o árbitro.⁶⁵

A obrigação de revelação pode ocorrer antes ou durante da instância arbitral. O dever de revelação do árbitro não se esgota no início da arbitragem, mas mantém-se até o fim da arbitragem, de forma que o árbitro, no exercício de sua função, deve sempre revelar as partes situações que, surgidas mesmo após sua nomeação, possam criar algum tipo de desconforto e dúvida. É o que afirma Pedro Batista Martins:

*“De todo modo, é bom salientar que, apesar de a lei determinar que o disclosure seja feita no momento que antecede a nomeação do árbitro, este é dever a ser observado ao longo de todo o processo arbitral, de forma a se registrar, no interesse das partes, fatos supervenientes, ou mesmo antigos e esquecidos, que possam denotar dúvida justificada quanto a imparcialidade ou independência do julgador”.*⁶⁶

Na prática, quando o candidato a árbitro é abordado pela parte, ele revela informalmente (na maioria das vezes por telefone) as circunstâncias que acha relevantes. Se for escolhido e designado pela parte, o árbitro deve revelar tais circunstâncias, mas agora de maneira formal, às partes e à instituição arbitral se esse for o caso. É hoje ponto sólido na melhor doutrina que a obrigação de revelação tem igualmente por destinatários os coárbitros, por isso que a independência e imparcialidade do árbitro são aferidas também pelo tipo e extensão das relações que tem com estes. Poder-se-á dizer que há aqui um relevante interesse coletivo de todos os intervenientes no processo arbitral.

Muitas vezes o árbitro indicado não tem a certeza se deve revelar certo fato, se seria relevante ou desnecessário. Na dúvida, aconselha-se que seja revelado, pois o prejuízo da revelação sempre será menor do que da eventual omissão, já que, se esse fato aos olhos das partes for importante, é causa de sua rejeição e a sua omissão poderá por em risco toda a arbitragem. A ocultação gera suspeita. Portanto, é o segredo que gera, em primeiro plano, o problema.

⁶⁵ LEMES, Selma Maria Ferreira *A Independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação*, RBA n° 26 (2010), p.29.

⁶⁶ BATISTA MARTINS, Pedro A., *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, 1ª Ed., Forense, Rio de Janeiro: 2008, p. 67.

No entanto, revelar demasiado também é um problema. É o chamado “*overdisclosure*”, onde os árbitros acabam revelando mais fatos do que seriam necessários. Paulo Henrique Lucon faz uma acertada definição desse problema na arbitragem:

“Tal fato é potencialmente problemático, pois permite que uma parte atrase o procedimento, por meio de uma impugnação ao árbitro que, em sua base, é infundada, sendo um dos grandes problemas das arbitragens internacionais e nacionais”.⁶⁷

Um exemplo de impugnação pela parte de relações triviais é um julgado da Cour de Cassation francesa, onde uma das partes pediu a anulação da sentença arbitral baseada no fato de que o Tribunal Arbitral tinha sido constituído irregularmente, pois o Árbitro Presidente era amigo de *Facebook* de uma advogada da outra parte. A Corte rapidamente rejeitou esses argumentos, alegando que amizade de Facebook não é motivo o bastante para criar dúvidas a respeito da imparcialidade e independência do árbitro.⁶⁸

É necessário frisar que não são as relações do árbitro com outras pessoas que são proibidas. Para ser árbitro é necessário ser bem relacionado. O que se espera é a revelação de certas relações. O dever de revelação é hoje a questão central no que diz respeito à independência e imparcialidade dos árbitros. Da mesma maneira, não se exige que o árbitro seja um ser isento de ideologias e opiniões próprias a respeito de certas questões, desde que ele consiga manter suas convicções fora do âmbito da questão julgada.

O dever de revelar imposto ao árbitro é corolário de um dever maior, uma verdadeira obrigação de resultado, que ele assume ao aceitar o encargo. Trata-se do dever de assegurar a prolação de uma sentença que solucione o litígio de forma válida, isto é, uma sentença que possa ser executada no local desejado pelas partes, blindada de qualquer impugnação eventualmente direcionada pela parte sucumbente.⁶⁹ Nestas condições, o árbitro que deixa de revelar fatos que eram (ou, pelo menos, deveriam ser) de seu conhecimento sujeita as partes a uma decisão nula, pois proferida por um tribunal arbitral cuja constituição é

⁶⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos, *Imparcialidade na Arbitragem e Impugnação aos Árbitros*, RBA n^o 69 (2013), p. 40.

⁶⁸ Corte de Apelação de Lyon, 11 março de 2014, *Société Tesco v Société Neoelectra Group*, Caso n.º 09/28537.

⁶⁹ FERRO, Marcelo Roberto, *Apontamentos sobre a Independência dos Árbitros*. In ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.). *Temas de Direito Societário Empresarial Contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 849), p. 853.

irregular (ou tornou-se) irregular no curso da arbitragem, quando fatos objetivos apontam uma dúvida justificada a respeito da falta de independência de um árbitro.⁷⁰

É da maior importância perceber que a revelação não implica por parte do árbitro a admissão da existência de qualquer conflito de interesses. Muito pelo contrário: se o árbitro não se considerasse independente e imparcial não teria aceitado o encargo e, conseqüentemente, não teria procedido à revelação. O objetivo da revelação é permitir às partes (e aos coárbitros) determinarem se concordam com a avaliação feita pelo árbitro e, sendo necessário, obterem mais informação.

2.2. Dever de Investigação

Diante de uma indicação para atuar como árbitro, o provável árbitro deve investigar todos os seus relacionamentos presentes e passados com as partes e, se for o caso, com grupos societários aos quais as partes estão vinculadas.

Assim, o cumprimento do dever de revelação exige uma postura proativa do árbitro na investigação de fatos cuja participação seja relevante para as partes, não sendo admissível um comportamento meramente passivo a questionários predeterminados pelas instituições arbitrais, sobretudo quando os fatos poderiam ser da sua ciência se realizasse uma investigação (ex. o filho do árbitro tem relações profissionais estreitas com uma das partes). Nestas condições, a ignorância do árbitro sobre estes fatos decorre exclusivamente de sua negligência na realização de pesquisa razoável, isto é, descumprimento do dever de informar-se.

É um dever que tanto as partes quanto os árbitros devem realizar. Na prática, ajuda se as partes dão ao árbitro uma lista de companhias e indivíduos que devem ser revisadas por estes para possíveis conflitos de interesse, e os árbitros realizam as chamadas checagens de conflito.

Assim, a investigação de eventuais situações de conflito não se restringe ao mero conceito processual de parte, mas inclui uma noção maior, de grupo econômico e de partes relacionadas. Da mesma forma pode-se considerar em relação à ótica do árbitro, pois, a

⁷⁰ CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei 9.307/96*, Malheiros Editores, São Paulo, 2009, p. 37.

verificação de conflito também extrapola a sua pessoa, incluindo o seu escritório de advocacia, os seus sócios, o seu cônjuge, ascendentes e descendentes, ou, quem tenha com ele algum grau de parentesco.

De acordo com o advogado e árbitro brasileiro, Marcelo Ferro:

*“Com efeito, o integrante de um escritório de advocacia que se dispõe a ser árbitro sabe que, ao aceitar o encargo, ele acarreta o impedimento de todo o escritório e assume a obrigação constante de manter as partes informadas sobre algum fato que possa induzir dúvida justificada no espírito delas a respeito de sua imparcialidade ou independência, seja este fato relacionado à sua pessoa ou à pessoa de seus sócios.”*⁷¹

Essa obrigação de investigação é ainda mais relevante quando se verificam as constantes fusões e aquisições no âmbito dos escritórios de Advocacia, ou mesmo quando o árbitro, durante o processo arbitral, passa a integrar outro escritório. É evidente que, nestes casos, o dever de investigação deve ser realizado, pois eventuais laços profissionais entre o novo escritório do árbitro e uma das partes na arbitragem – ou mesmo partes relacionadas – podem ser de tal magnitude que sua independência reste comprometida, a despeito de sua convicção pessoal em sentido oposto. Assim, embora não se possa considerar que tal situação implicaria a desqualificação automática do árbitro, a existência de laços atuais entre a parte e o novo escritório do árbitro é fator que deve ser informado, a fim de que se possa decidir a questão casuisticamente.

No que concerne ao antigo escritório do árbitro, sempre em benefício da ampla transparência, é prudente que o árbitro revele às partes ter integrado aquele escritório de Advocacia (como sócio, associado, consultor interno ou externo) e que a verificação de conflito por ele realizada não inclui os clientes do escritório anterior, ficando ao critério das partes pedir maiores informações a este respeito, como já foi dito, na dúvida melhor revelar.

⁷¹ FERRO, Marcelo Roberto. *Apontamentos sobre a Independência dos Árbitros*.in ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.). *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*. São Paulo: Editora Malheiros, 2011. p. 849.

Em síntese, se o árbitro não pretende fazer checagem constante de conflito, ou se seu escritório não dispõe de mecanismos hábeis e seguros para realizar essa pesquisa, então, o melhor a fazer é declinar do convite para atuar como árbitro.

2.3. International Bar Association Guidelines

A *International Bar Association*, uma associação internacional de advogados, nomeou um Grupo de Trabalho formado por 19 especialistas em arbitragem internacional de 14 países para estudar legislações nacionais, jurisprudências e normas de arbitragem e estabelecer as Diretrizes relativas a Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional de 2 de maio de 2004, as *IBA Guidelines*, numa tentativa para lidar com problemas em relação a imparcialidade e independência dos árbitros. O objetivo era desenvolver padrões práticos e concretos de aplicação.⁷²

As Diretrizes são divididas em duas partes: (i) Princípios Gerais⁷³ e notas explicativas e (ii) Listas de Aplicações. Nas Listas de Aplicação das Guidelines, o Grupo de Trabalho dá exemplos de como os Princípios Gerais da Parte I devem ser aplicados. As listas de aplicações, divididas em três diferentes grupos, são especialmente interessantes, pois consistem em situações específicas que justificam ou não a revelação do árbitro. Os grupos foram nomeados de acordo com as cores de um semáforo: vermelho, laranja e verde. Todas as listas da Parte II são referidas como não exaustivas, significando que outras situações podem caber na lista, baseada na aplicação dos Princípios Gerais da primeira parte.

As situações enunciadas na Lista Vermelha são as mais graves, contendo exemplos de sérios conflitos de interesse. É uma lista que enumera casos que dão origem a fundadas dúvidas quanto à imparcialidade e à independência dos árbitros. Ela é dividida em dois subgrupos, não renunciáveis (*non waivable*) e renunciáveis (*waivable*). A Lista Vermelha não renunciável identifica situações oriundas do princípio fundamental de que a ninguém cabe julgar a si mesmo. Dessa forma, o fato de o árbitro revelar uma situação ali disposta

⁷²Diretrizes International Bar Association, disponível em <http://arbitragem.pt/projetos/cda/iba-guidelines.pdf>, (29.05.2017).

não resolve o conflito – ele deve ser afastado do procedimento. Quando uma situação é não renunciável, significa que o conflito é tão sério que não é permitido que as partes renunciem e continuem com a arbitragem. O árbitro nessa situação simplesmente não pode aceitar a indicação. Já a Lista Vermelha renunciável dispõe sobre situações sérias, mas de menor gravidade. As partes, cientes de um conflito de interesse de circunstância da lista, podem renunciar ao seu direito de substituir o árbitro, se o manifestarem expressamente.⁷⁴

São não renunciáveis as situações de: identidade entre uma parte e um árbitro (árbitro é representante legal ou administrador da pessoa jurídica que é parte no procedimento); o árbitro possuir interesse financeiro direto no objeto da demanda ou prestar assessoria regular à parte que o indicou. São renunciáveis as hipóteses de: o árbitro possuir interesse financeiro indireto na demanda, ter envolvimento prévio no caso, possuir relacionamento familiar com uma das partes ou representante das partes.

A Lista Laranja é menos grave – é o espaço das dúvidas justificáveis: são situações que devem ser reveladas, mas que não necessariamente são suficientes para excluírem o árbitro. Diferentemente da Lista Vermelha renunciável, nas hipóteses da Lista Laranja, a aceitação da permanência do árbitro no procedimento fica implícita se após a divulgação não for apresentada objeção em tempo hábil (prazo de 30 dias). A Lista Laranja contém situações que podem, no entendimento das partes, dar origem a dúvidas justificáveis quanto à imparcialidade e à independência do árbitro. Se tal oposição não for levantada dentro desse prazo, presume-se que as partes aceitam a nomeação do árbitro.

São exemplos de situações elencadas na Lista Laranja: serviços anteriores prestados há mais de 3 anos para uma das partes; serviços atuais prestados pelo escritório do árbitro, sem seu envolvimento, a uma coligada das partes, sem constituir relacionamento comercial significativo; o árbitro ter defendido publicamente uma posição específica a respeito da matéria objeto da arbitragem.

Uma questão importante que as Diretrizes da IBA trazem é a respeito às repetitivas indicações provêm de um mesmo advogado ou do seu escritório de advocacia. Sensíveis a essa diferença, as Diretrizes tomam como parâmetro que justifique a revelação à existência

⁷⁴ CAMELO, António Sampaio, Comentários ao Projecto de Código Deontológico do Árbitro aprovado pela Direcção da A.P.A em 19.06.2008, p. 17, disponível em <http://www.arbitragem.pt/projetos/cda/2006-11-20-comentarios-ao-cda--antonio-sampaio-caramelo.pdf>

de pelo menos três indicações nos últimos três anos. Se ela ocorreu há mais de três anos, não têm que ser reveladas e caem na Lista Verde. É importante frisar que a indicação frequente pelo mesmo advogado ou mesmo escritório de Advocacia não acarreta a desqualificação automática do árbitro, impondo-se a análise das condições de cada caso.

Na essência, o fundamento para justificar a revelação nestes casos é a eventual dependência econômica existente entre o árbitro e o advogado, ou o escritório de Advocacia que frequentemente o indica para o encargo. De fato, essa relação privilegiada poderia comprometer a independência do árbitro, cioso em garantir a manutenção de um fluxo constante de trabalho proporcionado pelo advogado, ou do seu escritório, seja conjugado com número total de indicações recebidas pelo árbitro no mesmo período, aliado a outras circunstâncias do caso concreto.⁷⁵

A análise das indicações repetitivas deve sofrer um temperamento quando se trata de certas áreas nas quais é notória a escassez de árbitros especialistas, como, por exemplo, em questões envolvendo construção civil, navegação, resseguro, ou naquelas situações em que as indicações repetitivas possam ser razoavelmente justificáveis em razão de determinada particularidade. Em tais casos, as partes e os escritórios atuantes nesse segmento dispõem de poucos nomes no mercado, em relação aos quais ainda se deve verificar sua disponibilidade para atuar no caso e a inexistência de conflito de interesses. Ou seja, o universo de candidatos é normalmente reduzido sendo por isso, frequente a indicação recair em um mesmo nome, pois na essência trata-se de verdadeira elite, no sentido de sua notória competência, honestidade e experiência.

As relações entre o árbitro e o advogado de uma das partes devem ser analisadas à parte. É notório que o mundo da arbitragem é um meio bastante restrito, e os árbitros são, na maioria das vezes, advogados. Desta forma, forçoso é reconhecer uma certa especificidade na posição dos árbitros que não deve ser comparada a dos juízes. De acordo com a Corte Suprema Americana no caso *Commonwealth Coatings*, “*it is often because*

⁷⁵ MIRANDA, Agostinho Pereira de, O estatuto deontológico do árbitro – passado, presente e futuro, Revista de Arbitragem e Mediação 116, 2010.

*they are men of affairs, not apart from but of the marketplace, that they are effective in their adjudicatory function*⁷⁶.

A Lista Verde elenca situações em que o conflito de interesse inexistente. O árbitro, portanto, não precisa revelar as circunstâncias ali dispostas e as partes não podem impugná-lo com base nelas. É um verdadeiro limite à autonomia das partes que visa a proteger a privacidade do árbitro. A Lista Verde contém exemplos de situações que o Grupo de Trabalho acredita que não irão suscitar dúvidas a respeito de imparcialidade ou independência, dessa forma não necessitando de revelação. A Lista Verde proporciona um porto seguro. A Lista Verde, portanto, é uma enumeração de casos em que nem sequer a aparência de parcialidade ou dependência existe. Assim, tampouco existe um conflito de interesses. Dessa forma, para as situações previstas nesta lista, a revelação não é necessária.

São exemplos de eventos da Lista Verde: pareceres jurídicos anteriores e opiniões gerais a respeito de matéria que integra o procedimento arbitral; contatos do árbitro com o consultor jurídico de uma das partes devido a filiação na mesma entidade de classe ou organização social, o árbitro e o advogado de uma das partes ou um coárbitro já fizeram parte de um mesmo Tribunal Arbitral, se o árbitro detém um número negligenciável de ações no capital de uma das partes ou uma de suas filiais, a revelação não é obrigatória.

Nesse exemplo, as partes assumem que o árbitro deve revelar se foi coárbitro em alguma matéria com algum advogado de uma das partes do conflito. Uma parte pode também estar interessada em saber se dois árbitros já trabalharam juntos, particularmente se um dos dois foi presidente ou coárbitro. A parte pode que dois árbitros pensam de maneira igual devido às suas experiências em conjunto, ao invés de tratar a matéria de uma maneira completamente independente. Aqui, no entanto, a posição das Diretrizes é que essas circunstâncias de experiências previamente divididas não precisam ser reveladas. Alguns autores têm a opinião de que como algumas leis nacionais podem não ter a mesma opinião a respeito da necessidade de revelação que o Grupo de Trabalho, seria melhor que o árbitro revelasse se tem alguma dúvida, ao invés de contar com na Lista Verde.

⁷⁶ SUPREME COURT, UNITED STATES, *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co.*, 393 US, 145 (1968).

As opiniões jurídicas, anteriormente expressas pelo árbitro, que não são diretamente ligadas ao caso, estão previstas na Lista Verde das Diretrizes e, portanto, não precisam ser reveladas. O fato de as partes ou seus advogados escolherem um árbitro em razão de seu posicionamento com relação à certa questão de direito não afeta sua independência⁷⁷. Sabe-se que, na prática, os advogados, antes de nomear um árbitro, vão sempre que possível consultar suas opiniões publicadas na matéria objeto do litígio

2.4 A utilização das Diretrizes do International Bar Association

A questão da utilização prática das Diretrizes não é de fácil análise. As Diretrizes não têm força de lei, assim, nem os árbitros nem os juízes são obrigados a aplicá-las. Portanto, quando nos perguntamos de que forma as Diretrizes serão utilizadas, três hipóteses apresentam-se. Primeiro, elas podem ser aplicadas pela vontade das partes. Em seguida, o próprio árbitro ou as instituições arbitrais poderão aplicá-las de ofício. Por último, os juízes estatais, seja em face de uma demanda de recusação de um árbitro, seja em face de uma demanda de reconhecimento, execução ou anulação de uma sentença arbitral, poderiam inspirar-se nelas.

Poderíamos assim transpôr às Diretrizes a observação feita por Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman sobre o Código de Ética da IBA e afirmar que “*le simple fait que ce règlement existe amènera les parties, les arbitres et les juges à en tenir compte, et l’appréciation des comportements et des responsabilités ne pourra plus se faire comme auparavant, comme s’il n’existait pas*”⁷⁸.

A utilização das Diretrizes não está isenta de críticas. Uma delas seria que as Diretrizes teriam por finalidade atender os interesses de grandes escritórios e de árbitros internacionais renomados, visando escapar ao conflito de interesses. Seriam Diretrizes feitas por advogados para advogados. No entanto, a esta crítica o Grupo de Trabalho respondeu que o texto das Diretrizes, propositalmente, não se adereça a árbitros que não

⁷⁷ Tenhamos como exemplo um professor de direito com vários anos de atividade acadêmica e uma vasta produção intelectual. Se considerarmos que ele está obrigado a informar todos os trabalhos que já publicou ou mesmo opiniões expressas em conferências, estaríamos agravando de forma exagerada a obrigação de informação do árbitro.

⁷⁸FOUCHARD (P.), GAILLARD (E.), GOLDMAN (B), *Traité de l’arbitrage commercial international*, p. 195.

são advogados. Assim, o texto do IBA não é, nem se propõe a ser, adaptado a todos os tipos de árbitros. De toda forma, é possível fazer uma triagem nas disposições das Diretrizes para saber o que se aplica a todos os árbitros – as disposições relativas às relações pessoais entre árbitros e partes, por exemplo – e o que se aplica somente aos árbitros advogados.⁷⁹

Outra crítica tradicional feita às Diretrizes, é a de que toda lista é obrigatoriamente lacunosa, isto é, é impossível prever tudo. O grupo de trabalho, que não ignorou essa crítica, afirma que as listas são não exaustivas.

Assim, Diretrizes como estas do IBA mostram-se muito importantes para trazer um pouco de previsibilidade, uniformidade, clareza e segurança sobre esta questão tão delicada. As regras gerais, como podemos verificar, reorganizam, de uma certa maneira, os princípios já existentes, sendo que o essencial do seu conteúdo encontra-se nas legislações internas e nos regulamentos de arbitragem. O que é realmente novo e mais interessante são as listas, os casos concretos que elas descrevem e a maneira como elas nos dão os contornos da obrigação de revelação. As Diretrizes permitem sair do terreno abstrato da valoração moral para o terreno concreto de situações vedadas e situações permitidas.

As Diretrizes são, obviamente, apenas um ponto de partida e não resolvem todas as dificuldades. Não se trata aqui de defender, cegamente, a aplicação desse texto. Mas o fato é que a iniciativa da IBA alimenta o debate sobre a questão da independência e da imparcialidade dos árbitros internacionais, assim como a questão do conteúdo da obrigação de revelação. Incentivar o debate sobre uma questão tão crucial só pode ser positivo.

2.5 O Tribunal da Relação de Lisboa e as Diretrizes da IBA

O Tribunal da Relação de Lisboa tomou, em 24 de março de 2015 (Processo nº 1361/14.OYRLSB.L1), uma importante decisão a respeito do tema da independência e imparcialidade dos árbitros. O tribunal considerou não ser imparcial e isento um árbitro nomeado mais de 50 vezes, pelo mesmo mandatário, nos últimos três anos.

⁷⁹ MIRANDA, Agostinho Pereira de. *O estatuto deontológico do árbitro – passado, presente e futuro*, Revista de Arbitragem e Mediação 116, 2010, p. 14.

A decisão baseou-se no Art. 5^o⁸⁰ do Código Deontológico do Árbitro da Associação Portuguesa de Arbitragem e nos Arts. 3.1.3, 3.1.5 e 3.3.7⁸¹ da Lista Laranja das Diretrizes da IBA.

Segundo o Tribunal, mesmo que as Diretrizes da IBA não sejam normas de direito e, muito menos de direito nacional, não deve-se colocar em causa que elas possam constituir um instrumento auxiliar na densificação dos conceitos de imparcialidade e independência constantes do artigo 13.º n.º 3 da LAV.

O Tribunal da Relação de Lisboa considerou que “*tais circunstâncias são suscetíveis de criarem fundadas dúvidas sobre a independência e isenção do árbitro*”, revogando assim, a decisão do tribunal arbitral, conseqüentemente dando provimento ao incidente de impugnação de árbitro e concretizando os princípios da independência e imparcialidade.

É inquestionável o fato de o árbitro em questão apresentar um comportamento objetivo que não pode deixar de suscitar sérias dúvidas de independência e imparcialidade. Pelo menos “aos olhos da outra parte” um árbitro com 50 nomeações, nos últimos 3 anos, por parte do mesmo mandatário, poderá levantar dúvidas relativas à sua potencial dependência econômica dos honorários de árbitro, que podem fazê-lo inclinar-se a decidir a favor daquela parte, com o objetivo de continuar a angariar futuras nomeações. Para além disso, um número tão grande de nomeações, no mínimo, levantará dúvidas sobre a existência de relações entre mandatário e árbitro, e até uma possível intimidade de interesses, que não deverão considerar compatíveis com um desempenho adequado das funções de árbitro.

⁸⁰ “Art. 5.º (...) Havendo dúvida sobre a relevância de qualquer facto, circunstância ou relação, prevalecerá sempre o dever de revelação”.

⁸¹ “3.1.3. O árbitro foi nomeado, nos três anos anteriores, para exercer tal função em duas ou mais ocasiões, por uma das partes ou por coligada de uma das partes”; “3.1.5. O árbitro atualmente actua, ou actuou nos três anos anteriores, como árbitro em outro processo arbitral em assunto relacionado envolvendo uma das partes ou coligada de uma das partes”; e “3.3.7. O árbitro foi o destinatário, nos três últimos anos, de mais de três nomeações pelo mesmo consultor jurídico ou pelo mesmo escritório de advocacia”;

CAPÍTULO III – Consequências da não revelação e da violação dos princípios de independência e imparcialidade

*“Justice should not only been done. It shall be seen to be done.”*⁸²

3.1. Impugnação do Árbitro

A impugnação do árbitro é a sanção natural da violação do dever de independência e imparcialidade. É, pois, um meio curativo para preservar tais valores e, com isso, a regularidade da arbitragem.

Nos termos da LAB, o árbitro pode ser impugnado, se tiver com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, essa condição do Art.14, *caput* da LAB não é taxativa, como veremos melhor depois. O Art. 14, nº1 diz: “*1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.*”. Ou seja, podemos também concluir que não respeitando isso também temos motivos para a impugnação.

Uma parte pode ir contra a indicação de um árbitro e procurar a remoção dele antes do Tribunal ser constituído ou depois, se novos fatos vêm à luz. Suponhamos que um árbitro revele um determinado fato na ocasião de seu apontamento. Se a revelação foi feita antes da constituição do tribunal, a parte pode arguir a *exceção de recusa do árbitro*, que está prevista no Art. 15 da LAB. No entanto, segundo o Art. 14 da mesma lei, o árbitro somente poderá ser impugnado por motivo ocorrido após sua nomeação, mas poderá ser impugnado por razão anterior à sua nomeação quando: “*a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.*” Se a exceção for acolhida, o árbitro será substituído na forma do Art. 15.

⁸² Famosa frase de Lord Chief Justice Hewart’s em *R.v. Sussex Justices; Ex Parte McCarthy* [1924] 1 KB 356, England.

Na LAV a impugnação do árbitro só ocorre depois da constituição do tribunal arbitral. Segundo o Art. 13, nº 3 da lei portuguesa, a impugnação tem uma natureza *sancionatória*, ocorrendo num momento em que o árbitro já violou o dever de independência e imparcialidade: *“Um árbitro só pode ser recusado se existirem circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade ou independência ou se não possuir as qualificações que as partes convencionaram. Uma parte só pode recusar um árbitro que haja designado ou em cuja designação haja participado com fundamento numa causa de que só tenha tido conhecimento após essa designação.”*.

3.2. Testes de Prova

Há três momentos nos quais será necessário decidir se uma acusação de dependência e parcialidade deve prosperar ou não. São eles o julgamento de impugnação: (i) ao árbitro antes da instauração do tribunal (geralmente com base em fato por ele revelado); (ii) ao árbitro no curso do procedimento (geralmente baseada em fato não revelado, descoberto por uma parte ou em comportamento do árbitro); (iii) à sentença arbitral.

Tribunais estrangeiros e as cortes das câmaras utilizam padrões para avaliar as provas que embasam cada impugnação e decidir pela sua procedência ou improcedência⁸³. Esses padrões são chamados de testes de prova (*“tests of evidence”*) e, como o nome sugere, consistem na avaliação da adequação e suficiência dos indícios apresentados nas impugnações.

Embora as provisões sobre impugnação da maioria das cortes nacionais sejam muito similares e embora haja uma tentativa de criar um padrão uniforme, os testes de prova são muito diferentes de jurisdição para jurisdição. De acordo Singhal⁸⁴ e Luttrell, esse

⁸³“A party can challenge an arbitrator on discovering, after that arbitrator's appointment, that he or she does not possess the qualities required of a private judge, (...) However, the attitude of the courts will differ according to the nature of the grounds for the challenge. If the arbitrators' independence or impartiality are at issue, the court will carefully examine the circumstances giving rise to the challenge”. GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.) *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* Kluwer Law International, 1999, p. 585.

⁸⁴ “However, in spite of various attempts creating a uniform standard of independence and impartiality, by bodies like UNICITRAL and International bar Association, there is no unanimity on this point among different jurisdictions. The test applied is consequently dependent, to a large extent, on the curial law

paradoxo é presente mesmo nos Estados que, como o Brasil e Portugal, adotam a Lei Modelo da UNCITRAL, nos quais a lei, teoricamente, seria uniforme e idêntica.

Os testes de prova das Diretrizes da IBA são os mais utilizados. A Diretrizes em sua primeira parte, tem seus Princípios Gerais e estabelece os padrões para os testes de prova. O Princípio Geral 1 é que todo o árbitro tem que ser e permanecer imparcial e independente.

O Princípio Geral 2, “Conflitos de Interesses”, apresenta um padrão duplo (objetivo e subjetivo) para determinar se um particular conflito deve requerer que o árbitro decline sua indicação. O primeiro padrão listado no Princípio Geral 2 é subjetivo: um árbitro precisa declinar a indicação se ele tem dúvidas respeito da sua imparcialidade e independência. O segundo padrão é objetivo: o árbitro deve declinar sua indicação se um observador razoável e informado tenha dúvidas justificáveis a respeito da sua independência e imparcialidade.

Esse teste (de um observador razoável e informado) foi aplicado pela primeira vez no *leading case Porter v. Magill*, julgado em 2002⁸⁵. De acordo com Singhal e com Luttrell, quase todos os países passaram a adotar esse teste da depois desse julgamento.

A mudança da *perspectiva da Corte* para a *perspectiva de um terceiro observador razoável* foi influenciada pela decisão da Corte Européia de Direitos Humanos em *Director General of Fair Trading v. Proprietary Association of Great Britain & Ors*⁸⁶. No caso, restou decidido que a perspectiva de um terceiro era mais democrática e seguia o princípio de que *justice should not only be done, it shall be seen to be done*.

O objetivo do teste de um observador razoável para a desqualificação requer mais de uma mera possibilidade de que as circunstâncias em questão podem criar dúvidas a respeito da imparcialidade e independência. Antes, as circunstâncias devem criar dúvidas que são justificáveis a respeito da independência e imparcialidade do árbitro. Dúvidas justificáveis, segundo as Diretrizes da IBA, são aquelas que podem persuadir uma terceira

applicable to the dispute." SINGHAL, Shivani, *Independence and Impartiality of Arbitrators*, International Arbitration Law Review, 2008, 124, p. 132.

⁸⁵ HOUSE OF LORDS, ENGLAND, *Porter v. Magill* [2002] 2 AC 357.

⁸⁶ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, December, 2000.

parte razoável que o árbitro possivelmente irá proferir uma decisão baseada em outros fatos e não no mérito do caso.

Os testes de desqualificação de um árbitro no Princípio Geral 2 são, portanto, tanto subjetivos quanto o objetivos. No entanto, o teste no Princípio Geral 3, “Dever de Revelação”, é puramente subjetivo: árbitros devem revelar fatos que podem, nos olhos da parte, criar dúvidas a respeito da imparcialidade do árbitro e sua independência. Desse modo, o árbitro deve colocar-se no lugar das partes e determinar que circunstâncias possam causar dúvidas a respeito de sua independência e imparcialidade. Esse padrão proporciona uma maior revelação, não só porque é subjetiva, mas porque também não há requerimento que as dúvidas sejam justificáveis.

Vê-se da nota explicativa do princípio geral 3:

“Um critério puramente objetivo para definir a necessidade de divulgação existe na maior parte das jurisdições analisadas, assim como na Lei Modelo da UNCITRAL. Todavia, o Grupo de Trabalho reconhece que as partes têm interesse em ser integralmente informadas a respeito de quaisquer circunstâncias que, ao seu ver, possam ser relevantes. Como muitas instituições arbitrais já possuem posições consolidadas (...) de que o critério de divulgação precisa necessariamente refletir os entendimentos da parte a respeito, o Grupo de Trabalho aceitou, em princípio, após intenso debate, uma abordagem subjetiva à divulgação”.

A lei portuguesa e a brasileira, no entanto, não parecem deixar margem para um teste subjetivo como esse. Não há, no artigo 13, nº1 da LAV nem no artigo 14, nº1 da LAB, qualquer menção à opinião das partes – a expressão usada é, “fundadas dúvidas” na portuguesa e “dúvidas justificáveis” na brasileira. O teste dessa maneira realizado em ambos países é objetivo.

No entanto, na doutrina, grandes nomes da Arbitragem Internacional são partidários de testes mais rígidos. Gary Born afirma a *suspeita razoável* não evidencia um risco suficiente de dependência e parcialidade não deve desqualificar o árbitro. Segundo ele,

“testes de evidência que fazem referência a riscos e possibilidades são preferíveis a formulações sobre dúvidas e suspeitas”⁸⁷.

3.3. Consequências das Impugnações

As consequências do deferimento da impugnação do árbitro serão as mesmas para o árbitro: ele será excluído e substituído em ambas as leis, LAV e LAB. Para as partes, entretanto, sempre há prejuízo, já que o procedimento decisório da impugnação demanda tempo; a eventual substituição pode ser demorada e custosa; o novo árbitro terá que se ambientar à questão em discussão e poderá até ter de reabrir a fase instrutória do procedimento. No caso de a falta de imparcialidade do árbitro ser declarada apenas em anulação da sentença, os danos são ainda maiores.

Indaga-se, então, qual deve ser o comportamento do árbitro impugnado. Na essência, o seu pronunciamento deve ser expresso de forma objetiva e direta, limitando-se a manifestar-se sobre os fatos apresentados e as atitudes que lhe são imputadas. A nosso juízo, não cabe ao árbitro pedir o seu afastamento diante de uma impugnação infundada, como também não lhe compete “lutar” pela sua permanência.

Para além das questões de credibilidade da justiça arbitral, pode também conduzir a uma futura anulação do laudo arbitral (com custos e perdas de tempo para as partes), dificuldades acrescidas de execução, recusa de reconhecimentos de sentenças arbitrais e ações de responsabilidade civil contra árbitros que não tenham revelado fatores que possam colocar em causa a sua independência e imparcialidade como julgadores.

3.4. Limites do Direito de Impugnação

O direito de impugnação do árbitro é de tal forma importante que a lei estabelece limites rígidos ao seu exercício, para impedir o uso de táticas dilatórias. Assim, a parte apenas pode impugnar um árbitro que haja designado ou em cuja designação haja participado com fundamento em causa de que só tenha conhecimento após essa designação. Bem se percebe que assim seja: se a parte designou o árbitro sabendo, por

⁸⁷ Born, Gary B. *International Commercial Arbitration* Kluwer Law International, 2009, p. 1479-91.

exemplo, que ele não era independente e imparcial, entende-se que ao fazê-lo, renunciou a suscitar tal objeção. Outra solução legal que permitisse a impugnação seria provavelmente contrária à boa-fé. Essa, aliás, será a razão para, em iguais circunstâncias, não se dever reconhecer à contraparte o direito de impugnar árbitro cuja falta de independência e imparcialidade fosse também de si conhecida aquando da designação.

Conforme destacou Stefan Michael Kröll: *“If the ground for challenge is known during the arbitral proceedings and if the party has not invoked the same until the conclusion of the proceedings, the ground is usually precluded”*.⁸⁸

A LAB, no Art. 20º, não institui prazo específico para que a impugnação seja apresentada, – o que geralmente fica a cargo dos regulamentos das câmaras de arbitragem – a expressão *primeira oportunidade após a instituição da arbitragem* deve ser tomada como limite temporal.

A LAV impõe que isso seja feito no prazo de 15 dias a contar da data em que a parte teve conhecimento das circunstâncias relevantes para o efeito ou da data da constituição do tribunal arbitral (Art. 14.º, n.º 2). Este prazo parece ser suscetível de alargamento por vontade das partes desde que sejam respeitados os princípios do processo arbitral previstos no Art.º 30.º.

O propósito de haver um limite é impedir que uma parte aja “estrategicamente”, esperando o desenvolvimento do procedimento para evidenciar suas chances de sucesso, antes de apresentar impugnação.

3.5. Competência Impugnações

Antes de escolher fazer menção a uma determinada câmara na cláusula compromissória, é relevante observar de quem é a competência para julgar as impugnações ao árbitro. Até pouco tempo atrás, era comum encontrar em regulamentos de câmaras arbitrais disposições atribuindo aos demais membros do tribunal a competência para decidir sobre a impugnação do colega. Hoje, entende-se que esses árbitros não estão em posição de neutralidade e que é mais seguro direcionar a competência para um órgão da

⁸⁸ BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz; KRÖLL, Stefan Michael; NACIMIENTO, Patricia (eds). *Arbitration in Germany – The Model Law in Practice*. Kluwer Law International, p. 222.

câmara (diretoria, presidência ou corte, como é o caso da CCI – Art. 15) ou para o poder judiciário.

Uma das únicas instituições arbitrais que ainda atribui a competência para decidir impugnações aos demais árbitros do painel é o *International Centre for Settlement of Investment Disputes*⁸⁹. Um exemplo é o caso *Perenco v. Ecuador*⁹⁰, onde as partes acordaram em adotar um procedimento de impugnação *suis generis*: afastaram as regras do ICSID no tocante à impugnação e atribuíram à *Permanent Court of Arbitration* a competência para decidir sobre o árbitro, aplicando, no mérito as Diretrizes da IBA.

3.6. Impugnação à sentença

Sob o prisma do caráter fundamental do direito a um julgamento justo fica evidente que a independência e imparcialidade do julgador integra o núcleo do suporte fático que constitui o ato jurídico que chamamos de sentença arbitral⁹¹. É, portanto, elemento nuclear da sentença, de modo que, se faltante, macula a validade de toda ela e torna-a nula⁹².

Conclui-se que cabe ação de anulação de sentença arbitral no judiciário com fundamento na falta de independência e imparcialidade.

No entanto, é flagrante a perda de tempo e de recursos que uma anulação de sentença arbitral gera às partes. Como afirma Fatima-Zhara Slaoui: “*in the case of challenge delay in*

⁸⁹ Artigo 58 das ICSID Rules: “*The decision on any proposal to disqualify a conciliator or arbitrator shall be taken by the other members of the Commission or Tribunal as the case may be (...)*.”

⁹⁰ Permanent Court of Arbitration, *Perenco Ecuador Limited v. The Republic of Ecuador & Empresa Estatal Petroleos Del Ecuador*, PCA Case nº IR-2009/1, 08.12.2009.

⁹¹ “*Os elementos nucleares do suporte fático têm sua influência diretamente sobre a existência do fato jurídico, de modo que a sua falta não permite que se considerem os fatos concretizados como suporte fático suficientes à incidência da norma jurídica. Nos negócios jurídicos, por exemplo, em que a manifestação de vontade consciente é o cerne do suporte fático, a sua ausência implica não existir o negócio*”. BERNARDES, Marcos; *Teoria do Fato Jurídico : O Plano da Existência*.

⁹² “*Parece bastante clara a importância científica e a relevância prática da distinção entre elementos (a) completantes, (b) complementares, e (c) integrativos no trato dos negócios jurídicos., precisamente pelas diferentes consequências que elas acarretam: (a) inexistência ou (b) invalidade e/ou ineficácia. O domínio da distinção entre as espécies permite que se dê tratamento adequado às situações, com soluções corretas para as dúvidas que muitas vezes podem resultar de aparentes semelhanças de casos.*” BERNARDES, Marcos; *Teoria do Fato Jurídico : O Plano da Existência*, pp. 61-62.

*the proceedings will be caused. In the event it is successfully set aside, the arbitration is entirely jeopardized*⁹³.

O art. 46, n.3º, al. iv) da LAV e o Art. 32, n. 2º da LAB indicam, como fundamento de anulação da sentença arbitral, ter sido proferida por tribunal irregularmente constituído.

3.7. Brasil e Portugal: Uma Comparação

É possível observar que ambos ordenamentos (português e brasileiro) apresentam importantes pontos de contato e também diferenças, como já foi demonstrado. No entanto, uma diferença importante seria a respeito do rol de motivos para a impugnação de um árbitro.

A diferença entre as duas leis reside no fato da lei brasileira remeter a matéria dos impedimentos e das suspeições dos árbitros para o Código de Processo Civil, enquanto a lei portuguesa se limita a aludir que “os árbitros devem ser independentes e imparciais”. No entanto, é importante ressaltar que esta diferença só passou a existir após o ano de 2011, com a entrada em vigor da nova Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa, já que, até lá, enquanto estava em vigor a lei anterior, também esta regulava a matéria dos impedimentos dos árbitros por remissão para o Código Civil Português.

A lei arbitral brasileira determina que os impedimentos dos árbitros serão os mesmos previstos para os juízes. O *caput* do artigo 14 da LAB enuncia que “*estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, alguma das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.*”

O árbitro é, portanto, proibido, nos termos dos artigos 144 e 145 do Código de Processo Civil brasileiro, de atuar em casos quando:

93 SLAOI, Fatima-Zhara, *International Arbitration Court Decision, Court Decisions from the Austrian*, p. 43. Entre nós, no mesmo sentido, FERRO, Marcelo Roberto, *Apontamentos sobre a Independência dos Árbitros*. In ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.). *Temas de Direito Societário Empresarial Contemporâneo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 850.

- (i) eles mesmos forem parte;
- (ii) interveio como mandatário da parte, perito, ou testemunha;
- (iii) nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu *cônjuge ou qualquer parente* seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;
- (iv) for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa;
- (v) for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;
- (vi) alguma das partes for credora ou devedora do árbitro, de seu cônjuge ou de seus parentes em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;
- (vii) for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;
- (viii) receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;
- (ix) interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

É necessário frisar que o dispositivo da LAB dá o mesmo efeito a todas as situações, deixando clara a obrigação do árbitro de afastar-se na hipótese de ocorrência de qualquer delas, indiferentemente⁹⁴.

Há quem entenda que as hipóteses do CPC são rígidas demais. Em comentário no renomado sítio virtual Kluwer Arbitration, Leandro Tripodi afirmou que:

“tal estrutura rígida de motivos como a do Código de Processo Civil não se encaixa à arbitragem, muito menos à arbitragem internacional. (...) A atual abordagem rígida se reflete em regras de arbitragem de instituições arbitrais brasileiras, as quais deveriam

94 CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo: Um comentário À Lei 9.307/96*, 2a ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 252

cooperar com as exigências do comércio internacional, em vez de serem levadas a promover a adoção de padrões e idiosincrasias locais”⁹⁵.

A maioria esmagadora da doutrina, entretanto, parece discordar desse entendimento. Carlos Alberto Carmona, coautor da Lei de Arbitragem Brasileira, por exemplo, afirma categoricamente: “(...) o elenco dos arts. 144 e 145 do CPC, incorporados ao art. 14 da Lei de Arbitragem, não esgota toda a matéria. Há casos de impedimento que não estão claramente capitulados e ainda assim devem levar ao afastamento do árbitro.”⁹⁶

Em conclusão, o fato de a remissão para o Código de Processo Civil Brasileiro conduzir-nos a um elenco de causas de impedimentos e suspeições, não deverá levar-nos a ceder à tentação de adotar uma interpretação simplista, em que, caso o impedimento não venha tipificado nos arts. 144 e 145 do Código de Processo Civil brasileiro, deva-se concluir, automaticamente, pela imparcialidade e independência do árbitro para julgar o caso concreto. Efetivamente, se na visão do legislador brasileiro deveriam ser esses os únicos impedimentos, certamente que o texto legal estaria redigido de forma diversa, estabelecendo, por exemplo, algo do gênero, “estão apenas impedidos (...)”. Assim, se é certo que as relações que caracterizam os impedimentos ou as suspeições impedem determinada pessoa de funcionar como árbitros, esses não são (nem poderiam ser) os únicos impedimentos para tal.⁹⁷

Chegamos assim, à conclusão que, quer em Portugal quer no Brasil, a independência e imparcialidade têm de ser sempre seriamente analisadas e ponderadas, caso a caso, levando sempre em conta todas as circunstâncias e os interesses potencialmente conflitantes. O fato da LAB remeter a matéria dos impedimentos dos árbitros para o rol previsto no CPC não significa que não existam outros impedimentos que devam levar ao

95 <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/09/10/a-new-arbitration-law-for-brazil>. Tradução livre. No original: “According to the 1996 Arbitration Act, a person is not eligible to act as arbitrator in a particular dispute should he or she fall within any of the grounds for impediment or suspicion of judges as provided for in the Code of Civil Procedure. Such a rigid frame of grounds as that of the Code of Civil Procedure does not fit arbitration though, let alone international arbitration. A reformed or new arbitration act should be more flexible as regards the grounds for challenge of arbitrators, providing for the application of international best practices and standards, which would entail rules such as those developed by the International Bar Association (IBA), for instance. The current rigid approach is reflected in arbitration rules of Brazilian arbitral institutions, which should be allowed the necessary latitude to cope with the demands of international trade instead of being led to promote the adoption of local standards and idiosyncrasies.”

⁹⁶ CARMONA: Arbitragem e Processo - Um comentário à Lei 9.307/96 – 1 Edição.

⁹⁷ JÚDICE, JOSÉ MIGUEL; CALDO, DIOGO “Independência e imparcialidade do árbitro: alguns aspectos polêmicos, em uma visão luso-brasileira” (2016) *RArb* n° 49 (2016), p. 40.

afastamento do árbitro. Ambas as leis querem garantir um julgamento justo e imparcial e independente.

3.8. Jurisprudência Arbitral e a Confidencialidade

A jurisprudência arbitral está longe do patamar de divulgação desejável, seja a jurisprudência dos tribunais arbitrais, seja a jurisprudência das instituições de arbitragem. Conforme afirma Legum, “*published decisions on challenges to arbitrators are almost as rare as unicorns*”.⁹⁸

Na prática jurídica brasileira, por exemplo, é muito escassa a jurisprudência a respeito da imparcialidade do árbitro. Primeiramente, porque as câmaras brasileiras não têm a tradição de publicar qualquer decisão; e em segundo, porque os árbitros brasileiros têm o costume de renunciar assim que são impugnados. O costume de renunciar, por um lado, revela a preocupação com a perspectiva das partes e com uma atmosfera de confiança no procedimento. Por outro lado, além de impedir a formação de jurisprudência sobre o tema, o costume pode dar espaço a impugnações abusivas, mal fundamentadas, feitas com a certeza da desistência do árbitro.

A LAB não contém qualquer norma que imponha a confidencialidade às partes, aos árbitros e às instituições de arbitragem, mas prevê, no Art. 13, n. 6º, que os árbitros devem atuar com “*discrição*”. Diferentes são, por exemplo, os ordenamentos jurídicos de Espanha ou Portugal: em ambos os casos há uma norma expressa que determina, salvo acordo expresse em contrário das partes, a confidencialidade de todas as informações e documentos do processo arbitral, abrangendo árbitros, partes e instituições arbitrais. O caso de Portugal é muito interessante para o tema em análise: a LAV, a par do *princípio da confidencialidade*, consagra, ainda que de modo prudente, o *princípio da publicação das sentenças arbitrais*. Na verdade, em seu Art. 30º, contém uma norma inovadora, sem inspiração no direito comparado, a qual estatui que o dever de confidencialidade “*não*

⁹⁸ Maria Cláudia de Assis Procopiak, 'As Diretrizes do International Bar Association sobre Conflitos de Interesses na Arbitragem Internacional', Revista Brasileira de Arbitragem, Volume IV Issue 16, pp. 7 – 40 a respeito de LEGUM (B.), “*Investorstate arbitrator disqualified for pre-appointment statements on challenged measures*”, *Arbitration International*, vol. 21, n° 2, 2005, p. 241.

impede a publicação de sentenças e outras decisões do tribunal arbitral, expurgadas de elementos de identificação das partes, salvo se qualquer destas a isso se opuser”.

As instituições de arbitragem têm um papel essencial no desenvolvimento da jurisprudência arbitral. As práticas das principais instituições de arbitragem devem ser conhecidas, analisadas e comparadas, para então concluir-se pelas melhores práticas a adotar pela generalidade dessas instituições.

As instituições de arbitragem brasileiras e portuguesas também falam a respeito da confidencialidade e publicação das sentenças. O Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM/CCBC)⁹⁹ contém norma protegendo a confidencialidade do processo arbitral. As suas regras vão, neste ponto, mais longe do que o usual, abrangendo pelo dever de sigilo os árbitros, as partes, os membros do CAM/CCBC, os peritos e os “demais intervenientes”. O Art. 14.1.1º estipula que “*para fins de pesquisa e levantamento estatísticos, o CAM/CCBC se reserva o direito de publicar excertos da sentença, sem mencionar as partes ou permitir sua identificação*”.¹⁰⁰

Por sua vez, o Regulamento do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (CA-CCIP), de 2014, apenas prevê o dever de confidencialidade para os membros do Centro (o dever de sigilo dos árbitros e das partes decorre, no entanto, da nova LAV – Art.º 30.5) e prevê em seu Art. 41º, n.1 e 2 que: “*1 – A sentença arbitral sobre litígios em que uma das partes seja o Estado ou outra pessoa colectiva de direito público é, salvo disposição das partes em contrário, pública. 2 – As restantes sentenças arbitrais são igualmente públicas, expurgadas de elementos de identificação das partes, salvo se qualquer destas se opuser à publicidade.*”

Isto é, ambas as câmaras reservaram para si o direito de publicar as sentenças arbitrais, sem necessidade de autorização das partes, desde que a identidade daquelas seja preservada. O direito de publicação de excertos das sentenças arbitrais protegendo a

⁹⁹ Assim como O Regulamento da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem, do CIESP/FIESP. o Regulamento prevê, de modo diferenciador relativamente ao comum dos regulamentos analisados, o seguinte: “*Poderá a Câmara publicar em Ementário excertos da sentença arbitral, sendo sempre preservada a identidade das partes*” (Art.º17.5).

¹⁰⁰ Outros regulamentos de importantes instituições do Brasil, como a Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB), a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas (CCAFGV) e a Câmara Portuguesa de Comércio no Brasil (CMA-CPCB), prevêem o dever de confidencialidade, mas são omissos quanto à própria câmara se reservar o direito de publicar excertos das sentenças arbitrais, desde que protegendo a identidade das partes.

identidade das partes é, assim, um *direito* das próprias câmaras. Já a divulgação integral da sentença arbitral carece de expressa autorização das partes.

Finalmente, a jurisprudência arbitral teria eco na jurisprudência dos tribunais estaduais. Este ponto é da maior relevância, quer pelo benefício que aportaria à aplicação do direito pelo poder judicial, quer porque a *concorrência de jurisprudências* em muito beneficiaria a afirmação da própria arbitragem perante os tribunais dos Estados e da comunidade em geral.

Um bom exemplo da boa prática de publicação de decisões é da Corte da LCIA. Ela tem publicado suas decisões a respeito de impugnações de árbitros em formas de *digests*, removendo a identidade da informação para preservar a confidencialidade. É uma boa iniciativa, pois provém decisões fundamentadas para as partes e publicando os *digests* das decisão provém uma transparência maior assim como orientação apropriada para as partes e árbitros a respeito da base que formou as decisões e dessa maneira ajudando a ambos compreenderem melhor os motivos que levam a impugnação.

António Pinto Leite defende a importância da divulgação da jurisprudência arbitral:

“A divulgação da jurisprudência arbitral tem, assim, dois desígnios distintos. De um lado, através da publicação sistemática das sentenças arbitrais, ainda que protegendo a identidade das partes, as instituições de arbitragem teriam um papel decisivo no desenvolvimento de uma lex mercatoria e, nessa medida, contribuiriam para a afirmação do paradigma transnacional da arbitragem comercial internacional. De outro lado, através da publicação sistemática das suas próprias decisões, mesmo que de modo agregado e com tratamento por temas e não por casos, as instituições de arbitragem teriam um papel decisivo para a identificação das melhores práticas a adotar em temas tão sensíveis como, por exemplo, a independência e imparcialidade dos árbitros, e contribuiriam para uma maior credibilidade e eficiência da arbitragem no seu conjunto, mitigando danos decorrentes de más ou péssimas experiências.”¹⁰¹

Conforme fica demonstrado, não há unanimidade quanto à questão de saber se a arbitragem é, por natureza, confidencial. O único ponto que obtém uma análise consistente é o de que se deve distinguir a confidencialidade da natureza privada da arbitragem,

¹⁰¹ António Pinto Leite, 'Papel das Instituições de Arbitragem na Construção da Jurisprudência Arbitral – a Procura das Melhores Práticas', Revista Brasileira de Arbitragem, 2014, Volume XI Issue 41, pp. 107 – 123.

mantendo-se em aberto a reflexão sobre um eventual dever geral de confidencialidade, inerente à boa-fé objetiva na execução de uma cláusula arbitral.

3.9. Tesouros Arbitrais

A jurisprudência arbitral é “*verdadeiro tesouro escondido no fundo do oceano do Direito*”¹⁰². Segue, portanto, uma relação desses “tesouros” em ordem cronológica, de diferentes países, leis e instituições arbitrais a respeito do dever de revelação e da violação dos conceitos de independência e imparcialidade, em ordem, de nos ajudar a entender como as instituições arbitrais e tribunais nacionais vem decidindo.

Decisão de 12.05.2008

Intl. Center for Settlement of Investment of Investment Disputes¹⁰³

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. – Requerente

v.

The Argentine Republic and Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Vivendi Universal S.A. – Requeridos

Impugnação: A Requerida impugnou a Árbitra, pois descobriu que esta tinha sido apontada como diretora do Grupo UBS - empresa pública Suíça que atua como banco de investimentos - durante a arbitragem, fato este que não foi revelado. Considerando que o Grupo UBS tem ações em ambos os Requerentes (totalizando menos de 3%), a Requerida entendeu que isso seria suficiente para afetar a independência e imparcialidade da Árbitra ou, pelo menos, ensejar revelação.

Decisão: Impugnação Improcedente

¹⁰² Ibid. p.107.

¹⁰³ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, *Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, Case No. ARB/03/19. Disponível online em: <http://icsid.worldbank.org>.

Ratio decidendi: A Árbitra informou ao Tribunal que não sabia do fato, pois não havia sido informada pelo Grupo UBS. O Tribunal entendeu que ela tinha o direito de confiar nessa informação, e que a Árbitra não era obrigada a investigar as informações dadas pelo Grupo, e que mesmo que ela tivesse o dever de investigar todas as relações financeiras do Grupo UBS, a sua não revelação se deu por um erro de julgamento, e não por ausência de imparcialidade ou independência.

Instituição Arbitral: ICSID

Lei Aplicável: Regulamento de Arbitragem ICSID/ Lei Modelo da UNCITRAL

Decisão de 19.03.2010

Intl. Center for Settlement of Investment of Investment Disputes¹⁰⁴

Alpha Projektholding GmbH – Requerente

v.

Ukraine – Requerida

Impugnação: Requerida pediu a impugnação do Árbitro, pois: (i) Árbitro e o advogado do Requerente formaram-se juntos em Harvard (20 anos atrás) e conheciam-se; (ii) esse fato não foi revelado; (iii) a falta de experiência do Árbitro evidenciava que haveria algum motivo escuso para a sua indicação; por fim (iv) que estas relações mantiveram-se ao longo dos anos.

Decisão: Impugnação Improcedente

Ratio decidendi: (i) o art. 57 da ICSID Convention (Impugnação) exige que o Árbitro impugnado seja manifestamente incapaz de permanecer como árbitro, é um padrão alto que não foi atingido pela Requerida; (ii) o padrão do art. 6 da ICSID Convention (Revelação) é mais amplo que o do art. 57, mas menos preciso. Logo, para confirmar se havia ou não dever de revelação, o Tribunal voltou-se para as Diretrizes da IBA, que não

¹⁰⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, *Alpha Projektholding GmbH. v. Ukraine*, Case No. ARB/07/16. Disponível online em: <http://icsid.worldbank.org>.

entendiam ser necessária a revelação de uma relação de colegas de instituição educacional; (iii) mais do que isso a jurisprudência ICSID estabelece que um árbitro só deve revelar aquilo que traria dúvidas a respeito de sua independência e imparcialidade a uma pessoa razoável, padrão este que não foi atingido no caso em questão.

Instituição Arbitral: ICSID

Lei Aplicável: Lei Modelo da UNCITRAL, Convenção ICSID e Regulamento de Arbitragem ICSID

Decisão de 29.10.2010

Corte Federal Suíça¹⁰⁵

Alejandro Valverde Belmonte – Requerente

v.

Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI) – Requerido

Impugnação: Requerente pediu a anulação da Sentença dada a composição irregular do Tribunal Arbitral, pois o Árbitro tinha experiências profissionais pretéritas (atuação como *expert* legal do programa anti-dopping dos jogos olímpicos de 2004 e participação como membro da Conferência SportAccord em 2007) onde fora subordinado ao Requerido.

Decisão: Impugnação Improcedente

Ratio decidendi: A Corte decidiu que nenhuma das experiências implicava em relação de emprego, pois foram conexões sem ligação contínua, subordinação clara ou contraprestação financeira. Mais ainda, no caso específico, esses fatos demonstravam apenas a especificidade do assunto em debate e a *expertise* do Árbitro, e não sua falta de independência ou imparcialidade.

Instituição Arbitral: ICA

¹⁰⁵ Alejandro Valverde Belmonte v. Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI), Agence Mondiale Antidopage (AMA) and Union Cycliste Internationale (UCI), 4A_234/2010, Federal Supreme Court of Switzerland, 1st Civil Law Chamber, 29 October 2010.

Lei Aplicável: Direito Suíço e Lei Modelo da UNCITRAL

Decisão de 23.12.2010

Intl. Center for Settlement of Investment of Investment Disputes¹⁰⁶

Tidewater Inc. – Requerente

v.

Bolivarian Republic of Venezuela – Requerida

Impugnação: A Requerente buscou a impugnação da Árbitra apontada pela Requerida, pois esta havia sido indicada em diversas ocasiões pela mesma parte e seu advogado. O que não foi revelado pela Árbitra em momento oportuno.

Decisão: Impugnação Improcedente

Ratio decidendi: Os dois árbitros entenderam que as Diretrizes da IBA são apenas fonte persuasiva e não vinculante, logo o dever de revelação que elas impõem em casos como o em questão, não obrigam o Tribunal Arbitral. Considerando que o art. 57 ICSID (Impugnação) tem um padrão alto, os dois árbitros entenderam que a mera indicação da Árbitra em três outros casos pela mesma Parte não era o suficiente para afastá-la. Ademais a árbitra teria as qualidades exigidas pelo art. 14 (1) do ICSID.

Instituição Arbitral: ICSID

Lei Aplicável: Washington Convention/ Regulamento de Arbitragem ICSID

Decisão de 02.11.2011

Reims Cour d'Appel¹⁰⁷

S.A.J. & P. Avax – Requerente

v.

¹⁰⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, *Tidewater Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Case No. ARB/10/5. Disponível online em: <http://icsid.worldbank.org>.

¹⁰⁷ CORTE DE APELAÇÃO DE REIMS, 2 de novembro de 2011, S.A.J & P. Avax v. Société Tecnimont SPA AS, Caso n°10/02888.

Tecnimont SPA – Requerida

Impugnação: A Requerente alegou que o Árbitro Presidente não era independente ou imparcial, pois o escritório para o qual trabalhava como consultor defendeu a Requerida em inúmeras ocasiões. Ademais, o Árbitro não havia cumprido com seu dever de revelação. Desta forma, após algumas tentativas, sem sucesso, de impugnação do Árbitro Presidente em sede arbitral; a Requerente buscou a anulação da Sentença Parcial alegando que o Tribunal fora constituído irregularmente.

Decisão: Impugnação Procedente

Ratio decidendi: (i) o dever de revelação é fundamental e se estende pelo curso do procedimento, todas as circunstâncias que possam trazer dúvidas quanto a imparcialidade e independência de um Árbitro devem ser reveladas, incluindo aquelas informações atinentes ao escritório do qual o Árbitro faz parte, independentemente do seu papel neste escritório; (ii) a relação com um escritório não é medida pelo valor dos honorários recebidos, mas pela extensão da relação cliente-advogado.

Instituição Arbitral: CCI

Lei Aplicável: Direito Francês/ Regulamento de Arbitragem CCI

Decisão de 07.08.2013

United States Court of Appeals, Eleventh Circuit¹⁰⁸

Federal Deposit Insurance Corp as Receiver for Republic Federal Bank N.A. –
Requerente

v.

IIG Capital LCC – Requerida

¹⁰⁸ COURT OF APPEALS, 11TH CIRCUIT, UNITED STATES, Federal Deposit Insurance Corp. as Receiver for Republic Federal Bank N.A. v. IIG Capital, LLC, Caso nº 12-10686, 7 de Agosto de 2013.

Impugnação: A Requerida opôs-se à execução da Sentença Arbitral argumentando que o Árbitro Único tinha uma relação substancial com o advogado da Requerente: (i) ambos eram membros fundadores do ICC's Latin American Arbitration Group e (ii) participavam nas mesmas conferências arbitrais. Nenhum desses fatos fora revelado pelo Árbitro Único. Desta forma a Requerida sustentou que não pôde apresentar seu caso para um Tribunal isento.

Decisão: Impugnação Improcedente

Ratio decidendi: A Corte de Apelação Americana entendeu que ambos os fatos demonstrados não indicavam ausência de independência ou imparcialidade, pois ambos são interações esperadas e corriqueiras entre pessoas que transitam no mesmo ambiente profissional. Desqualificar um Árbitro com base nisso, seria desqualificar a maioria dos Árbitros praticantes.

Instituição Arbitral: CCI

Lei Aplicável: Convenção de Nova York, Regulamento de Arbitragem CCI

Decisão de 20.03.2014

Intl. Centre for Settlement of Investment Disputes¹⁰⁹

Caratube International Oil Company LLP & Mr. Devincci Salah Hourani –
Requerente

v.

Republic of Kazakhstan

Impugnação: Requerente impugnou o Árbitro indicado pela Requerida, pois o mesmo havia trabalhado em um procedimento arbitral cujos fatos assemelhavam-se sobremaneira aos fatos do caso em disputa. Ademais, a Requerida também era parte

¹⁰⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, *Caratube International Oil Company LLP v. Republic of Kazakhstan*, Case No. ARB/08/12. Disponível online em: <http://icsid.worldbank.org>.

naquele caso e era representada pelo mesmo advogado. Haveria, portanto, alto risco de pré-julgamento. Não apenas isso, mas o Árbitro já havia sido indicado diversas vezes pelo mesmo advogado.

Decisão: Impugnação Procedente

Ratio decidendi: Para os Árbitros não impugnados, haveria sim alta possibilidade de pré-julgamento, dada a semelhança fática e jurídica das questões em debate. Os Árbitros foram além e estabeleceram o padrão para impugnação (art. 57) como sendo o da mera dúvida e suspeita, não exigindo prova robusta da existência de parcialidade ou dependência.

Instituição Arbitral: ICSID

Lei Aplicável: Washington Convention/ ICSID

Decisão de 25.06.2014

Cour de Cassation Francesa¹¹⁰

S.A.J. & P. Avax – Requerente

v.

Tecnimont SPA – Requerida

Impugnação: Em uma saga judicial que já durava desde 2009, a Requerida, entrou com uma apelação contra a decisão de 2011 da Reims Cour d'Appel perante a Cour de Cassation francesa, onde argumentava que a parte que falha em impugnar o árbitro, no tempo correto estabelecido pelas Regras da Instituição Arbitral escolhida (CCI), deve abandonar seu direito de impugnação do árbitro a respeito dessas mesmas circunstâncias.

Decisão: Impugnação Improcedente

Ratio decidendi: A Cour de Cassation decidiu que as Regras de Arbitragem acordadas pelas partes (no caso da CCI) são obrigatórias uma vez concordadas pelas e

¹¹⁰ CORTE DE CASSATION FRANÇA, Primeira Câmara Civil, 25 de junho de 2014, S.A.J & P. Avax SA v. Société Tecnimont SPA, Caso nº 11-26.529.

partes. As Regras estabelecem um período de tempo para a impugnação de um árbitro, a partir da data na qual os fatos ou circunstâncias da impugnação são apresentadas para a Parte. A parte que não objetar expressamente à permanência do árbitro em face das circunstâncias reveladas por este, não pode suscitá-las mais tarde, entendendo-se que renunciou ao direito de invocá-las, designadamente para efeitos de impugnação do árbitro.

Instituição Arbitral: CCI

Lei Aplicável: Direito Francês/ Regulamento de Arbitragem CCI

Decisão de 14.10.2014

Cour d'Appel de Paris¹¹¹

S.A. Auto Guadeloupe Investissements - Requerente

v.

Colombus Acquisitions Inc. & COlombus Holdings Frances SAS – Requeridas

Impugnação: A Requerida buscou a anulação da Sentença Arbitral, alegando composição do Tribunal Arbitral (Árbitro Único) por ter faltado com seu dever de revelação, uma vez que o escritório em que o Árbitro era sócio representou uma das Partes até período posterior ao revelado.

Decisão: Impugnação Procedente

Ratio decidendi: Comprovado ao longo da arbitragem que as alegações de fato existiam e a Corte reafirmou o dever de relação contínuo por parte do Árbitro.

Instituição Arbitral: AAA

Lei Aplicável: Direito Francês

Decisão de 15.02.2017

Supremo Tribunal de Justiça Português¹¹²

¹¹¹ CORTE DE APELAÇÃO DE PARIS, 14 de outubro de 2014, S.A. Auto Guadeloupe Investissements v. Société Columbus Acquisitions Inc., Caso nº 13/13459.

AA Therapie-System AG e BB – Produtos Farmacêuticos, SA - Requerentes

v.

CC Farmacêutica S.A.– Requerida

Impugnação: A Requerida buscou a anulação da Sentença Arbitral perante o Supremo Tribunal de Justiça Português, alegando que o coárbitro indicado pelas Requerentes falhou com seu dever de independência e imparcialidade, devido ao fato de ter sido indicado várias vezes nos últimos três anos para atuar como árbitro pelos representantes das Requerentes.

Decisão: Impugnação Procedente

Ratio decidendi: A justiça portuguesa decidiu anular a sentença arbitral, ordenando o reenvio do processo para o Tribunal Arbitral para que, preenchida a vaga deixada pela impugnação do árbitro (devido a fundadas razões sobre sua falta de imparcialidade e independência) designado pelas Requerentes, se retorne o andamento do processo com vista à prolação de nova decisão.

Instituição Arbitral: Nenhuma

Lei Aplicável: Lei Portuguesa, Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa.

Decisão de 19.04.2017

Supremo Tribunal de Justiça Brasileiro¹¹³

ASA Bioenergy Holding A G, Abengoa Bioenergia Agrícola Ltda, Abengoa Bioenergia São João Ltda, Abengoa Bioenergia São Luiz S/A, Abengoa Bioenergia Santa Fé Ltda - Requerentes

v.

Adriano Giannetti Dedini Ometto– Requerido

¹¹² SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PORTUGUÊS, Processo n. 831/15.7YRLSB.S1, 15.02.2017.

¹¹³ SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO, Sentença Estrangeira Contestada nº9.412 – US (2013/0278872-5).

Impugnação: O Requerido buscou a anulação da Sentença Arbitral perante o Tribunal Regional Federal dos Estados Unidos do Distrito Sul de Nova York, alegando que o Árbitro Presidente falhou com seu dever de revelação, devido a existência de relação credor/devedor entre escritório de advocacia do Árbitro Presidente e o Grupo Econômico integrado por uma das partes. A Corte Americana negou o pedido do Requerido e considerou que não havia provas suficientes de parcialidade do árbitro. As Requeridas pleitearam: (i) a homologação das decisões arbitrais estrangeiras, afirmando que estão preenchidos todos os requisitos legais; (ii) a condenação dos requeridos ao pagamento das custas e dos honorários de sucumbência.

Decisão: Impugnação Procedente

Ratio decidendi: A justiça brasileira decidiu pela não homologação da sentença estrangeira, pois acreditam que o Árbitro Presidente violou seu dever de revelação, gerando dúvidas a respeito de sua imparcialidade e independência, pois dada a natureza contratual da arbitragem, é necessária confiança fiducial entre as partes e a figura do árbitro, algo que não aconteceu. A sentença arbitral foi considerada ofensora da ordem pública brasileira, pois o árbitro tinha com as partes ou com o litígio, algumas relações que caracterizam os casos de impedimento previstos na LAB (Art. 14 e 32, II).

Instituição Arbitral: CCI

Lei Aplicável: Convenção de Nova Iorque, Lei de Arbitragem Brasileira.

Decisão de 13.06.2017

Supremo Tribunal de Justiça Brasileiro¹¹⁴

Pentágono Engenharia Empreendimentos Imobiliários Ltda.- Requerente

v.

Romero e Associados Participações Ltda.– Requerida

¹¹⁴SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO, Recurso Especial nº 1.526.789 – SP (2015/0081712-3).

Impugnação: A Requerida ajuizou a ação com o objetivo de instituir procedimento arbitral para dirimir controvérsia referente cobrança de valores que supostamente eram-lhe devidos. Na sua defesa, a recorrente alegou estar prescrita a pretensão deduzida, e procedeu à indicação de uma árbitra para julgamento da demanda. Os juízos de primeiro e segundo grau afastaram a prejudicial invocada e rejeitaram a indicação da árbitra.

Decisão: Impugnação Procedente

Ratio decidendi: A justiça brasileira decidiu que o árbitro que tenha parentesco colateral em terceiro grau com um dos advogados das partes pode estar com sua independência e imparcialidade comprometidas constituindo causa de impedimento e suspeição. Segundo a decisão, quando constatada a ocorrência de violação de qualquer espécie aos atributos de independência e imparcialidade, deve ser obstada a investidura do árbitro.

Instituição Arbitral: Nenhuma

Lei Aplicável: Lei Brasileira, Lei de Arbitragem Brasileira.

CONCLUSÃO

Um árbitro que se abstenha da sua obrigação de independência e imparcialidade é incapaz de estabelecer uma sentença arbitral válida.

Em relação a esses dois conceitos e à sua importância no procedimento arbitral, pode-se aferir que há dois enfoques diferentes: um que se instaura numa fase prévia em que a revelação tem uma função preventiva, de verificação se o árbitro em face de tal circunstância poderia atuar; o outro seria a fase corretiva, de verificar-se se o fato não revelado teria o condão de influir na decisão proferida (o árbitro não poderia ser árbitro e, portanto, o Tribunal Arbitral não estaria regularmente constituído). Não há dúvidas que o que gera o problema é, na maior parte dos casos, a ausência de revelação de negócios ou relacionamentos do que os motivos efetivos de importância e potencialidade. O desconhecimento mina a confiança depositada pelas partes no árbitro e impede o exercício regular do direito de defesa, tal como mencionado muitas vezes no presente trabalho.

Decisões do que divulgar e de quais princípios aplicar são complexas. Não é raro presenciar a hesitação dos árbitros quanto aos fatos que requerem divulgação ou observar posicionamentos discrepantes entre eles, frente a situações semelhantes. Cria-se uma tensão entre o direito das partes de conhecer situações de conflito de interesse e o direito de selecionar livremente o árbitro de sua escolha. Embora as leis e normas de arbitragem estabeleçam a sistemática geral, falta uma orientação mais detalhada, falta uniformidade na aplicação¹¹⁵.

Por outro lado, conforme exposto, não será qualquer fato que poderá redundar no afastamento do árbitro com a aceitação da impugnação ou ser motivo para a anulação da sentença arbitral. Portanto, abusos devem ser impedidos pelos Tribunais, pois o argumento poderá ser utilizado levemente pela parte perdedora, que lançará mão de motivos inconsistentes e a vinculação do fato não revelado com o árbitro ser irrelevante e de repercussão remota.

Ressalta-se que, com a globalização dos negócios, cada vez mais se faz necessária à transparência do árbitro no ato de revelar fatos importantes que possam comprometer toda

¹¹⁵ Trecho retirado da introdução da IBA guidelines.

a arbitragem, especialmente considerando que os partícipes dos negócios internacionais são grandes grupos com sociedades coligadas em todas as partes do globo, bem como de sociedades de advogados com filiais em todos os continentes. Essas redes são campo fértil para o surgimento de conflitos e poderão redundar no aumento de casos de impugnações de árbitros, especialmente em arbitragens internacionais. Nessa linha, os códigos de ética e a regras de conflito de interesse da IBA podem ser adequadas ferramentas a nortear situações específicas.

É uníssono o entendimento, tanto domesticamente como no internacionalmente¹¹⁶, no sentido de que o direito dos litigantes a um julgamento independente e imparcial é uma manifestação do devido processo legal e integra a ordem pública. Por essa ótica, conclui-se que a *independência e imparcialidade* do árbitro não são apenas deveres e requisitos de sua função, mas também constituem direito fundamental dos litigantes. A exigência de independência e imparcialidade constitui a garantia de um julgamento justo, pois embora seja complexo distinguir os dois conceitos, tal distinção é concebível e tem utilidade para prosseguir a finalidade maior de um processo equitativo e de um julgamento imparcial.

116 Veja-se, por exemplo, ILA Final Report on Public Policy, Recommendation 1 (e): “An example of a substantive fundamental principle is the prohibition of abuse of rights. An example of a procedural fundamental principle is the requirement that Tribunals be impartial”.

BIBLIOGRAFIA

ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.). *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*. São Paulo: Editoria Malheiros, 2011.

BATISTA MARTINS, Pedro A., *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, 1ª Ed., Forense, Rio de Janeiro: 2008.

BATISTA MARTINS, Pedro A., *Normas e Princípios Aplicáveis aos Árbitros*. In: BATISTA MARTINS, Pedro A.; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BERNARDES, Marcos; *Teoria do Fato Jurídico: O Plano da Existência*, 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

BISHOP, R. Doak; REED, Lucy. *Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration* 14(1) *Arbitration International* 395, 1998.

BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, J. Martin, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2009.

BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009.

BRUNET, Edward; SPEIDEL, Richard E., STERNLIGHT, Jean R., WARE, Stephen J., *Arbitration Law in America a Critical Assessment*, Cambridge University Press, 2013.

CARAMELO, António Sampaio, *Comentários ao Projecto de Código Deontológico do Árbitro aprovado pela Direcção da A.P.A em 19.06.2008*, disponível em <http://www.arbitragem.pt/projetos/cda/2006-11-20-comentarios-ao-cda--antonio-sampaio-caramelo.pdf>

CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo: Um comentário À Lei 9.307/96*, 2º ed., São Paulo: Atlas, 2004.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*, 2ª Ed..São Paulo: Atlas, 2006.

CARTER, James H., *The Selection of Arbitrators, in Worldwide Forum on the Arbitration of Intellectual Property Disputes*, WIPO Geneva, 1994.

CLAY, Thomas. *L'Arbitre*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2001.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado. Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Imparcialidade dos árbitros*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2014.

FERRO, Marcelo Roberto. *Apontamentos sobre a Independência dos Árbitros*.in ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.). *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.) *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* Kluwer Law International, 1999.

GREENBERG, Simon; KEE, Christopher, WEERAMANTRY, J. Romesh, *International Commercial Arbitration An Asia-Pacific Perspective*, 2011.

HENRY, Marc. *Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence recente*, *Revue de l'Arbitrage* 193, 1999.

JÚDICE, José Miguel ; CALADO, Diogo, *Independência e imparcialidade do árbitro: alguns aspectos polêmicos, em uma visão luso-brasileira*, *RBA* n° 49, 2016.

LEITE, Antonio Pinto, *Papel das Instituições de Arbitragem na Construção da Jurisprudência Arbitral – a Procura das Melhores Práticas*, *RBA* n° 41, 2014.

LEMES, Selma Maria Ferreira, *A Independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação*, *RBA* n° 26, 2010.

LOZADA, Fernando Pérez, *Duty to Render Enforceable Awards: the Specific Case of Impartiality*, *Spain Arbitration Review*, Issue 27, 2016.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos, *Imparcialidade na Arbitragem e Impugnação aos Árbitros*, RBA nº 69, 2013.

LUTTRELL, Sammuel Ross, *Bias Challenges in International Commercial Arbitration*, The Netherlands: Kluwer Law International. 2009.

LUTTRELL, Sammuel, *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: the need for a real Danger test*, The Netherlands: Kluwer Law International. 2009, p. 25 International Chamber of Commerce, 2005.

MIRANDA, Agostinho Pereira de. *O estatuto deontológico do árbitro – passado, presente e futuro*, 26 Revista de Arbitragem e Mediação 116, 2010.

MOSES, Margaret L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 2ª Ed., 2012.

NUNES PINTO, José Emílio, *O árbitro deve decidir*. Revista Jus Vigilantibus, Domingo, 3 de agosto de 2003, disponível online em <http://jusvi.com/artigos/349>.

PARK, William W. *Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice* Oxford University Press, New York, 2006.

SILVA, Paula Costa e REIS, Nuno Trigo dos, *A natureza do procedimento judicial da nomeação de árbitro*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

SINGHAL, Shivani. *Independence and Impartiality of Arbitrators* 11(3) International Arbitration Law Review 124, 2008.

SLAOI, Fatima-Zhara, *Court Decisions from the Austrian Courts*. In International Arbitration Court Decisions, Kluwer International, 2008.

VERÇOSA, Fabiane. *A liberdade das partes na escolha e indicação de árbitros em arbitragens internacionais: limites e possibilidades*. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, v.1, jan./abr. 2004.

VIETRI Raphaël de, DHARMANANDA Kanaga, *Impartiality and the Issue of Repeat*

Arbitrators, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, Volume 28 Issue 3, 2011.

Diretrizes International Bar Association, disponível em <http://arbitragem.pt/projetos/cda/iba-guidelines.pdf>, (29.05.2017).

International Bar Association Code of Ethics, 1988, disponível em <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=A9AB05AA-8B69-4BF2-B52C-97E1CF774A1B.%20> (29.05.2017).

JURISPRUDÊNCIA

CORTE DE APELAÇÃO DE LYON, 11 de março de 2014, Société Tesco v Société Neoelectra Group, Caso nº 09/28537.

CORTE DE APELAÇÃO DE PARIS, 14 de outubro de 2014, S.A. Auto Guadeloupe Investissements v. Société Columbus Acquisitions Inc., Caso nº 13/13459

CORTE DE APELAÇÃO DE REIMS, 2 de novembro de 2011, S.A.J & P. Avax v. Société Tecnimont SPA AS, Caso nº10/02888

CORTE DE CASSATION FRANÇA, Primeira Câmara Civil, 25 de junho de 2014, S.A.J & P. Avax SA v. Société Tecnimont SPA, Caso nº 11-26.529

CORTE SUÍÇA DE DIREITO CIVIL. 19 février 2009, Tribunal fédéral, 1ère Cour de droit civil, 4A_539/2008, Société de droit italien X v. Société de droit néerlandais Y. ASA Bulletin, Kluwer Law International 2009, Vol. 27, Issue 4, pp. 801-820.20 November 1997, 1re Ch. C

CORTE SUPREMA SUÍÇA, Primeira Câmara Civil, Alejandro Valverde Belmonte v. Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI), Agence Mondiale Antidopage (AMA) and Union Cycliste Internationale (UCI), 4A_234/2010, 29 October 2010

ENGLAND, R.v. Gough [1993] AC 646,

ENGLAND, R.v. Sussex Justices, Ex Parte Mc Carthy [1924] 1 KB 356

HOUSE OF LORDS, ENGLAND, AT&T Corporation v. Saudi Cable Company [2000] BLR 29

HOUSE OF LORDS, ENGLAND, Porter v. Magill [2002] 2 AC 357.

HOUSE OF LORDS, ENGLAND, Rustal Trading Ltd v. Gill & Duffas AS [2000] 1 Lloyd's Rep 14

HOUSE OF LORDS, ENGLAND,, *Laker Airways v. FLS Aerospace* [1999] 2 Lloyd's Rep 45.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, *Alpha Projektholding GmbH. v. Ukraine*, Case No. ARB/07/16. Disponível online em: <http://icsid.worldbank.org>

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, *Caratube International Oil Company LLP v. Republic of Kazakhstan*, Case No. ARB/08/12. Disponível online em: <http://icsid.worldbank.org>

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, *Rompetrol x Romania Case*, Case No. ARB/06/03, 2010. Disponível online em: <http://icsid.worldbank.org>

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, *Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, Case No. ARB/03/19. Disponível online em: <http://icsid.worldbank.org>

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, *Tidewater Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Case No. ARB/10/5. Disponível online em: <http://icsid.worldbank.org>

LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION, LCIA Court Decisions on Challenges to Arbitrators No. 81132, 1 Arbitration International, 2011

PERMANENT COURT OF ARBITRATION, *Perenco Ecuador Limited v. The Republic of Ecuador & Empresa Estatal Petroleos Del Ecuador*, PCA Case n° IR-2009/1, 08.12.2009.

SUPREME COURT, UNITED STATES, *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co.*, 393 US, 145 (1968)

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO, *Recurso Especial n° 1.526.789 – SP (2015/0081712-3)*

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO, Sentença Estrangeira Contestada nº9.412 – US (2013/0278872-5)

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PORTUGUÊS, Processo n. 831/15.7YRLSB.S1, 15.02.2017

TRIBUNAL ARBITRAL *AD HOC*, *American Independent Oil Company Inc (Aminoil) v Government of the State of Kuwait*, 9 Yearbook Commercial Arbitration 71, 1984

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, Processo nº 1361/14.OYRLSB.L1, 24.03.2015