

IMPARCIALIDADE NA ARBITRAGEM

Thamar Cavalieri*

Sumário: Resumo; Abstract; Palavras-Chave; Introdução.

Capítulo 1 – O Sistema Brasileiro de Aferição da Imparcialidade 1. Imparcialidade: dever, requisito e direito; 2. Suspeição e Impedimento; 2.1 Normas de ordem pública?; 2.2 Taxatividade das hipóteses; 3. Dever de investigar e revelar; 3.1 Extensão objetiva: quão justificáveis são as dúvidas?; 3.2 Extensão subjetiva: quem deve revelar?; 3.3 Efeitos da violação do dever de revelar; 4. Impugnações de parcialidade: questões processuais; 4.1 Impugnações ao árbitro; 4.2 Impugnações à sentença; 5. O mérito das Impugnações: desqualificação discricionária e desqualificação automática.

Capítulo 2 – Mapeamento da Parcialidade

1. Parcialidade aparente vs. Parcialidade verdadeira; 2. Parcialidade lato sensu, Parcialidade stricto sensu e Dependência; 3. A Parcialidade stricto sensu como Preferência por Parte e Preferência por Resultado; 3.1 Preferência por Parte; 3.2 Preferência por Resultado; 4. O trade off especialidade-independência; 5. Repercussão prática dateoria.

Capítulo 3 – Testes de prova

1. Conceito e estrutura lógica; 2. Os diferentes testes; 2.1 Razoável Suspeita ou Aparência de parcialidade; 2.2 Perigo real; 2.3 Possibilidade real; 2.4 Parcialidade evidente ou manifesta violação; 3. Na prática, há mesmo diferença entre os testes?; 4. Aplicação no Brasil; Conclusão; Bibliografia.

RESUMO

Este trabalho trata dos deveres de imparcialidade do árbitro e das decorrências de seu descumprimento. Inicia-se por análise da sistemática brasileira do dever de revelar e das impugnações contra a falta da imparcialidade. No intuito de criar critérios objetivos para definir as situações de procedência e improcedência das impugnações, analisa doutrina e jurisprudência estrangeiras e sistematiza as formas pelas quais a parcialidade se manifesta. Passa, então, a analisar os diferentes testes de prova aplicados pelos tribunais estrangeiros e a ponderar como podem enriquecer a prática arbitral brasileira.

* Residente Jurídico da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro

ABSTRACT

This article is concerned with the duties of impartiality of the arbitrator and the consequences of its noncompliance. It starts with an analysis of disclosure obligations and bias challenges in Brazilian system. Aiming to create objective *criteria* to define the situations of acceptance and non acceptance of challenges, it analyses foreign doctrine and case law and codifies the different forms bias assume. It then proceeds to examine the tests of evidence applied by foreign tribunals and consider how these tests can be applied in Brazilian scenario.

PALAVRAS-CHAVE

Arbitragem – Imparcialidade e Independência - Critérios objetivos – Testes de prova – Dever de revelação – Árbitro

INTRODUÇÃO

“Nemo iudex in sua causa”¹

A possibilidade das partes de escolherem seus julgadores é uma das peculiaridades mais fascinantes da Arbitragem. Ela inspira a segurança de que o julgador será especialista no assunto e de que terá disponibilidade para decidi-lo com diligência. No entanto, as vantagens que essa possibilidade traz poderiam ser relativizadas pelo perigo da parcialidade, não fossem os mecanismos que abordaremos.

Na análise da doutrina estrangeira no tema da imparcialidade na arbitragem, nos deparamos com certo caos conceitual². As divergências começam nos dois conceitos básicos do assunto – independência e imparcialidade – os quais têm significados idênticos para alguns autores e distintos para outros³. A análise da jurisprudência das cortes estrangeiras resulta na mesma conclusão: impera a indefinição. Sobre as mesmas circunstâncias fáticas, encontramos decisões em sentidos opostos. Nas cortes brasileiras o desenvolvimento do tema não é expressivo: há poucas decisões⁴, em geral carentes de fundamentação. A lacuna é

¹ Brocardo Romano: nenhum juiz deve julgar sua própria causa.

² Ferro afirma que “*reina pouca clareza sobre o tema*”. FERRO, Marcelo Roberto. *Apontamentos sobre a Independência dos Arbitros*. In ADAMEK, Marcelo (coord.). *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*. São Paulo: Editoria Malheiros, 2011. p. 850.

³ Ver Capítulo 2, tópico Parcialidade *lato sensu*, Parcialidade *stricto sensu* e Dependência.

⁴ Ver Capítulo 1, tópico Impugnações à sentença

explicável pelo fato de a arbitragem no Brasil, como dizem alguns arbitralistas⁵, ser ainda adolescente⁶.

A utilização da arbitragem é, entretanto, muito antiga em vários países do mundo, particularmente nos Estados Unidos e no oeste europeu, onde se pode encontrar *leading cases* sobre imparcialidade datando de 1938⁷. Inegável, portanto, a importância de conhecer a evolução do instituto em outros países para que inspirem, sempre sob rigorosa análise crítica, os novos regulamentos e legislações que hoje emergem no Brasil. A proposta deste trabalho é sistematizar o caos, fazer juízo crítico do que pode ser aplicado no Brasil e contribuir para o desenvolvimento de critérios objetivos para o julgamento das impugnações de parcialidade.

CAPÍTULO 1 – O SISTEMA BRASILEIRO DE AFERIÇÃO DA IMPARCIALIDADE

“O maior ativo do árbitro é a sua reputação.”⁸

1. Imparcialidade: dever, requisito e direito

As expressões *imparcialidade e independência* são onipresentes nas leis e regulamentos internacionais sobre arbitragem⁹. No Direito brasileiro, estão expressamente designadas no §6º do art. 13 da Lei 9.307/96 como *deveres do árbitro*. Além da menção explícita, há duas outras roupagens jurídicas que revestem as expressões na sistemática da Lei brasileira de Arbitragem.

⁵ A expressão é de 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.

⁶ Aqui, cabe abrir o parêntesis para fazer a ressalva: a arbitragem foi muito usada na história do Brasil como método de solução de conflitos em nível de Estados Soberanos (ex: controvérsias territoriais com a Argentina em 1900, com a Guiana Britânica em 1904, com a Bolívia em 1909 e controvérsias patrimoniais com os EUA, com a Suécia e a Noruega, em 1870). No Direito Positivo, está prevista desde a Constituição do Império, de 1824. Antes mesmo de 1996, quando foi publicada a Lei brasileira de Arbitragem, o instituto já tinha regulação específica. Mesmo assim, não era utilizado na prática das relações comerciais, pois uma série de dúvidas e imprecisões circundava sua aplicação. (Exemplos dessas questões são: (i) necessidade de homologação de (i) sentenças arbitrais estrangeiras na sede da arbitragem; (ii) do laudo arbitral para que tivesse força de sentença; (iii) necessidade de compromisso arbitral depois de surgido o litígio; (iv) dúvidas sobre a constitucionalidade da lei diante do princípio da inafastabilidade do acesso ao Judiciário.) Apenas a partir da declaração de constitucionalidade da Lei de Arbitragem pelo STF, em 12.12.2001, houve crescimento expressivo da arbitragem. Fonte: BATISTA MARTINS, Pedro, *Arbitragem através dos tempos: obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil*, disponível em www.batistamartins.com e BATISTA MARTINS, Pedro, *Arbitragem: Constitucionalidade e Desnecessidade de Homologação Judicial*, disponível no mesmo site.

⁷ O caso Catalina, por exemplo, abordado no Capítulo 3.

⁸ Parafraseando LUTTRELL, Samuel, *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: the need for a real Danger test*, The Netherlands: Kluwer Law International. 2009, p.253

⁹ LUTTRELL, 2009, p.8

A primeira delas é construída a partir da *confiança*, apontada pelo *caput* do art. 13 como requisito ao exercício da função de árbitro¹⁰. A doutrina aponta duas óticas de análise do conceito de confiança: uma intrínseca, que se denomina *probidade arbitral* e indica que o árbitro deve ser pessoa honesta e proba; outra extrínseca, que consiste na sua capacidade de exarar decisão com *independência e imparcialidade*¹¹. Desse modo, independência e imparcialidade definem, não apenas deveres do árbitro, mas também requisitos ao exercício de sua função.

Além disso, é uníssono o entendimento, tanto no Brasil como no exterior¹², de que o *direito dos litigantes* a um julgamento imparcial é uma *manifestação do devido processo legal*. Nas palavras de Carmona, se não houver garantia para as partes de que o julgador seja equidistante em relação aos litigantes e indiferente quanto ao resultado do processo, não poderá haver justiça¹³. Infere-se, então, que a independência e imparcialidade do árbitro assumem também a forma de direito fundamental das partes.

A polêmica conceitual que envolve os dois termos será abordada com maior profundidade, mas cabe conceituá-los brevemente: a independência do julgador diz respeito à *ausência de relações inapropriadas com as partes e com o objeto do litígio*, enquanto sua imparcialidade consiste no seu *estado de mente de equidistância entre as partes*¹⁴. Esse direito, dever e duplo-requisito será designado neste trabalho apenas pela “expressão-cobertor” imparcialidade (em sentido amplo)¹⁵.

No intuito de proteger esses atributos indispensáveis a um julgamento justo, criou-se um *sistema de aferição da imparcialidade*¹⁶, que é composto por três mecanismos: (i) a incidência das hipóteses de impedimento e suspeição dos juízes togados, (ii) o dever de investigar e revelar, (iii) as impugnações de parcialidade¹⁷. Cada um deles será tratado nos tópicos que seguem.

¹⁰ De acordo com o artigo 13 da Lei, são dois os requisitos para o exercício da função de árbitro: é necessário (i) ser pessoa física capaz e (ii) ter a confiança das partes. Vale destacar que a confiança, ao lado da liberdade das partes, é apontada como um dos pilares fundamentais da Arbitragem. (FERRO, 2011, p. 849)

¹¹ HENRY, Marc, *Les Obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente*, Revue de l'Arbitrage, 1999, p. 206. Entre nós, NUNES PINTO, José Emilio, *O árbitro deve decidir*. Revista Jus Vigilantibus, 03.8.2003, <http://jusvi.com/artigos/349>.

¹² 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*”. Em tradução livre: Um exemplo de princípio fundamental substantivo é a proibição do abuso de direitos. Um exemplo de princípio fundamental processual é o dever de imparcialidade dos Tribunais.

¹³ CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo: Um comentário À Lei 9.307/96*, 2a ed., São Paulo: Atlas, 2004. p. 254.

¹⁴ FERRO, 2011, p. 852.

¹⁵ A “*blanket-expression*” é usada por diversos autores estrangeiros para evitar a repetição exaustiva dos dois termos. LUTTRELL, Samuel, 2009, p.8 Veja-se Tópico: Parcialidade *lato sensu*, Parcialidade *stricto sensu* e dependência.

¹⁶ A expressão é de Selma Lemes. LEMES, Selma Ferreira; *O dever de revelação do árbitro e a Ação de Anulação da Sentença Arbitral*, in: LEMES, Selma Ferreira, BALBINO, Inez (coord.); Arbitragem – Temas contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 453.

¹⁷ A expressão impugnações de parcialidade é tradução livre do termo *Bias Challenges*. Veja-se LUTTRELL, 2009, p.8.

2. Suspeição e Impedimento

O *caput* do artigo 14 da Lei 9.307/96 enuncia que estão *impedidos* de funcionar como árbitros aqueles se enquadrem nas situações de impedimento e suspeição dos juízes, previstas nos artigos 144 e 145 do CPC/15. Diante disso surgem duas indagações: (i) podem as partes concordar que o árbitro permaneça no exercício da função na ocorrência de tais situações? (ii) as situações previstas dos artigos do CPC são taxativas para o árbitro? Ou ao árbitro devem ser aplicáveis parâmetros mais rígidos que ao juiz togado?

2.1. Normas de ordem pública?

Dizer que as situações proibidas pelos arts. 144 e 145 não podem ser ignoradas pelas partes é afirmar que a autonomia das partes, princípio caro à Arbitragem, estaria excepcionada. CARMONA afirma que o dispositivo da Lei de Arbitragem dá o mesmo efeito a todas as situações (com a redação “*impedidos*”), tendo o árbitro obrigação de se afastar na hipótese da ocorrência de qualquer delas, indiferentemente¹⁸.

BATISTA MARTINS¹⁹ faz, entretanto, ponderação que nos parece acertada. Para o respeitado doutrinador, a vasta maioria das hipóteses elencadas no Código de Processo Civil encerra extravagantes conflitos de interesses e impõe, de plano, impedimento ao exercício da função. O árbitro, portanto, sequer teria o direito de revelar a ocorrência de uma das situações dos arts. 134 e 135 do CPC/73 (correspondentes aos artigos 144 e 145 CPC/15); deveria recusar de plano a indicação. Isto é, de nada valeria o árbitro revelar a situação de conflito, pois ela seria tão grave que as próprias partes não poderiam aceitá-la. Por esse raciocínio, as situações da lei consistiriam em limite à autonomia das partes²⁰.

BATISTA MARTINS aponta que há, entretanto, algumas hipóteses elencadas na lei que apenas *obstam* ou *podem obstar* a participação do árbitro, podendo as partes concordar em mantê-lo na função. Nessas hipóteses, o árbitro é obrigado a fazer a revelação, mas pode continuar no procedimento se as partes assim acertarem.

2.2. Taxatividade das hipóteses

A questão de submeter árbitros a parâmetros mais rígidos que magistrados é alvo de discórdia no Direito internacional: há decisões de cortes estrangeiras em

¹⁸ CARMONA, 2004. p. 252.

¹⁹ Em parecer nos autos do Processo nº 0106328-28.2012.8.26.0100, TJSP. O parecer foi proferido durante a vigência dos artigos 134 e 135 do CPC/73.

²⁰ Vale observar que essas hipóteses são análogas àquelas previstas na Lista Vermelha Irrenunciável das Diretrizes Éticas da *International Bar Association – IBA Guidelines de 2004*.

diferentes sentidos²¹. Em favor de critérios mais rígidos para juízes togados é usado o argumento de que os árbitros são escolhidos pelas partes, enquanto o litigante do processo judicial está “nas mãos do estado” e não pode escolher um julgador em quem confie. A presunção de imparcialidade dos árbitros seria, nesse sentido, mais forte que a dos julgadores estatais²².

Em favor de padrões mais rígidos aos árbitros, destacam-se os argumentos: (i) não há recurso de sentença arbitral, o que aumenta a necessidade de garantir um julgamento imparcial, (ii) os árbitros costumam ser profissionais liberais e, por estarem no mercado, estão expostos a uma gama de conflitos de interesse mais ampla que os juízes togados. Nesse sentido, entre nós, MARCELO FERRO e CARMONA²³; dentre os autores estrangeiros, destacamos GARY BORN e LUTTRELL²⁴.

Parece acertado estabelecer parâmetros específicos às situações peculiares em que se encontram os árbitros. Observa-se que os agentes públicos, em geral, estão proibidos de atuar como árbitros²⁵, de maneira que, na prática, essa função costuma ser desempenhada por um profissional liberal. Como tal, o árbitro pode ter advogado ou dado parecer para uma das partes; pode estar ligado ao escritório de advocacia que as defende; pode depender economicamente de que a parte o aponte reiteradamente; entre outras situações. Assim, outras razões não descritas nos artigos do CPC, podem ser consideradas inapropriadas (independência) ou levar um árbitro a ter seu estado de mente imparcial questionado (imparcialidade)²⁶.

²¹ “In particular in the context of challenging an arbitrator or an award for lack of “independence” or “impartiality” courts have come to different conclusions as to whether arbitrators are subjected to the same requirements of “independence” and “impartiality” as judges. While the US Supreme Court held in 1968 in *Commonwealth Coatings v Continental Casualty* that arbitrators “should be submitted to stricter requirements than courts, since there is no appeal against their awards, the English Court of Appeal held in *AT&T v Saudi Cable* that the same requirements apply to both.” LEW, Julian D. M.; MISTELLIS, Loukas A.; and KRÖLL, Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 257. Em tradução livre: Em particular no contexto de impugnações a árbitros ou a sentenças por falta de independência ou imparcialidade, Cortes chegaram a diferentes conclusões a respeito de os árbitros serem sujeitos aos mesmos requerimentos de independência e imparcialidade que os juízes. Enquanto a Suprema Corte dos EUA determinou em 1968, em *Commonwealth Coatings v. Continental Casualty* que árbitros deveriam ser submetidos a parâmetros mais estritos que Cortes, já que não há recurso de suas decisões, a Corte de Apelação inglesa determinou em *AT&T v Saudi Cable* que os mesmos parâmetros se aplicam a ambos.

²² Na decisão inglesa do caso *Gough*, que, como será visto, é o caso paradigma do teste de prova “perigo real”, Lord Goff of Chieveley expressou a opinião de que “o mesmo teste deve ser aplicável em todos os casos de parcialidade aparente, quer concernentes a juízes, quer a jurados, quer a árbitros”.[R.v. *Gough* [1993] AC 646, England, House of Lords]. Esse entendimento foi seguido no famoso caso *Saudi Cable*, também inglês, no qual Lord Justice Potter se pronunciou no sentido de que qualquer que seja o teste de prova escolhido, é desejável que ele seja aplicado universalmente a magistrados e árbitros. [*AT&T Corporation v. Saudi Cable Company* [2000] BLR 29, §58 da decisão.]

²³ FERRO, 2011, p. 852; CARMONA, 2004, p. 253.

²⁴ BORN, Gary, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009. LUTTRELL, 2009, p. 41, 42.

²⁵ Essa proibição não vem da Lei de Arbitragem, mas da Constituição Federal e das leis que regem cada função pública. De acordo e com o art. 95, §U, I, da CF e com o art. 26, II da Lei Orgânica da Magistratura, por exemplo, o juiz estatal só poderá exercer a função de magistrado e mais uma de magistério.

²⁶ Anne Marie Whitesell faz ressalva interessante em seu artigo. Afirma que os conflitos de interesse que cercam os árbitros que são acadêmicos e advogados não-praticantes são geralmente diferentes daqueles que os advogados praticantes enfrentam. O tipo de escritório a que o árbitro está associado –boutique

Exemplo da consolidação dessa posição é a alteração trazida pelo Novo Regulamento CAM-CCBC²⁷, que incluiu no rol de situações que impedem a nomeação de árbitro hipótese que não está prevista no CPC, mas que é comum em arbitragens. Nos termos do art. 5.2, (I) do regulamento, o árbitro não poderá ser nomeado se tiver interesse econômico relacionado com qualquer das partes ou seus advogados, salvo por expressa concordância das mesmas. Ademais, o artigo 5.4 do novo regulamento alargou o espectro do artigo 6.5 do antigo, que previa a substituição de árbitro apenas pelas causas dos arts. 134 e 135 CPC/73. A nova redação prevê que as partes poderão impugnar os árbitros por falta de independência, imparcialidade, *ou por motivo justificado*.

3. Dever de investigar e revelar

Conforme afirma Marcelo Ferro, na tutela da confiança das partes, a lei atribui aos potenciais árbitros obrigação de natureza pré-contratual, eis que assumida antes da sua investidura²⁸. Essa obrigação está expressa no parágrafo único do art. 14 da Lei 9.307/96, o qual, reproduzindo o art. 12 da Lei Modelo da UNCITRAL, prescreveu o dever do árbitro de revelar, “*antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência*”.

Ferro situa o dever de revelar do árbitro como corolário de um dever maior, verdadeira obrigação de resultado, que é a de dar às partes uma sentença justa, imparcial e válida²⁹. De fato, não basta que o julgador empregue seus melhores esforços para julgar com imparcialidade. Para que satisfaça a obrigação que assumiu no momento da aceitação da sua indicação, é necessário que efetivamente profira uma decisão baseado exclusivamente no mérito da disputa.

Importante notar que, embora seja assumido antes da investidura do árbitro, o dever de revelar perdura por todo o procedimento arbitral. Sua duração serve tanto à revelação de fatos esquecidos quanto à de fatos supervenientes.

Além disso, o cumprimento do dever de revelação exige uma postura pró-ativa do árbitro: o desconhecimento não lhe serve de justificativa para a não divulgação de um potencial conflito se não tiver empregado uma *razoável tentativa* de investigação. O dever assumido pelo árbitro obriga-o a implementar pesquisa a fim de identificar potencial conflito de interesses entre as partes e as atividades que ele desenvolve. Assim como o dever de revelar, o dever de investigar é uma obrigação contínua, que não se esgota na fase inicial da arbitragem. O árbitro está, portanto, obrigado a revelar fatos concretos cuja ocorrência ele não ignora ou *não poderia ignorar*.

ou multinacional – e a função que nele exerce também tem impacto na sua situação de conflito. WHITESELL, Anne Marie, 2008, p. 7.

²⁷ Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, em vigor desde janeiro de 2012.

²⁸ FERRO, Marcelo Roberto, 2011, p. 849.

²⁹ FERRO, 2011, p. 853.

3.1. Extensão objetiva: quais justificáveis são as dúvidas?

Não é raro presenciar a hesitação dos árbitros quanto aos fatos que requerem divulgação ou observar posicionamentos discrepantes ante situações semelhantes. Embora as leis e normas de arbitragem estabeleçam a sistemática geral, falta uma orientação mais detalhada³⁰.

A decisão do árbitro pelo que revelar deve ser fruto de delicado equilíbrio de ponderação. Em favor de uma revelação ampla, que garanta a confiança no processo e a sua transparência, temos as constatações de que: (i) a dúvida deve ser dirimida em favor da revelação³¹, (ii) árbitro deve ter postura de empatia, indagando se, caso fosse parte, gostaria de conhecer o mencionado fato³².

Por outro lado, não é sem motivo que a qualificação “justificadas”, subjetiva que seja, é lugar-comum no direito internacional arbitral e está presente nas leis das principais sedes de arbitragem. Trata-se de clara referência ao princípio da razoabilidade com o objetivo de limitar o escopo da revelação.

Nesse sentido, em limitação ao objeto da revelação, temos que: (i) divulgações desnecessárias podem causar impressões errôneas nas partes e prejudicar sua confiança no processo³³; (ii) o dever não pode se transformar em uma armadilha para a arbitragem ou em uma muleta para a parte vencida³⁴; (iii) o dever não pode ser elevado a graus absolutos, sob pena de se tornar uma ameaça à intimidade e privacidade dos árbitros³⁵.

³⁰ Trecho retirado da introdução IBA guidelines de 2004.

³¹ Princípio Geral nº 3 das IBA guidelines de 2004: “(c) Eventual dúvida quanto à necessidade de divulgação de determinados fatos ou circunstâncias por um árbitro deve ser dirimida em favor da divulgação; (d) ao analisar a existência ou não de fatos ou circunstâncias passíveis de divulgação, o árbitro não deve levar em conta se o processo arbitral está em etapa inicial ou posterior.”

³² Interessante trecho de Fouchard, Gaillard e Goldman, em tradução livre: Espera-se, portanto, que potenciais árbitros decidam o que devem revelar colocando-se na posição das partes. Pode-se imaginar o dilema enfrentado por árbitros quando decidem se revelarão ou não uma circunstância que não causa qualquer consequência: se a revelarem, seu apontamento pode não ser confirmado (...), mas se não revelarem, mais tarde ela pode criar um incidente potencialmente sério. No original: “*The prospective arbitrators are thus expected to decide what they should disclose by putting themselves in the position of the parties. One can well imagine the dilemma faced by arbitrators in deciding whether to disclose an inconsequential circumstance: if they reveal it, their appointment may not be confirmed (...), but if they do not reveal it, it may later resurface and create a potentially serious incident. Of course, one possible solution consists in disclosing all such circumstances and specifying that, in the arbitrator's opinion, they do not raise doubts as to his or her independence.*” Gaillard, Emmanuel; Savage, John (Eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 579.

³³ Nota explicativa ao Princípio Geral nº 3, IBA Guidelines: (c) Divulgações desnecessárias podem causar às partes a impressão errônea de que as circunstâncias divulgadas terão o condão de afetar a imparcialidade ou independência do árbitro. A realização indiscriminada de divulgações acaba por prejudicar, desnecessariamente, a confiança das partes no processo. Ainda assim, após algum debate, o Grupo de Trabalho entender ser importante consignar expressamente nos Princípios Gerais que, em caso de dúvida, cumpre ao árbitro divulgar. Se o árbitro entender necessária uma divulgação, mas a ela vir-se impedido por normas de sigilo profissional ou outros preceitos aplicáveis, ele deve recusar sua nomeação ou, se dor o caso, renunciar à função.

³⁴ LEMES, Selma Ferreira, 2012, p. 459.

³⁵ “[A] exigência de revelar fatos que não guardam relação com o ato de julgar, (...) pode, muitas vezes, repercutir na esfera da privacidade do árbitro, protegida na ordem dos princípios e valores constitucionais (art. 5, X da CF).” LEMES, Selma Ferreira, 2012, p. 459.

Para trazer a questão a termos mais concretos, podemos afirmar que o árbitro:

(a) tem a obrigação de revelar a ocorrência das hipóteses dos artigos 144 e 145 do CPC, quando não impuserem imediata recusa da indicação por parte do próprio árbitro,

Afinal, se a própria lei apontou tais situações como causas de impedimento, é claro que as dúvidas que causam são “justificadas”³⁶. A obrigação de revelar a ocorrência dessas hipóteses é sempre inafastável: ou o árbitro recusa de plano a indicação, ou revela.

(b) tem o dever de revelar a ocorrência de hipóteses previstas nos regulamentos e códigos de ética vinculantes ao caso;

É o que se infere pelo respeito à autonomia das partes, já que elas próprias escolheram a aplicação das referidas normas.

(c) tem a faculdade de revelar situações previstas em soft law e outras previstas em norma não aplicável;

Essa zona de discricionariedade é delicada e nela ocorre a maioria das situações concretas. Ferro aponta que quando o árbitro revela situações por faculdade, a circunstância de ter revelado deve depor favoravelmente à sua imparcialidade³⁷.

(d) tem direito de não revelar hipóteses cuja investigação seja impraticável, ou que violem sua intimidade³⁸.

Como afirma Carter, “o árbitro tem o direito de ser razoável na extensão de suas investigações e revelações”³⁹. No mesmo sentido, SELMA LEMES, para quem “[A] exigência de revelar fatos que não guardam relação com o ato de julgar, (...) pode, muitas vezes, repercutir na esfera da privacidade do árbitro, protegida na ordem dos princípios e valores constitucionais (art. 5, X da CF)”⁴⁰.

3.2. Extensão subjetiva: quem deve revelar?

Um dos mais atuais tópicos de discussão em arbitragem internacional é a extensão do dever de revelar às partes. As Diretrizes sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional da *International Bar Association* (“*IBA Guidelines*”⁴¹)

³⁶ “Por se tratar de exceção ao rígido comando do art. 14 da Lda, é imprescindível que esse fato, de severa magnitude, seja informado às partes. Trata-se de dever inafastável do árbitro, sob pena de nulidade da decisão.” BATISTA MARTINS, Pedro A., Parecer dado nos autos do Processo do TJSP nº 0106328-28.2012.8.26.0100.

³⁷ FERRO, Marcelo, 2011, p. 858.

³⁸ São exemplos aquelas descritas na lista verde da IBA Guidelines.

³⁹ CARTER, H James, *The rights and duties of the arbitrator: six aspects of the rule of reasonableness*, The Status of the Arbitrator, ICC International Court of Arbitration, Paris: ICC Publication n. 564, 1995, p. 25. Citado por LEMES, Selma Ferreira; O dever de revelação do árbitro e a Ação de Anulação da Sentença Arbitral, in: LEMES, 2012. P. 456.

⁴⁰ LEMES, Selma Ferreira, 2012, p. 459

⁴¹ As IBA Guidelines são divididas em duas partes: (i) Princípios Gerais e notas explicativas e (ii) Listas de Aplicações. As listas de aplicações são especialmente interessantes, pois consistem em situações específicas que justificam ou não a divulgação do árbitro. Essas listas são identificadas como Vermelha

preveem expressamente a existência desse dever, mas ele só foi reconhecido e sancionado em um caso concreto em 2011.

Lê-se no Princípio Geral nº 7 das IBA *Guidelines* de 2004⁴²:

(7) Atribuições do Árbitro e das Partes

(a) A parte deve informar o árbitro, o Tribunal Arbitral, as outras partes e a instituição arbitral ou outra autoridade responsável pela nomeação (se houver) a respeito de qualquer relacionamento direto ou indireto entre tal parte (ou outra empresa do mesmo grupo econômico) e o árbitro. A parte deve assim proceder por iniciativa própria, antes do início do procedimento ou assim que se tornar ciente de tal relacionamento.

(b) Para atender o disposto no Princípio Geral 7(a), a parte deve apresentar qualquer informação que já lhe seja disponível e realizar uma busca razoável de informações de domínio público.

(c) Cumpre ao árbitro realizar diligências razoáveis no sentido de averiguar qualquer potencial conflito de interesses, assim como quaisquer fatos ou circunstâncias que possam suscitar

de eventos renunciáveis e irrenunciáveis, Laranja e Verde. A Lista Vermelha irrenunciável 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 não resolve o conflito – ele deve ser afastado do procedimento. 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. São irrenunciáveis 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 administrador. 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 excluir 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. 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. 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. 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.

Importante ressaltar que as Diretrizes da IBA *não têm força de lei*, nem prevalecem sobre a legislação nacional aplicável ou sobre as normas do regulamento da Câmara. No entanto, são vistas como *international best practices*, funcionam como *forte instrumento de persuasão moral e podem ter aplicação mandatória*, caso as partes assim disponham no contrato.

⁴² Há versão revisada das IBA *Guidelines*, datada de 23 de outubro de 2014, disponível em <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=e2fe5e72-eb14-4bba-b10d-d33dafee8918>.

questionamentos acerca de sua imparcialidade ou independência. O desconhecimento não serve de justificativa para a não divulgação de um potencial conflito se o árbitro não tiver realizado uma razoável tentativa de investigação.

O caso de arbitragem de investimento *Hrvatska v. Slovenia* é o primeiro caso de que se tem notícia em que se declarou a procedência de impugnação ao advogado da parte contrária por causar aparência de parcialidade em um dos membros do tribunal. A possibilidade da exclusão de advogado merece um trabalho próprio e não será tratada no presente. O caso *Hrvatska*⁴³ importa, neste momento, porque um dos principais fundamentos da sua decisão foi a violação do dever de revelar *da parte*.

A situação de parcialidade em questão era o fato de o advogado impugnado e o presidente do tribunal arbitral serem membros da mesma “*chamber of barristers*”. A participação do advogado no procedimento só fora informada 10 dias antes da audiência, quando a parte contrária começou a requisitar, através de seguidas correspondências, que ele informasse detalhes sobre seu relacionamento com o árbitro. A parte representada pelo advogado impugnado se recusou por diversas vezes a fazer qualquer revelação – atitude que foi duramente criticada pelos demais membros do tribunal na decisão sobre a impugnação, por ter gerado “*an atmosphere of mistrust (...) that must be repelled*”⁴⁴.

DAVID BRANSON, que comenta o *HRVATSKA*, concorda com a existência do dever de revelar das partes, embora chame a atenção para o fato de que ele nunca fora antes objeto de decisão. O autor aponta para outra decisão julgada pela Corte de Apelação de Paris em 2009, que não chegou a sancionar a violação do dever de revelar da parte, mas que confirmou a existência de responsabilidade das partes por manter a integridade do procedimento arbitral⁴⁵.

Embora não tenhamos notícia de posicionamento de autores brasileiros sobre

⁴³ Hrvatska significa Croácia, em croata.

⁴⁴ Em tradução livre, “uma atmosfera de desconfiança que precisa ser repelida”. *Hrvatska v. Republic of Slovenia*, ICSID Case No. ARB/05/24.

⁴⁵ Branson, David J. *An ICSID Tribunal Applies Supranational Legal Norms to Banish Counsel from the Proceeding: a note on Hrvatska Elektroprivreda v. Republic of Slovenia*, 25 *Arbitration International* 615, 2009, p. 617-619. “When an arbitrator fails to disclose facts relating to current professional relationships, counsel’s prompt disclosure will obviate the possibility of a costly, time-consuming challenge in the courts after an award is rendered.

The Paris Court of Appeal has this year, in February, issued a ruling containing a similar ratio to the Slovenia decision. Mr Sigvard Jarvin, a partner in the international firm of Jones Day, was appointed President of an ICC tribunal. After consulting his firm’s conflicts centre, Mr Jarvin accurately completed the page ICC disclosure statement and was duly confirmed in 2002. The losing party later challenged the 2007 award on the grounds that they had become aware that Jones Day had accepted several assignments for the opposing party or its subsidiaries after Mr Jarvin made his initial disclosure. The Court of Appeal vacated the award. The court made two important observations that are relevant here. First, it said the arbitrator must continuously update and report the information about his firm’s activity that might create a conflict; and secondly, the court said the client must be aware of the law firm in which an arbitrator works and should avoid employing that firm where it would create a conflict and imperil the award. While it would go too far to say the Paris decision created a new duty for the party to disclose relationships, the court said a party had the responsibility to protect the integrity of the proceeding and could not employ the arbitrator’s firm without jeopardising the award.

a questão, somos da opinião de que a extensão do dever de revelar às partes está de acordo com o dever de lealdade processual, cooperação e com os deveres anexos da boa fé objetiva, em voga na perspectiva da constitucionalização do Direito brasileiro.

3.3. Efeitos da violação do dever de revelar

Outro ponto de indefinição do Direito brasileiro, que também é objeto de intensas discussões no exterior, são as consequências que a violação do dever de revelar traz à imparcialidade do árbitro. Pode-se dizer que há três diferentes concepções. A violação do dever de revelar:

- (i) constitui prova da parcialidade do árbitro, independente da gravidade dos fatos omitidos;
- (ii) inverte o ônus da prova contra o árbitro, que não passará mais a gozar da presunção de imparcialidade;
- (iii) é apenas mais um fato a ser ponderado em um *teste de prova*

A primeira corrente é consagrada no art. 4.1 da *Rules of Ethics da International Bar Association*, de 1984. Em tradução livre do artigo:

*“Dever de revelação: 4.1 – O futuro árbitro deve revelar todos os fatos ou circunstâncias que possam levantar dúvidas quanto a sua imparcialidade e independência. A falha em fazer tal revelação cria uma aparência de parcialidade, e pode, em si, ser fundamento para desqualificação mesmo que as circunstâncias ou fatos não revelados não a justificassem.”*⁴⁶

As *Rules of Ethics da International Bar Association*, de 1984, foram revogadas no que contrariam as *IBA guidelines*, de 2004⁴⁷. Como na parte II, item 5 das *guidelines*, adotou-se a corrente (iii), o artigo 4.1 está no rol das disposições revogadas.

Mesmo assim, diversas jurisdições são adeptas dessa corrente até hoje, citando, inclusive, o artigo 4.1 das *Rules of Ethics*. Veja-se, por exemplo, o trecho de sentença judicial, segundo a qual devem ser reveladas até relações indiretas para garantir a aparência de parcialidade:

⁴⁶ *“Duty of Disclosure: 4.1 – A prospective arbitrator should disclose all facts or circumstances that may give rise to justifiable doubts as to his impartiality and independence. Failure to make such disclosure creates an appearance of bias, and may of itself be a ground for disqualification even though the non-disclosed fact or circumstances would not themselves justify disqualification.”*

⁴⁷ As *Guidelines* de 2004 dispõem: *“(...) uma oposição a posteriori com fundamento no fato de que um árbitro não divulgara os fatos ou circunstâncias em tela não resultaria automaticamente no cancelamento de sua indicação, em desqualificação posterior ou em contestação bem-sucedida ao laudo arbitral. No entendimento do Grupo de Trabalho, a não divulgação não basta para configurar a parcialidade ou falta de independência de um árbitro; apenas os fatos ou circunstâncias que não foram por ele divulgadas é que têm o condão de fazê-lo” (Item 5, Parte II, IBA Guidelines).*

“A aparência de parcialidade é suficiente para estabelecer parcialidade em casos de não-revelação, porque é a integridade do procedimento pelo qual o árbitro foi escolhido que está em questão e não a decisão do árbitro em si.”⁴⁸

Entre nós, MARCELO FERRO aborda o assunto e cita CRAIG, PARK e PAULSSON, para quem: “*it may be argued that the failure of an arbitrator to disclose pertinent facts about his relationship to a dispute or to a party is in and of itself sufficient grounds for a challenge even though such facts – if disclosed in a timely fashion – would not necessarily have been found by the ICC Court to justify disqualification. Such failure of disclosure may be said to constitute evidence of partiality.*”⁴⁹ Ferro aponta o caso *Commonwealth v. Coatings*, *leading case* norte-americano, julgado pela Suprema Corte dos EUA, que anulou sentença arbitral com base nesse entendimento.

A segunda posição sobre os efeitos da violação do dever de revelar é defendida por HUBER e WESTON⁵⁰, os quais afirmam que a presunção de imparcialidade da qual o árbitro goza quando é apontado é invertida com a descoberta da violação – passa-se a uma presunção relativa de que ele é parcial. No entanto, se durante o curso do julgamento da impugnação não há sugestão de que a violação foi calculada, ou se a parte desiste da impugnação, a presunção é superada.

HUBER e WESTON chegam a afirmar que adotar o que aqui chamamos de primeira corrente é uma palpável injustiça, já que todos concordam que o árbitro que deixa de revelar fato que não o desqualificaria não está nem perto de ser *verdadeiramente* parcial.

A terceira corrente não indica, na verdade, nenhum efeito imediato. A presunção de que o árbitro é imparcial fica inalterada. Defensores dessa corrente parecem discordar apenas em uma sutileza: alguns consideram a não revelação como fato a ser posto na balança do teste de prova⁵¹, outros a desconsideram totalmente e levam em conta apenas o conteúdo que não foi revelado no julgamento da impugnação.

Entre nós, SELMA LEMES pronuncia-se sobre o assunto especificamente em relação à impugnação à sentença arbitral (não ao árbitro): “(...) o que deve ser analisado pelo juiz não é a falta de revelação, mas se o fato não revelado era capaz

⁴⁸ *Woods v. Saturn Distribution Corp.*, 78 F3d 424, 427-428 (9th Cir. 1996). Tradução livre. No original: “*The appearance of bias is sufficient to establish partiality in non-disclosure cases because it is the integrity of the process by which arbitrators are chosen (and not the arbitrator’s decision itself) that is at issue.*” No mesmo sentido: Huber and Weston pg. 420; *Schmitz v. Zilveti*, 20 F.ed 1043 (9th Cir. 1994) : undisclosed facts show a reasonable impression of partiality”, *Al-Harbi v. Citibank, N.A.*, 85, F3d 680 (D. C. Cir. 1996), *Oslon v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner, & Smith*, 51 F.3d 680 (8th Cir. 1995); recognizes disclosure of even indirect ties and business relationships. Huber and Weston, pg. 431

⁴⁹ FERRO, 2011, p. 854, citando CRAIG, W.L., PARK, Willian, PAULSSON, Jan; *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3a ed., 1998, p. 215.

⁵⁰ HUBER, Stephen K.; WESTON, Maureen A. *Arbitration: cases and materials*, 2nd ed. Lexis Nexis, 2006

⁵¹ Os testes de prova serão abordados no Capítulo 3.

de influenciar no julgamento e se representaria falta de independência e imparcialidade do árbitro.”⁵²

Lemes cita considerações de POUURET e BRESON, partidários do mesmo entendimento. Eles afirmam que, ao se efetuar a análise de um caso concreto para verificar se o dever de revelação teria sido violado, o que interessa é saber se esses fatos teriam a conotação de abalar a confiança da parte e se teriam influenciado no ato de julgar com independência e imparcialidade. De acordo com eles: “*O juiz não pode anular a sentença arbitral sem que a independência ou imparcialidade do tribunal arbitral tenha sido comprometida, a omissão por um árbitro de divulgar certos fatos não seria mais que um elemento de apreciação entre outros.*”⁵³

De fato, faz sentido exigir provas mais robustas na decisão de impugnação a uma sentença já proferida, a qual, nos termos da nossa lei, é equiparada a sentença judicial, que na decisão de impugnação apresentada antes ou durante o procedimento arbitral.

4. Impugnações de parcialidade: questões processuais

Há três oportunidades para se alegar a falta de imparcialidade do árbitro:

- (i) antes da constituição do tribunal, pela *exceção de recusa do árbitro*, prevista no art. 15 da L. 9.307;
- (ii) no curso do procedimento arbitral, pela apresentação de *arguição de impedimento e suspeição do árbitro*, que, se procedente, resultará na sua *desqualificação e substituição* (artigos 16 e 20 da Lei); e
- (iii) depois da prolação da sentença, por meio de *impugnação à sentença arbitral*, que pode resultar na sua não-homologação ou anulação (art. 32 e 38, III da L. 9.307).

Neste trabalho, a *exceção de recusa do árbitro* (i) e a *arguição de impedimento e suspeição do árbitro* (ii) serão designadas pelo gênero *impugnações ao árbitro*. Faremos referência a todos os três mecanismos, genericamente, como *impugnações de parcialidade*⁵⁴.

4.1. Impugnações ao árbitro

Suponhamos que um árbitro revele um determinado fato assim que é indicado para o exercício da função. Antes da constituição do tribunal, as partes podem arguir a *exceção de recusa do árbitro*, que está prevista no art. 15 da Lei de

⁵² LEMES, 2012.p. 456-462.

⁵³ POUURET, Jean-François e BRESON, Sébastien, *Droit Comparé de L'Arbitrage International*, Bruxelles: Buyant, 2002, p. 382. No mesmo sentido, HENRY, Marc, *Les Obligations d' independence et d' information de l' arbitre à la lumière de la jurisprudence recente*, Revue de l'Arbitrage, 1999, p. 233.

⁵⁴ A nomenclatura, tradução livre de *Bias Challenges*, é sugerida por alguns autores estrangeiros, como Samuel Luttrell.

Arbitragem⁵⁵. Nos termos do parágrafo único do artigo, se a exceção for acolhida, o árbitro será substituído na forma do art. 16⁵⁶.

Após a constituição do tribunal, três situações podem dar ensejo à arguição de suspeição ou impedimento prevista no art. 20⁵⁷: (i) revelação feita pelo árbitro no curso do procedimento (por fato novo ou por fato esquecido), (ii) descoberta de fato ou feito pela parte e (iii) comportamento que o árbitro teve no curso do procedimento. Neste tópico, serão tratadas duas questões: o prazo de apresentação da impugnação e a competência para apreciá-la.

Embora a Lei de Arbitragem não institua prazo específico para que as duas arguições sejam apresentadas – o que fica a cargo dos regulamentos das câmaras, a expressão *primeira oportunidade* é relevante limite temporal. O propósito de haver limite é impedir que a parte aja “estrategicamente”, esperando o desenvolvimento do procedimento evidenciar suas chances de sucesso, antes de apresentar impugnação⁵⁸.

O momento da “primeira oportunidade” é de fácil identificação no caso de *recusa* do árbitro: o prazo começa a correr do momento em que as partes são informadas da indicação do árbitro. Havendo revelação no curso da arbitragem, começa a correr o novo prazo para impugnação com base nos fatos declarados. Nesse sentido, é importante destacar que a revelação do árbitro tem eficácia preclusiva, já que o esgotamento do prazo que ela abre faz precluir a pretensão de impugnação dos fatos revelados⁵⁹.

Se a impugnação ao árbitro é motivada por um comportamento ou decisão ocorrida durante o procedimento, é natural que o prazo para impugnação comece a contar do tal ato. No entanto, o termo *a quo* do prazo é turvo no caso de impugnação

⁵⁵ Art. 15. *A parte interessada em argüir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes.*

⁵⁶ Art. 16. *Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver. § 1º Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem. § 2º Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no art. 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto.*

⁵⁷ Art. 20. *A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem. § 1º Acolhida a arguição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa. § 2º Não sendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.*

⁵⁸ “Either way, the purpose of the deadline of 15 days is to prevent a party from acting “strategically” by waiting to see if the case turns against it before making the challenge.” Derains/Schwartz, p 187-188; Craig, Paulsson e Park, 1998, §13, 01.

⁵⁹ Pode-se afirmar também, mas com maior cuidado, que o dever de revelar *blinda a sentença* de tentativa de anulação baseada nos fatos revelados. Há ressalva devido a existência de corrente, principalmente na França, que permite a reapreciação de fatos impugnados por cortes judiciais. No Brasil ainda não há precedente sobre isso.

ao árbitro ou à sentença, baseada em fato novo descoberto pela parte jamais revelado pelo árbitro. Entendemos pertinente atribuir à parte que levantou a impugnação o ônus de provar o momento do conhecimento do fato – o que preserva o propósito da existência do limite temporal⁶⁰.

Outra questão relevante é a competência para o julgamento da impugnação. Até pouco tempo, 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 prudente direcionar a competência para um órgão da câmara ou para o poder Judiciário⁶¹.

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* (ICSID)⁶². A prática é considerada retrógrada. Demonstração disso é o caso *ICSID Perenco v. Ecuador*⁶³, no qual 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, com a aplicação, no mérito, das Diretrizes Éticas da *International Bar Association (IBA guidelines)*.

As consequências do deferimento dos dois tipos de impugnação ao árbitro (recusa e arguição de suspeição e impedimento) são as mesmas: desqualificação e substituição. Para as partes, embora as impugnações protejam seu direito a um julgamento imparcial, elas sempre lhes trazem prejuízo, já que a decisão de afastamento do árbitro demanda tempo; a eventual substituição pode ser demorada e o novo árbitro terá de se ambientar à questão em discussão.

Por isso, é expressiva a doutrina estrangeira que tem apontado para o perigo – e para a alta recorrência – dos *Black Art Challenges*: impugnações levantadas com escusos intuídos de protelar a arbitragem ou de privar a parte contrária do árbitro de sua escolha⁶⁴. É de se notar que o desenvolvimento da teoria sobre imparcialidade do árbitro e o alargamento das hipóteses de conflitos de interesses dos regulamentos abriram espaço a essa prática⁶⁵. No caso de a falta de imparcialidade do árbitro ser declarada apenas em anulação da sentença, o desperdício de tempo e dinheiro é ainda maior⁶⁶.

⁶⁰ Reconhecemos, entretanto, que a dificuldade dessa prova impõe análise mais aprofundada do assunto.

⁶¹ Exemplo de boa alocação dessa competência é aquela prevista no Novo Regulamento do CAM-CCBC. De acordo com o artigo 5.4, a impugnação a árbitro será julgada por Comitê Especial constituído por 3 (três) membros do Corpo de Árbitros nomeados pelo Presidente da Câmara. A solução protege a neutralidade do julgamento e evita desnecessário dispêndio temporal com recurso ao Judiciário.

⁶² 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 (...)”

⁶³ 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.

⁶⁴ LUTTRELL, 2008, p.10; “*Spurious attacks on arbitrators’ independence is one of the four problematic elements of arbitral proceedings.*” PARK, William, 2006, p. 450. Em tradução livre: ataques espúrios à independência dos árbitros são um dos quatro elementos problemáticos dos procedimentos arbitrais.

⁶⁵ Que deve ser combatida com a aplicação de multa por litigância de má fé, fundada no art 17, VI do CPC/73, quando indeferidas impugnações flagrantemente abusivas.

⁶⁶ Como afirma Fatima-Zhara Slaoi: “*in the case of challenge delay in the proceedings will be caused. In the event it is successfully set aside, the arbitration is entirely jeopardized.*” SLAOI, Fatima-Zhara, *International Arbitration Court Decision, Court Decisions from the Austrian*, p. 43. Em tradução livre:

4.2. Impugnações à sentença

Sob o prisma do caráter fundamental do direito a um julgamento justo fica evidente que a imparcialidade do julgador integra o núcleo do suporte fático que constitui o ato jurídico que chamamos de sentença arbitral⁶⁷. É, portanto, elemento nuclear da sentença, de modo que, se faltante, enseja nulidade absoluta⁶⁸.

Assim se interpreta o artigo 32, II da Lei de Arbitragem, que determina serem anuláveis as sentenças proferidas por quem não podia ser árbitro. Como, nos termos do artigo 13, imparcialidade é *requisito* ao exercício da função do árbitro, não há dúvidas de que cabe ação de anulação de sentença arbitral no Judiciário com fundamento na falta de imparcialidade.

No caso de sentença arbitral proferida no exterior, é possível que o réu do processo homologatório no Brasil peça a recusa da homologação pela falta de imparcialidade do árbitro. A Lei 9.307/96 abre espaço para essa possibilidade ao reproduzir em seu art. 38, III, a integralidade do artigo “V, 2, b” da Convenção de Nova Iorque – fato que é apontado por Guido Soares como sinal da modernidade da lei⁶⁹.

Análise de precedentes nacionais

Na prática jurídica brasileira, é escassa a jurisprudência a respeito da imparcialidade do árbitro. A uma, porque as câmaras brasileiras não têm a tradição de publicar decisões; a duas, porque os árbitros brasileiros têm o costume de renunciar quando são impugnados⁷⁰. 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 estimula impugnações abusivas, mal fundamentadas, formuladas com a certeza da desistência do árbitro⁷¹.

em caso de impugnação haverá atraso no procedimento. Em casos em que a sentença é anulada, toda a arbitragem fica ameaçada. Entre nós, no mesmo sentido, FERRO, Marcelo Roberto, 2011, p. 850.

⁶⁷ “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. (...) a sua ausência implica não existir o negócio”. BERNARDES, Marcos, Teoria do Fato Jurídico: O Plano da Existência, 2003, pp. 60.

⁶⁸ “Parece bastante clara a importância científica e a relevância prática da distinção entre elementos (a) complementantes, (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.” Ibidem, pp. 61-62.

⁶⁹ O autor afirma que a lei brasileira está em “perfeita harmonia” com as convenções multilaterais internacionais vigentes na maioria dos Estados. À época da edição da lei, o Brasil não havia ratificado a Convenção de Nova Iorque. Embora recomendasse fortemente a adesão do Brasil a tal Convenção, hoje, felizmente, em vigor, o autor sublinha que as causas de denegação da homologação da sentença estrangeira nada mais são que a transcrição, no ordenamento jurídico nacional, das suas normas, o que revela o avanço e a precisão da Lei 9307. SOARES, Guido, 2002, p. 510

⁷⁰ As duas práticas foram criticadas por Pedro Batista Martins no II Seminário de Arbitragem do GEARB, realizado no dia 24 de abril de 2012, em Belo Horizonte.

⁷¹ Nesse sentido, LUTTRELL, 2009, p. 249, ao falar sobre as *Black Art Tactics* (impugnações feitas de má fé), comentar que o melhor resultado de uma impugnação mal intencionada é a renúncia do

Na *Sentença Estrangeira Contestada nº 4.837*⁷², julgada em 15.08.2012, um dos argumentos levantados pelo Superior Tribunal de Justiça contra a homologação da sentença arbitral foi a omissão de “fatos e feitos” que comprovavam que dois dos árbitros envolvidos não eram independentes. O acórdão não especificou no que consistiam tais fatos e feitos.

Em contradição à acusação aos árbitros, sustentou-se: (i) que durante todo o processo arbitral jamais foram levantadas questões quanto à parcialidade dos árbitros e (ii) que não cabia ao STJ dirimir controvérsia sobre a referida suspeição em homologação de sentença. O primeiro argumento foi acolhido pela Corte Especial do STJ, que refutou a alegação de suspeição do árbitro por que a parte não a fizera no momento oportuno. A Corte não abordou a questão da alegada falta de competência.

A fundamentação do acórdão é passível de críticas. Em primeiro lugar, o fato de a parte não haver apresentado impugnação no curso do procedimento arbitral não inviabilizaria seu direito de fazê-lo em sede de execução de sentença em duas hipóteses: (i) se os fatos e feitos que embasam seu pedido tiverem ocorrido depois da prolação da sentença arbitral; ou (ii) se ocorreram antes da prolação, mas só foram descobertos depois.

Além disso, o acórdão parece sugerir que a impugnação de uma parte dirigida ao árbitro que ela mesma apontou configuraria *venire contra factum proprium* – o que não tem cabimento. A nomeação do árbitro por uma parte não é contraditória à sua posterior impugnação em dois casos: (i) quando motivada por atitudes posteriores à nomeação; e (ii) quando há conflito de interesse por ele não revelado. Não parece correta, portanto, a afirmação contida no acórdão de que: “[a]demais, a sentença faz referência ao fato de que um dos árbitros, D. Eugenio Hernández, foi nomeado pela Demandante, ou seja, pela ora requerida, que agora alega ausência de imparcialidade do referido árbitro”.

Em recurso contra decisão em execução de sentença arbitral no Tribunal de Justiça de Santa Catarina⁷³, também houve arguição de parcialidade do árbitro

árbitro: “*The challenger’s best outcome Will be when the arbitrator simply stands down. However, the delay caused by the challenge is often just as good a result.*”

⁷² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SEC nº 4.837 – ex 2010/0089053-1, Rel. Min. Francisco Falcão, Requerente: Ypfb Andina S/A, Requerido: Univen Petroquímica Ltda. Julgada em 15.08.2012. Publicada em 30.08.2012. Ementa: SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. JUÍZO ARBITRAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. REQUISITOS FORMAIS PARA O DEFERIMENTO DO PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO OBSERVADOS. AUSÊNCIA, IN CASU, DE AFRONTA A PRINCÍPIOS DE ORDEM PÚBLICA. I - Com relação à parcialidade de um dos árbitros componentes da Câmara de Comércio Internacional (CCI) da Corte Internacional de Arbitragem, a ora requerente deixou de impugnar tal questão no momento oportuno, em atendimento ao previsto no Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e ao contido na sentença arbitral. II - É de ser afastado o argumento no sentido de que a sentença de arbitragem está com a sua execução suspensa, em razão da interposição de recurso de nulidade, porquanto, em consonância com o artigo 28,6 do citado Regulamento, as partes se obrigam a cumprir o laudo de arbitragem, renunciando a todos os recursos a serem protocolados. III - Observados os requisitos legais, inclusive os elencados na Resolução nº 9/STJ, de 040/5/2005, relativos à regularidade formal do procedimento em epígrafe, impossibilitado o indeferimento do pedido de homologação da decisão arbitral estrangeira. IV - Sentença estrangeira homologada.

⁷³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Agravo de Instrumento n. 2011.002848-0, de Joinville, Rel. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Julgado em 14.07.2011.

rechaçada sob o fundamento de que “*as insinuações não foram feitas quando da instalação do juízo arbitral e da escolha do árbitro, vindo a aparecer somente após a prolação de decisão contrária aos interesses da agravada*”. Mais uma vez, não houve qualquer menção aos fatos que embasaram a impugnação apresentada, nem ao momento em que eles ocorreram.

Em *decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná*⁷⁴, foram levantadas contra o árbitro alegações de parcialidade que careciam de fundamentação. A toda evidência, a situação consistiu em típico caso de impugnação de má fé. No recurso de agravo de instrumento que indeferiu liminar para que fosse suspensa a execução de sentença arbitral proferida pela Câmara de Mediação e Arbitragem do Paraná, a recorrente arguiu a falta de imparcialidade sob o fundamento de que o árbitro deixou de analisar seus argumentos em benefício da parte contrária.

O pedido foi negado. O acórdão transcreveu trecho da sentença arbitral em que o tribunal arbitral analisara expressamente os argumentos da recorrente e afirmou não haver verossimilhança nas suas alegações. Asseverou, ainda, que não houvera sido apontada especificamente qualquer conduta do árbitro hábil a demonstrar a alegada parcialidade, nem questão em relação a qual tivesse configurada eventual omissão.

Pode-se ver alegação de suspeição acolhida em *decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*⁷⁵. No caso, dentre outros fundamentos que levaram à anulação da sentença, foi declarada a suspeição de árbitro que havia aconselhado a parte a instaurar o procedimento arbitral. Em primeira instância, o pedido foi julgado

EMENTA: RECURSO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE, EM IMPUGNAÇÃO, SUSPENDEU O CUMPRIMENTO DE MANDADO DE DESOCUPAÇÃO DEFERIDO EM FAVOR DA PARTE AGRAVANTE NO AMBIENTE DE AÇÃO DE EXECUÇÃO DE *DECISUM* ARBITRAL. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA EXTINTIVA DA IMPUGNAÇÃO. PERDA DO OBJETO DO PRESENTE AGRAVO DE INSTRUMENTO RECONHECIDA DE OFÍCIO. *‘A única matéria realmente passível de arguição contra a sentença arbitral diz com a imparcialidade tanto do árbitro que desfechou o procedimento quanto da própria Corte Arbitral. Arguição essa, porém, que não assume - pelo menos por hora - grande relevância, sobretudo porque tais insinuações não foram feitas quando da instalação do juízo arbitral e da escolha do árbitro, vindo a aparecer somente após a prolação de decisão contrária aos interesses da agravada (cf: documentação inclusa nos autos em anexo, sem numeração).*

⁷⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, Proc. Nº 823219-3, Rel.: Des. Augusto Lopes Côrtes, Agravante: Marcelo Dallazem, Agravados: Viena Empreendimentos e Participações Sociedade Ltda e Outro. Julgado em 25.01.2012. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA DE SENTENÇA ARBITRAL. INDEFERIMENTO DE LIMINAR PARA QUE SEJA SUSPENSA A EXECUÇÃO DO TÍTULO. PRETENSÃO DE NATUREZA CAUTELAR. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO INCIDENTALMENTE NO PROCESSO. EXEGESE DO ART. 273, 7º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NOS TERMOS DO ART. 32 DA LEI Nº 9.307/96, NÃO PARECE SER POSSÍVEL A DECRETAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL COM BASE EM EVENTUAL EXCESSO DE COBRANÇA. FALTA DE INDÍCIOS QUANTO A SUPOSTA IMPARCIALIDADE DO ÁRBITRO. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE DAS ALEGAÇÕES, REQUISITO NECESSÁRIO À CONCESSÃO DA LIMINAR. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO.

⁷⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 12ª Câmara, Demandante: Alcides Severino Milani, Demandado: Waldoir Vincente Aldoir, Apelação Cível nº 70005797774, D.j.: 03.04.03. EMENTA: LEI DE ARBITRAGEM – IRREGULARIDADE NA CONVOCAÇÃO PARA CELEBRAÇÃO DO COMPROMISSO ARBITRAL – AUSÊNCIA DE TESTEMUNHAS – SUSPEIÇÃO DOS ÁRBITROS – NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL.

procedente, sendo anulada a sentença arbitral. Interposta a apelação, o TJRS negou provimento ao recurso, mantendo a invalidade da sentença, com base nos incisos I e II do art. 32 da Lei de Arbitragem. Pesquisa realizada pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem⁷⁶ considerou acertada a decisão no tocante à falta de imparcialidade.

O órgão especial do *Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*⁷⁷ decidiu sobre suspeição de árbitro em ação rescisória. O fundamento da suspeição era a falta de independência, já que “*a ré não fora cientificada previamente das ligações entre o órgão arbitral e a empresa-autora, cujo sócio-diretor e promitente-vendedor, além de sua esposa, são também os fundadores, representantes legais e diretor presidente e vice-presidente do aludido órgão arbitral, concentrando todo o poder decisório, escolhendo livremente os árbitros, e ser tal órgão parcialmente mantido com recursos daquele e sua mulher*”.

Em primeira instância, a suspeição, ao lado de outras razões, foi acolhida e a sentença foi anulada. Entretanto, quando da apreciação do Tribunal, a ação rescisória foi considerada incabível e, com lastro nos artigos 490, I e 295, I, parágrafo único, inciso III, CPC/73, foi indeferida a petição inicial. Citando diversas decisões do STJ, nas quais a rescisória fora indeferida por pretender reanálise de mérito, afirmou que “*a ação rescisória não é sucedâneo de recurso, nela não se admitindo o reexame de teses, alegações e provas, como quer a insurgente, sob pena de tornar-se recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos*”.

Entendemos que, a despeito da questão do prazo para anular sentença arbitral, alegações de suspeição de árbitro, por estarem contidas no art. 32, II da Lei de Arbitragem, não devem ser consideradas reanálise do mérito do processo.

5. O mérito das Impugnações: desqualificação discricionária e desqualificação automática

Sobre o mérito das impugnações, o raciocínio de SAMMUEL LUTTRELL nos serve para firmar importante conceito. Ao analisar a lei de arbitragem inglesa, na qual, assim como na brasileira, há proibição a situações de conflito de interesse pré-definidas, o autor conclui que há dois tipos de desqualificação de árbitro: discricionária e automática. Encaixando-se o árbitro em situação expressamente proibida, sua *parcialidade é presumida* pela lei, e sua desqualificação é *automática*⁷⁸. No entanto, como as hipóteses previstas na lei inglesa não são

⁷⁶ A pesquisa está disponível em www.cbar.org.br

⁷⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Ação Recisória nº 142/09, Proc.: 2009.006.00142, Rel. Des. Maria Inês da Penha Gaspar, Autor: UPS Administração de Bens e Participações Ltda., Réu: Priscila Leite Teixeira. D.j.: 29.05.2009

⁷⁸ “*As Kirby J of the Hight Court of Australia observed 148 years later in Ebner v. The Official Trustee in Bankruptcy (...) disqualification for interest by a separate and specific rule of law... the law impute bias in such case (...) – it is the law that disqualifies the judge and not the opinion of reasonable observers about the propriety of the judge’s participation in the decision*”. LUTTRELL, 2009, p. 35 Em tradução livre: Como o Juiz Kirby da Suprema Corte da Austrália observou 148 anos depois em *Ebner v. The Official Trustee in Bankruptcy (...)* em desqualificação por uma lei específica. A própria lei imputa parcialidade – é a lei que desqualifica o julgador e não a opinião de observadores razoáveis sobre o quão apropriada foi a participação do juiz na decisão. Trocando em miúdos, no caso se afirma que nas hipóteses em que a desqualificação é automaticamente imposta pela lei, não é necessário fazer ponderação por teste de prova.

taxativas, é possível que um árbitro seja desqualificado por motivos não previstos. A desqualificação do árbitro nesse caso é *discricionária*⁷⁹.

É discutível se a ocorrência de *qualquer* das hipóteses do CPC ensejam desqualificação automática. Como foi visto⁸⁰, BATISTA MARTINS afirma que há casos, dentre as hipóteses dos art. 134 e 135 do CPC/73, que não *impedem*, e sim *obstam* ou *podem obstar* a atuação da pessoa indicada para funcionar como árbitro. Parece que algumas hipóteses do art. 145 do CPC/15 – como seria o caso de amigo íntimo do árbitro atuar no procedimento como advogado – não é, *a priori*, suficientemente grave para inverter a presunção de imparcialidade do árbitro dentro do contexto brasileiro, em que a comunidade arbitral é muito pequena.

Há, portanto, espaço para argumentação até mesmo nas hipóteses definidas pela lei, o que torna muito mais difíceis as decisões sobre desqualificação e anulação. Como essas hipóteses pré-definidas não são exaustivas é ainda maior a insegurança. As listas de situações da *soft law* ajudam a precisar hipóteses suspeitas, mas não trazem resposta definitiva⁸¹.

Definir critérios objetivos para a desqualificação discricionária do árbitro, seja ela por exceção de recusa, seja por impugnação durante ou após o procedimento, é o maior desafio do tema da imparcialidade na arbitragem. Passaremos à análise da forma como a doutrina e jurisprudência estrangeiras lidam com essa questão.

CAPÍTULO 2 – MAPEAMENTO DA PARCIALIDADE

*“People tend to talk in generalities about impartiality and independence.
However, the devil lurks in the details.”*⁸²
William Park

Leis e regulamentos raramente tratam das causas da falta de imparcialidade⁸³. Doutrina e jurisprudência estrangeiras dão diferentes nomes aos mesmos conceitos. Na tentativa de sistematizar o caos, tomamos como base a tese de doutorado de

⁷⁹ A tradução livre “discricionária” nada tem a ver com o conceito do Direito Administrativo, relativo a juízo de conveniência e oportunidade. Entendemos que *a desqualificação discricionária consiste na possibilidade do julgador de aplicar teste de prova ao caso concreto e na possibilidade de as partes acordarem pela manutenção do árbitro no procedimento, renunciando ao direito a substituí-lo.*

⁸⁰ Ver tópico 2.1

⁸¹ As IBA Guidelines, por exemplo, tem disposição expressa definindo que não pretendem ser exaustivas.

⁸² *Arbitration International’s recent Special Edition on Arbitrator The LCIA Arbitrator Challenge digests: An Interview with William (Rusty) Park* Posted: 23 Nov 2011 05:34 AM PST by *Annalise Nelson* www.klwuerarbitration.com

⁸³ Alguns poucos regulamentos enunciam hipóteses de falta de independência, em que a parcialidade de mente é inferida, mas raramente suas causas são analisadas, muito menos as interações entre independência e imparcialidade.

SAMMUEL LUTTRELL⁸⁴ e fizemos referência a conceitos de outros autores. Nosso objetivo é mapear as formas pelas quais a parcialidade se manifesta para que se possa analisar e criticar os testes de prova tratados no próximo capítulo.

1. Parcialidade aparente⁸⁵ vs. Parcialidade verdadeira⁸⁶

A parcialidade do árbitro pode ser verdadeira ou aparente. A *parcialidade verdadeira* é sempre sancionável. Sua forma mais extrema de manifestação é a corrupção. Sentença proferida por árbitro verdadeiramente parcial será nula de pleno direito em qualquer jurisdição que tenha uma lei de Arbitragem. Essa regra é tão pacífica que é considerada parte da *lex mercatoria*⁸⁷.

No entanto, casos em que há prova parcialidade verdadeira são muito raros – limitam-se àqueles em que o árbitro anuncia publicamente sua parcialidade ou é ouvido em um momento de admissão privada⁸⁸. Já que não se pode fazer um “raio-X” no cérebro do julgador para descobrir se, no seu íntimo, ele está ou não *verdadeiramente* polarizado, só se pode *inferir* a parcialidade verdadeira a partir de suas relações, declarações e ações externas – isto é, a partir das *aparências*.

A *parcialidade aparente*, portanto, surge da impossibilidade de provar a parcialidade verdadeira de um julgador: é uma *ficção jurídica*. São os indícios de parcialidade verdadeira, a partir dos quais se erige uma impugnação⁸⁹. As impugnações são decididas com base nos testes de prova, os quais, em última análise, discutem o *risco de parcialidade verdadeira* que se decide admitir em cada caso⁹⁰.

⁸⁴ LUTTRELL, Samuel, *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: the need for a real Danger test*, The Netherlands: Kluwer Law International, 2009. 296 p.

⁸⁵ Tradução livre. A expressão original: “*Apparent Bias*”

⁸⁶ Tradução livre. A expressão original: “*Actual bias*”. Na europa, *actual bias* é mais conhecida como *subjective bias* e a *apparent bias* é chamada *objective bias*.

⁸⁷ LUTTRELL, Samuel, 2009, p. 14

⁸⁸ BORN, Gary, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009, p.1481.

⁸⁹ Há dúvidas se o conceito de parcialidade aparente é o mesmo que falta de independência. Gary Born parece partir dessa premissa. Entretanto, se concebemos a independência como a ausência de relações inapropriadas com uma parte ou com o objeto da demanda, seu conceito não abarca algumas situações fáticas, como feitos, declarações e atitudes do julgador reveladoras de seu estado de mente.

⁹⁰ “Há uma presunção de que o julgador é imparcial e independente. Quando a *parcialidade verdadeira* não é materializada, é ônus daquele que levanta a impugnação provar que o juiz *parecia ser parcial*.” Luttrell, Samuel Ross *Bias Challenges in International Arbitration: the Need for a ‘Real Danger’ Test* Presented for the degree of Doctor of Philosophy in Law at Murdoch University, 15 September 2008. p. 36. No original: “*The judge is presumed to be impartial and independent and where actual bias is not made out, it will be for the applicant to establish that the judge appeared to be biased. The decision of the House of Lords in Dimes v. Grand Junction Canal Co Proprietors (1852) 3 HLC 759 is authority for the liability of the former rule.*”

2. Parcialidade *lato sensu*, Parcialidade *stricto sensu* e Dependência

No artigo 3.1 da *Rules of Ethics* da IBA (de 1987) e na doutrina estrangeira⁹¹ o termo “*bias*” é usado para expressar o que, em português, corresponderia a uma parcialidade *lato sensu*, que engloba todas as possíveis formas de *não equidistância do julgador às partes*, independente de sua causa. É parcial, no sentido geral, *todo aquele que não julga baseado apenas no mérito da disputa*⁹² e é imparcial em sentido geral quem tem *completa receptividade aos argumentos das partes*⁹³ e julga o mérito baseando-se exclusivamente neles. A imparcialidade *lato sensu* se divide em *imparcialidade stricto sensu* e independência.

A *parcialidade stricto sensu* é o estado de mente intrínseco do julgador. A *dependência* são relações inapropriadas⁹⁴ que ele tem com uma parte⁹⁵ ou com o objeto do litígio. A *parcialidade stricto sensu* é subjetiva e está no mundo dos pensamentos e até do inconsciente⁹⁶; já a dependência é objetiva, social⁹⁷; está nos fatos, nas circunstâncias concretas⁹⁸. A *parcialidade stricto sensu* pode se manifestar em atitudes e palavras. A dependência concretiza-se apenas em o árbitro estar ou não em uma situação de fato.

Exemplificamos. Em uma arbitragem administrada pela CIETAC⁹⁹, um árbitro que é credor de uma das partes pode ser desqualificado por falta de *independência*, já que, de acordo com o artigo 5 do *CIETAC Ethical Rules*¹⁰⁰, essa relação entre parte e árbitro é proibida. A razão da proibição está na presunção de que, como a parte deve dinheiro ao árbitro, esse pode ter (i) interesse financeiro em lhe dar ganho de causa para que adquira recursos e pague a dívida; ou (ii) interesse

⁹¹ “The word “bias” will be used in this thesis as a generic term to connote the status of a decision maker who is (either actually or apparently) *not impartial and independent* with respect to one of the parties to the dispute before them or the subject matter of that dispute” (grifos do autor) LUTTRELL, Samuel, 2009, p. 15 - Em tradução livre: O termo “parcialidade” será usado nesta tese como um termo genérico para conotar o status do julgador que está (aparente ou verdadeiramente) não imparcial e não independente a respeito de uma das partes da disputa ou da matéria em disputa.

⁹² No original: “solely based on the merits of the dispute”. LUTTRELL, Samuel, 2009, p. 24.

⁹³ No original: “impartiality means complete receptivity to the arguments of the parties” Ibidem, p. 8.

⁹⁴ PARK, William, *The Boarder of Bias: Reactitude in International Commercial Arbitration*. In: Bekker, P. Dolzer, R; Wailbel, M., *Making Transnational Work in the global economy: Essays in honour of Deltev Vagts*, Cambridge University Press, 2010, p. 380

⁹⁵ Usamos o termo “parte” para resumir, mas ele inclui advogado ou testemunha a ela relacionado.

⁹⁶ BISHOP e REED, *Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*, Arbitration International, Kluwer Law International 1998, 397.

⁹⁷ LUTTRELL, Samuel, 2009, p. 25

⁹⁸ “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, 2009, p. 25.

⁹⁹ China International Economic and Trade Arbitration Commission

¹⁰⁰ “If the arbitrators think that they have an interest or other relationships in a case which may affect a fair trial of the case, the arbitrators should disclose to the Arbitration Commission their relationship with the parties, such as being a relative; debt, property and monetary relationships; business relationships and relationships in commercial cooperation etc., and should disqualify themselves.” CETAC Ethical Rules for Arbitrators está disponível em *Journal of International Arbitration*, 1995, Vol. 12, Issue 2, p. 15 e seg.

pessoal sua na derrota por ela ser um desafio. Esses dois possíveis interesses – um contrário e outro favorável à parte – configurariam um estado de *parcialidade (em sentido estrito)* na mente do árbitro.

Distinções entre imparcialidade (stricto sensu) e independência

Há autores, como GARY BORN, que discordam da necessidade de diferenciação de imparcialidade e independência sob o fundamento de que em casos concretos não se pode provar uma sem a outra¹⁰¹ – premissa da qual discordamos. LUTTRELL¹⁰², que está entre os doutrinadores favoráveis à diferenciação dos conceitos¹⁰³, chama atenção para o fato de que os dois termos são distintos, mas são comumente confundidos porque vêm sempre pareados em leis nacionais e regras procedimentais¹⁰³.

A primeira distinção entre imparcialidade e independência é relativa ao *tempo de duração* de cada obrigação. De acordo com Sir ROBERT JENNINGS¹⁰⁴, a independência deve durar mesmo depois do final do procedimento, enquanto a imparcialidade *stricto sensu* 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 estrita é necessária ao desempenho da função de adjudicação, já que a parcialidade do árbitro por um lado ou por outro aumenta à medida que ele se convence sobre o resultado da arbitragem¹⁰⁵.

Além disso, há duas diferenças importantes quanto à *dificuldade da prova*. Em primeiro lugar, provar a falta de independência é mais fácil que provar parcialidade estrita, pois “*provar a existência de um relacionamento entre um árbitro e uma parte requer apenas que uma linha seja desenhada entre dois pontos*”¹⁰⁶. Provar o estado de mente do julgador, em contraposição, é mais abstrato e mais difícil. Por isso, as raras impugnações baseadas somente em parcialidade estrita são normalmente posteriores a um comportamento do árbitro que supostamente revele um estado de mente parcial.

Parte da doutrina que refuta a distinção de conceitos¹⁰⁷ argumenta que *há parcialidade sem dependência, mas não há dependência sem parcialidade*. De acordo com esse entendimento, um julgador envolvido em relações inapropriadas

¹⁰¹ 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, 2009, p. 1475, nota 623 e p. 1474-1475.

¹⁰² “*Many commentators see the two terms as ‘legally synonymous’; others have labelled attempts to distinguish the two concepts as pedantic.*” LUTTRELL, 2009, p. 19

¹⁰³ LUTTRELL, 2009, p. 22

¹⁰⁴ LUTTRELL, 2009 p. 18

¹⁰⁵ Vale a ressalva de que o conceito de imparcialidade adotado por Sr. Robert Jennings parece ser distinto do adotado aqui (*julgar a causa baseando-se apenas no mérito da disputa*). Iran-United States Claims Tribunal, Re Judge Broms, Citado por LUTTRELL, 2009, p. 24

¹⁰⁶ *Ibidem*

¹⁰⁷ *Ibidem*

com uma parte necessariamente será parcial, mas um julgador pode ser parcial por outros motivos que não a proximidade com uma parte¹⁰⁸. Enfrentemos essa questão.

Dependência sem parcialidade

Mesmo quem defende que não há dependência sem parcialidade concorda que pode ser que um árbitro esteja enquadrado em situação que as *IBA Guidelines*, por exemplo, elencam como inapropriada e, mesmo assim, as partes o aceitem, por considerarem que a situação não desperta interesse forte o bastante para afetar seu estado de mente. É o direito de renúncia previsto nas próprias *Guidelines*.

Tome-se como exemplo o item 2.3.6 da *IBA Guidelines*. A situação de conflito descrita na Lista Vermelha de Eventos Renunciáveis é: “*o escritório de advocacia do árbitro atualmente possui um relacionamento profissional significativo com uma das partes ou com coligadas destas*”. Suponhamos que o árbitro “A” seja consultor de um escritório multinacional. O árbitro reside em Paris e a filial do escritório em Nova Iorque tem relacionamento significativo com uma coligada da parte da arbitragem. Digamos que esse árbitro não tenha participação nos lucros auferidos pela filial de Nova Iorque, que nunca tenha tido contato algum com a empresa coligada e que o escritório tenha política de confidencialidade interna muito rígida (*Chinese Walls*).

Ainda que as partes tenham escolhido expressamente pela aplicação da *IBA Guidelines* na cláusula compromissória, ainda que levarem impugnação contra o árbitro “A” por conta do item 2.3.6 e que decidam substituí-lo, o fato é que, dadas as peculiaridades do exemplo, não há interesse financeiro hipotético que justifique desconfiar quanto a parcialidade verdadeira, em sentido estrito, do árbitro “A”. É, portanto, exemplo de dependência sem parcialidade *stricto sensu*¹⁰⁹.

Sobre isso, GARY BORN afirma:

“É claro, há exemplos em que o árbitro que tem relações com uma das partes é inteiramente imparcial e, ao contrário, em que não tem qualquer conexão com as partes é flagrantemente

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 24

¹⁰⁹ Caso parecido teve impugnação julgada procedente pela CCI: “*The co-arbitrator nominated by the respondent had filed an unqualified Statement of Independence. After his confirmation and while the proceedings were at an early stage, he informed the parties that he had just learned that his firm had undertaken an engagement on behalf of the respondent. The transaction was being chiefly handled by one of the foreign offices of his firm of over 700 lawyers and was an isolated event completely unrelated to the arbitration. Additionally, the co-arbitrator’s firm stated that the strictest possible internal confidentiality restrictions (Chinese walls) were in place to isolate the co-arbitrator from any contact with the engagement. The claimant commented that the respondent was nevertheless a client of the co-arbitrator’s firm, and “the impact of the attorney/client relationship on the appearance and the reality of independence was not affected by a proposed Chinese wall.”* [WHITESELL, 2011, p. 27]. Discordamos da solução desse caso, pois não consideramos adequado – a menos que as partes assim disponham – aplicar o teste de prova *aparência de parcialidade* em impugnações apresentadas no início do procedimento, a co-árbitros. No contexto brasileiro, de uma pequena comunidade arbitral, não faz sentido, *a priori*, substituir um árbitro que não qualquer chance real de ser parcial em sentido estrito.

*partidário. Entretanto, a avaliação da independência objetiva de um árbitro continua sendo a melhor forma de prever sobre sua independência subjetiva*¹¹⁰.

A citação é esclarecedora, pois revela que, na verdade, a possibilidade de haver dependência sem parcialidade deriva de uma tomada de postura em relação ao conceito de dependência. Há duas opções. Podemos definir a independência como subjetiva e objetiva, como faz BORN, e considerar que só quando uma situação for suficientemente grave para despertar um grande risco de parcialidade *stricto sensu* verdadeira será configurada a falta de independência; ou podemos atribuir à dependência um conceito meramente objetivo – existência de relações inapropriadas com uma parte – e, assim, concluir que o árbitro pode ser dependente e não ser parcial em sentido estrito.

Parece mais razoável o segundo posicionamento. A independência objetiva de BORN consistiria na mera incidência de hipótese pré-definida como inapropriada à situação fática do árbitro, enquanto a independência subjetiva seriam os efeitos da circunstância fática no seu real estado de imparcialidade. Ora, a independência subjetiva de BORN, nada mais é que a parcialidade *stricto sensu*. Por isso, é desnecessária a diferenciação. Preferimos assumir, portanto, que a dependência estará sempre e somente no plano dos fatos, será sempre objetiva, consistirá apenas em parcialidade (*lato sensu*) aparente.

Parcialidade sem dependência

Passemos à segunda parte da afirmação analisada: um julgador pode ser parcial por outros motivos que não a proximidade com uma parte. Para demonstrá-lo, podemos apontar como manifestações de parcialidade *stricto sensu* que não se confundem com as hipóteses de dependência os casos de *decisões procedimentais que beneficiam uma parte em detrimento da outra*.

Em uma impugnação de sentença arbitral julgada na Suíça, por exemplo, a imparcialidade *stricto sensu* do árbitro foi atacada pelo fato de ele ter concedido extensão de um prazo apenas a uma das partes. A anulação foi indeferida sob o fundamento de que não existia obrigação de tratar as demandas de extensão de prazo de maneira idêntica¹¹¹. No caso, não houve alegação de relação inapropriada entre o árbitro e as partes – o que mostra que (i) pode haver parcialidade *stricto sensu* sem dependência¹¹², (ii) a parcialidade *stricto sensu* pode ser aparente ou verdadeira, e

¹¹⁰ BORN, 2009, p.1475. No original: "Of course, there are instances where an arbitrator who has relations with one of the parties is nonetheless entirely impartial and, conversely, where someone who has no connections is patently partisan. Nonetheless, an evaluation of an arbitrator's objective independence remains the best prediction of his or her subjective independence".

¹¹¹ Tribunal fédéral, 1ère Cour de droit civil, 19 février 2009, 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.

¹¹² Ver no Capítulo 1, no tópico Impugnação à sentença, caso brasileiro em que a imparcialidade estrita do árbitro foi impugnada por ele supostamente não ter analisado os seus argumentos na sentença arbitral. A impugnação foi rejeitada, mas é mais um exemplo de parcialidade estrita sem dependência.

que (iii) a impugnação fundamentada apenas em imparcialidade *stricto sensu*, e não em relações inapropriadas, é sempre posterior a uma atitude que a prova.

Outro exemplo comum de prova de parcialidade *stricto sensu* são as *ex-parte communications*, comunicações extra-parte. Instaurada a arbitragem, receber advogado para despachar petição sem o consentimento da parte contrária – embora seja prática comum em processos judiciais – pode ser considerado indício de parcialidade *stricto sensu* aparente¹¹³. Dependendo de como o árbitro se porte durante a conversa – não deixando transparecer suas opiniões sobre o caso, ou, por exemplo, resolvendo pendência meramente burocrática –, o risco de parcialidade verdadeira será muito pequeno e a comunicação não será suficiente para fundamentar uma impugnação¹¹⁴.

Observe-se, ademais, que a própria violação do dever de revelar – a qual, como se viu¹¹⁵, pode ser fundamento para impugnação independentemente da gravidade dos fatos omitidos, só pela quebra da confiança que representa – não se enquadra no conceito de dependência. Portanto, é mais uma ilustração de que há parcialidade *stricto sensu* sem dependência e de que os conceitos são distintos.

3. A Parcialidade *stricto sensu* como Preferência por Parte¹¹⁶ e Preferência por Resultado¹¹⁷

LUTTRELL afirma que duas grandes razões podem levar um árbitro à *parcialidade stricto sensu*: (I) *preferência por parte* e (II) *preferência por resultado*¹¹⁸. Entendemos que a subdivisão consiste nos possíveis interesses *pessoais* – que geram no árbitro preferência pelos argumentos de uma parte – e *financeiros* – que geram preferência por um desfecho da arbitragem.

¹¹³ Batista Martins e José Emilio Nunes Pinto, no Painei *Aspectos práticos do procedimento arbitral*, do II Seminário de Arbitragem do GEARB, realizado no dia 24 de abril de 2012, em Belo Horizonte: isso difere da conversa que os co-Árbitros 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..

¹¹⁴ Foi o caso da Impugnação rejeitada pela CCI: “*The claimant challenged the co-arbitrator nominated by the respondent on the ground that he allegedly had ex parte communications with the respondent’s representatives at a seminar a few weeks before the arbitration hearing. The claimant alleged that the arbitrator was at the seminar to promote himself professionally, so his purported conversations with the respondent showed that he hoped to benefit from a future relationship with the respondent. The claimant stated that the arbitrator should have disclosed this interaction with the respondent and, by not doing so, had acted in a manner called into question his independence. The challenged co-arbitrator responded that he had no involvement at all in the organization or promotion of the conference in question and in particular in the choice of the invitees; that his contact with one of the respondent’s employees was extremely limited and was not of a substantive nature; and that the claimant’s allegations lacked foundation and were mere speculation*”. Felizmente o caso foi julgado improcedente. Aliás, exigir revelação do árbitro em situação como essa (encontrar o advogado da parte em um seminário) seria exemplo de violação da privacidade do árbitro (Capítulo 1, tópico: extensão objetiva do dever de revelar).

¹¹⁵ Capítulo 1, tópico Efeitos da violação do dever de revelar.

¹¹⁶ Tradução livre. A expressão original: *Party preference*

¹¹⁷ Tradução livre. A expressão original: *Outcome preference*

¹¹⁸ LUTTRELL, Samuel, 2009, p. 16.

3.1. Preferência por Parte

A *preferência por parte*¹¹⁹ pode estar baseada em:

- (i) Características
- (ii) Familiaridade

A *preferência por parte* decorrente de características se deve a uma questão estrutural que diz respeito à formação da subjetividade do julgador, que inclui:

- (a) Nacionalidade ou domicílio¹²⁰;
- (b) Etnia¹²¹;
- (c) Posição política¹²².

A parcialidade gerada por essas características é chamada por alguns de *neutralidade*¹²³, mas preferimos a denominação de HUBER e WESTON: *parcialidade estrutural*.

Exemplo fascinante de *parcialidade estrutural* é o caso *Catalina*, de 1938, no qual ouviram o árbitro dizer: “*Os italianos são todos mentirosos nesses casos e sempre dizem o que lhes convém. O mesmo se aplica aos portugueses. Mas do outro lado há os noruegueses, e, pela minha experiência, noruegueses são pessoas confiáveis.*”¹²⁴ A sentença proferida por esse árbitro foi anulada. A ilustração é

¹¹⁹ Referindo-se a palavra “parte” também a advogados e testemunhas

¹²⁰ *Re The Owners of the Steanship ‘Catalina’ and the owner of the steanship ‘Norma’ [1938] 61, Llyod’s Rep 360* citado por LUTTRELL, Samuel 2009, p. 16.

¹²¹ No caso *Noble China Inc. V. Cheong* (1998) 43 OR (3d) 69 o árbitro foi impugnado por preconceito racial.

¹²² *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet* [1999] 2 WLR 272. O caso Pinochet é interessante: em outubro de 1998 o juiz espanhol Baltasar Garzon deu voz de prisão a Augusto Pinochet Ugarte, ditador chileno. Pinochet foi preso em Londres e apelou para o Appellate Committee da House of Lords. A corte inglesa não deu provimento ao recurso, por voto de três a dois. Pinochet impugnou um dos julgadores, Lord Hoffman, sob o fundamento de que ele *parecia parcial*, pois era diretor da Amnesty international Charity limited (AICL), uma associação sem fins lucrativos controlada pela Anistia Internacional (AI). A Anistia Internacional funcionou como interveniente no processo, e, assim como Lord Hoffman, tinha interesse em que Pinochet fosse condenado por crime contra a humanidade. A Corte deu procedência à impugnação de Pinochet e declarou a decisão nula de pleno direito, o que foi alvo de inúmeras críticas.

¹²³ “*Neutrality is described as having sympathy toward a party because of shared background, tradition or culture. Lalive states that neutrality includes social environment*”. BISHOP e REED, 1998, pg. 400. CARMONA, 2004, p. 239: “*Um juiz ou árbitro brasileiro pode ser imparcial, mas estará sempre ligado a circunstâncias políticas, sociais e econômicas, sujeito às pressões da mídia em geral, entre outras variantes. É natural, portanto, que nas arbitragens internacionais seja desejável um árbitro que não seja conacional dos litigantes, garantindo-lhes, mais do que imparcialidade, neutralidade, eis que o julgador estará desligado das partes e das circunstâncias que as envolvem. A expressão árbitro neutro, porém, é ambígua, podendo também designar o árbitro nomeado de comum acordo pelas partes, em oposição ao árbitro de parte.*”

¹²⁴ *Re The Owners of the Steanship ‘Catalina’ and the owner of the steanship ‘Norma’ [1938] 61, Llyod’s Rep 360* citado por LUTTRELL, Samuel. 2009, p. 16

interessante, pois mostra a ocorrência da rara *parcialidade verdadeira* e exemplifica a *parcialidade estrutural por nacionalidade* em uma disputa estritamente privada¹²⁵.

A segunda forma que a *preferência por parte* pode assumir decorre de *familiaridade*¹²⁶. A *preferência por parte por conta de familiaridade*, que gera um interesse pessoal¹²⁷ na vitória ou derrota da parte, pode advir de uma relação:

- (a) Comercial: parte (seus advogados e testemunhas) e julgador têm interesses comerciais comuns¹²⁸ ou relações comerciais no passado.
- (b) Profissional e Acadêmica: parte e julgador têm ou tiveram envolvimento profissional¹²⁹.
- (c) Social: parte e julgador são amigos ou convivem socialmente¹³⁰;
- (d) de Parentesco: parte e julgador são, literalmente, familiares¹³¹.

Essa forma de parcialidade geralmente se manifesta em situações de dependência, motivo pelo qual é mais fácil prová-la. Os interesses pessoais que advêm da familiaridade podem ser políticos (interesse em agradar a alguém para

¹²⁵ Em tema de parcialidade estrutural, vale a ressalva de que a Court of Appeal inglesa afirmou no caso *Locabail (UK) Ltd & Waldorf Investment Corp. & Ors* [2000]: “*A judge should not usually disqualify himself, or be disqualified for reasons of religion, ethnic or national origin, gender, age, class, means or sexual orientation, the judge’s member of his family’s social or educational background, or employment history. Previous political associations and memberships of social and charitable bodies should not result in disqualification*”. Parece que a *ratio* do precedente está em proteger o juiz (no caso, estatal) de alegações de parcialidade estrutural das partes que dissimulem preconceitos contra características do julgador. O precedente foi relativizado no caso *Pinochet*, já comentado.

¹²⁶ Tradução livre. Expressão original: *Party familiarity*

¹²⁷ Luttrell afirma que o interesse pode ser pecuniário ou não pecuniário, o que, em nossa opinião, quebra a lógica da classificação de preferência por resultado.

¹²⁸ Os interesses que esse tipo de familiaridade desperta costumam ser financeiros, motivo por que a categoria melhor se enquadra em “*Preferência por Resultado por familiaridade*”.

¹²⁹ Caso em que a CCI rejeitou impugnação baseada em relação profissional/acadêmica: “*The claimant challenged the co-arbitrator nominated by the respondent as He had not disclosed na academic relationship with a lawyer from the firm to which the respondent’s counsel belonged. The claimant stated that the co-arbitrator had supervised the lawyer’s doctoral thesis and had contributed to financing its publication. The challenged arbitrator responded that he had merely an academic relationship with the lawyer, as with many other students. A letter from de publisher was submitted indicating that the co-arbitrator had not contributed financially to the thesis.*” Restou claro que, na ausência de interesse financeiro, presume-se que a mera convivência acadêmica não é suficiente para gerar parcialidade por interesse pessoal. [WHITESELL, 2011, p. 30]

¹³⁰ Em *Laker Airways v FLS Aerospace* [1999] 2 Lloyd’s Rep 45, Laker impugnou o árbitro com fundamento na aparência de parcialidade gerada pela proximidade física entre advogado e árbitro, que eram da mesma “*chamber of barristers*”. A impugnação não foi aceita, sob o fundamento de que a mera aparência de parcialidade não é parâmetro suficiente para desqualificar árbitros; não havia interesse financeiro na relação com o advogado (*barristers* não dividem lucros em suas associações); o argumento de que a proximidade física entre eles poderia acarretar comunicações impróprias era meramente especulativo, não constituía prova suficiente contra a presunção de imparcialidade do árbitro.

¹³¹ 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 sub categorias das relações com parte.

obter favores futuros, por exemplo), mas geralmente são apontados como fruto dos sentimentos de gratidão ou vingança¹³².

Ao analisarem o conflito de interesses por familiaridade de parentesco, BISHOP e REED afirmam que qualquer pessoa confere maior credibilidade a um membro da família que a um estranho, tem conexões financeiras com os familiares mais próximos, tende a enfrentar repercussões afetivas de uma decisão que envolva um membro da família¹³³.

Em discussão de preferência por parte, pode-se levantar o argumento da *parcialidade inconsciente*¹³⁴, segundo o qual o fato de haver familiaridade com uma das partes gera, por exemplo, maior receptividade aos seus argumentos¹³⁵. Contudo, a alegação de parcialidade inconsciente, isoladamente, não é considerada suficiente para inverter a presunção de imparcialidade do árbitro¹³⁶.

¹³² HUBER, Stephen K.; WESTON, Maureen A. *Arbitration: cases and materials*, 2nd ed. Lexis Nexis, 2006, p. 253. Observe-se que em discussão de preferência por parte, há quem fale sobre *parcialidade inconsciente*: o simples fato de haver familiaridade com uma das partes já geraria no árbitro uma receptividade maior aos seus argumentos.

¹³³ Os autores ilustram a afirmação: a CCI se recusou a confirmar a participação de árbitros cujos primos, irmãos e esposa trabalhavam para o escritório que representava uma das partes; a Corte federal da Suíça desqualificou um árbitro cuja esposa trabalhava para o assistente de um dos advogados do caso; a Corte de Apelação do Segundo Circuito dos EUA anula uma sentença arbitral por causa de uma relação de pai e filho entre um árbitro e um empregado da parte. BISHOP & REED, 1998, p.409

¹³⁴ “Unconscious bias”

¹³⁵ Nesse sentido, muito interessante a colocação de Born: “A recurrent, if seldom discussed, question is whether an arbitrator must be completely impartial – in the sense of having no predisposition in favour of either party- or if suffices that the arbitrator is open-minded – in the sense of being able to reach an objective decision, based on the facts and law, notwithstanding some initial predisposition. For the most part, a general, philosophical “partiality” in favour of particular nationalities, types of parties (e.g. states, large companies, individuals), legal positions (strict constructionist), or types of evidence (skepticism regarding oral testimony) will not be sufficient to disqualify an arbitrator. It is inevitable that the backgrounds and experiences of individual arbitrators – like those of individual national court judges – will result in a degree of predisposition towards general subjects”. Born, 2009, p. 1478.

¹³⁶ Em caso concreto: “Arbitrator’s work with lawyers on separate case will not make him biased, rules High Court. An arbitrator is not likely to be biased by the mere fact that he is working for one of the parties on an unrelated case, a judge has said. The losing party in a case involving a share sale and purchase agreement had argued that the barrister acting as the arbitrator in the case may have had an “unconscious bias” in favour of the other party, whose lawyers the barrister had been working with a matter unrelated to the arbitration.” [28 Set 2011, Kluwer Arbitration]

3.2. Preferência por Resultado

Preferência por resultado é também denominada *pré-julgamento* ou *parcialidade substantiva*¹³⁷. Ela pode decorrer de:

- (i) opinião jurídica cristalizada ou
- (ii) familiaridade – relações profissionais e pessoais do árbitro. A diferença dessa familiaridade para aquela que ocorre na preferência por parte é a natureza do interesse: o árbitro que prefere um *resultado* tem interesse *financeiro* decorrente da relação de familiaridade, enquanto o que prefere uma *parte* tem interesse *pessoal* na sua vitória ou derrota¹³⁸.

Todas as observações sobre familiaridade por relação comercial, profissional, acadêmica, social e de parentesco valem aqui, inclusive o fato de essas relações estarem, em geral, previstas em diretrizes éticas, configurando situações de dependência. Exemplo de *preferência por resultado* gerada por *familiaridade* seria o interesse financeiro que surge, hipoteticamente, no árbitro que possui número muito expressivo de valores mobiliários de companhia que figura como parte. O interesse em um resultado específico – a vitória da companhia – se dá pelo enriquecimento patrimonial que indiretamente trará ao árbitro. Essa situação foi objeto de impugnação famoso caso *AT&T Corporation v. Saudi Cable Company*¹³⁹. A impugnação foi julgada procedente.

De acordo com LUTTRELL, *preferência por resultado* pode ser objeto de impugnação quando o árbitro der sinal (por meio de palavras, por exemplo) de que já julgou o mérito antes do fim da audiência, porque (i) a questão é similar a outra sobre a qual ele já decidiu; (ii) já expressou publicamente sua opinião sobre uma questão jurídica agora em análise; (iii) já se envolveu com os fatos da disputa previamente.

Esse último exemplo de pré-envolvimento com os fatos da disputa, explica, no contexto brasileiro, a existência de proibição expressa em ato normativo¹⁴⁰ de que

¹³⁷ Discordamos de a preferência por parte ser tratada como causa da preferência por resultado, pois isso tornaria a classificação cíclica. Por isso, substituímo-na por familiaridade, o que não altera o conteúdo da proposta de Luttrell, mas a torna mais coerente. LUTTRELL, Samuel, 2009, p. 18

¹³⁸ A correlação entre interesses pessoais – preferência por parte e interesses financeiros – preferência por resultado é decisão conceitual nossa, para, como explicado, aperfeiçoar a classificação proposta por Luttrell.

¹³⁹ [2000] BLR 29

¹⁴⁰ Conforme dispõe Resolução 125 do CNJ, de 25.11.10, sobre Métodos Alternativos de Solução de Controvérsias. Art 7º, Código de ética: “O conciliador/mediador fica absolutamente impedido de

o mediador torne-se árbitro. Não existisse a proibição, esse árbitro poderia ser impugnado por risco de *preferência por resultado*¹⁴¹.

Uma ilustração interessante de *preferência por resultado* é o caso *Himpurna v. Indonesia*¹⁴², no qual o Prof. JAN PAULSSON, que atuava como presidente do tribunal, 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.

Outro caso interessante é o *Telecom Malaysia v. Ghana Telecom*¹⁴³, no qual GHANA impugnou o Prof. EMMANUEL GAILLARD com base no fato de que ele advogava em ação de anulação de sentença de uma arbitragem que, embora não se relacionasse ao caso, tratava de questão de mérito semelhante. A impugnação foi rejeitada pelo Secretário Geral da câmara, mas GHANA recorreu à Corte estatal, que acolheu seus argumentos, determinando que o Prof. Gaillard renunciasse à função de advogado. A Corte afirmou que, como advogado, ele teria de pensar em todos os argumentos possíveis para pedir a anulação e como árbitro teria de examinar aqueles mesmos argumentos com imparcialidade, o que acarretava sério risco de pré-julgamento.

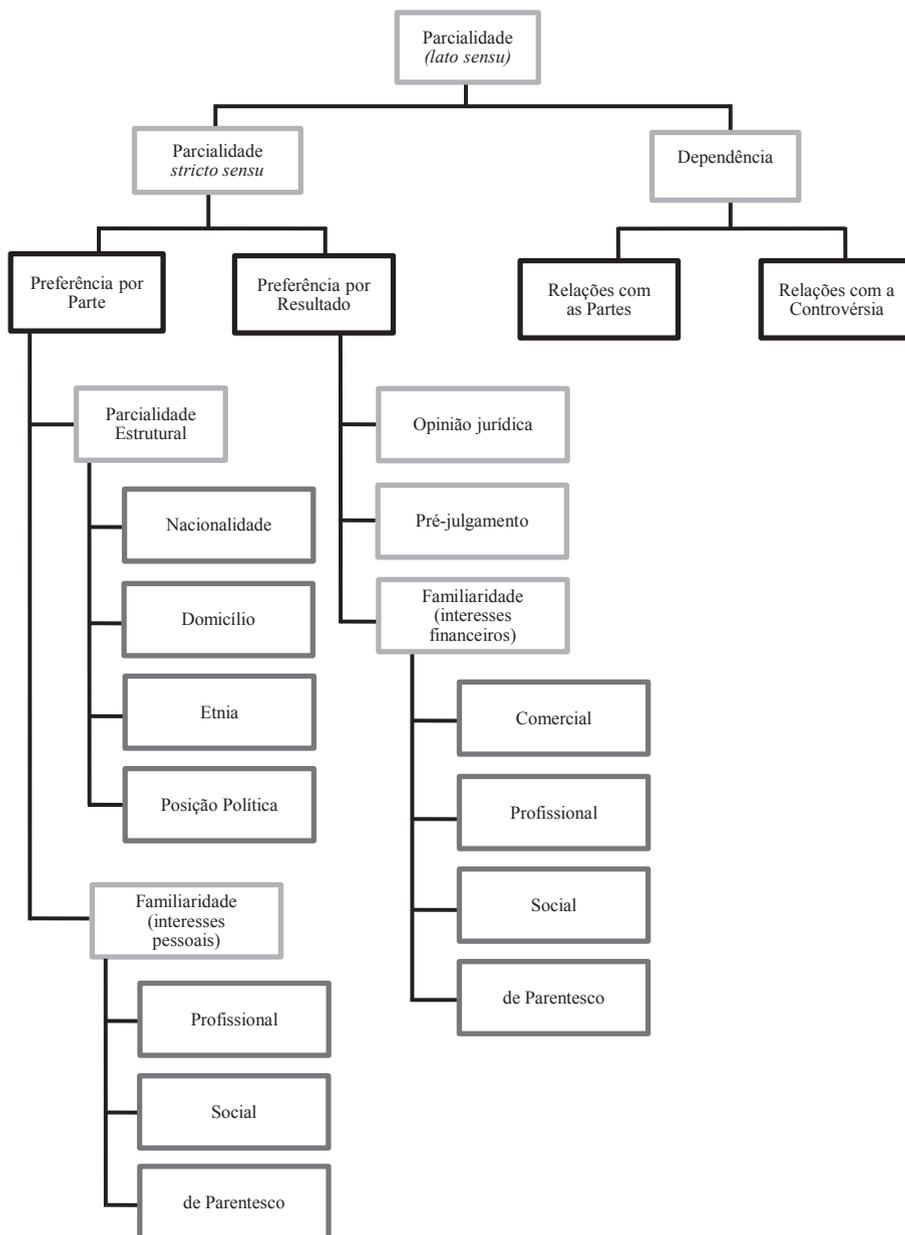
Para uma melhor visualização dos conceitos, veja-se o organograma da página seguinte:

prestar serviços profissionais, de qualquer natureza, pelo prazo de dois anos, aos envolvidos em processo de conciliação/mediação sob sua condução”.

¹⁴¹ Houve caso na CCI em que o árbitro havia sido convidado para atuar como mediador na mesma disputa agora posta à arbitragem. O árbitro fez a revelação e não houve objeção a sua participação. [WHITESELL, 2011, p. 22]

¹⁴² *Himpurna Califórnia Energy Ltd v. The Republic of Indonesia* LUTTRELL, Samuel, 2009, p. 18

¹⁴³ District Court of the Hague, 18 Oct 2004, Challenge n. 13/04, Comentado nas pgs. 95-96 de LUTTRELL, 2009.



4. O *trade off* especialidade-independência

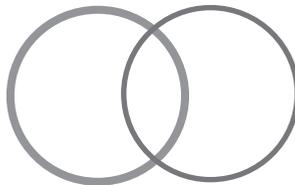
Embora a doutrina estrangeira não o afirme de forma explícita, infere-se de comentários a decisões jurisprudenciais que há um *trade-off* entre a especialidade do árbitro e sua independência: quanto mais experientes os árbitros, mais tendem a ser *dependentes* e menos tendem a ser *parciais em sentido estrito*.

Tome-se como exemplo um árbitro hipotético, dos mais especialistas, que já participou de inúmeros procedimentos. Como tem uma lista de incontáveis arbitragens no seu currículo, é grande a probabilidade de ter relação comercial com alguma parte ou de já ter sido apontado pela mesma parte várias vezes. Assim, é muito provável que se enquadre em situação de dependência: ele tende a *parecer* menos imparcial lato sensu. Por outro lado, a possibilidade de *parcialidade stricto sensu verdadeira* que decorra de *interesse financeiro* tende a ser pequena. Mais experiente o árbitro, menor tende a ser sua dependência econômica de, por exemplo, repetidas indicações de uma determinada parte.

Deve-se fazer a ressalva de que essa análise só se aplica às situações de dependência profissional ou comercial. Os interesses pessoais de um árbitro não são afetados em função de sua especialidade, é claro. No entanto, como a maioria dos casos de impugnação está no campo das relações comerciais, o *trade-off* ganha relevância. 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*”¹⁴⁴.

5. Repercussão prática da teoria

É importante entender a diferença entre imparcialidade e independência e entre parcialidade aparente e verdadeira para ter uma crítica mais apurada dos casos concretos de impugnação. Pelo que vimos, imparcialidade e independência podem ser representadas graficamente por duas esferas que se sobrepõem:



¹⁴⁴ 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.. 423 : "Leatherby chose - primarily because it preferred a more expert to a more impartial 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."

Uma impugnação com base em parcialidade estrita só deve prosperar se baseada em fatos e feitos probatórios – os quais, em conjunto, configuram a parcialidade aparente. Esses fatos não necessariamente serão circunstâncias previstas nos regulamentos e diretrizes éticas como configuradores de dependência. São ilustrações de atitudes que revelam parcialidade estrita, mas que não constituem falta de independência comunicações *extra-parte*, decisões procedimentais que não dão iguais oportunidades às partes, declarações de pré-julgamento etc. Impugnações baseadas nessas situações estariam localizadas na área da esfera da parcialidade que não se comunica com a esfera da dependência.

Por outro lado, quando há, no caso concreto, relação ou circunstância considerada inapropriada por um regulamento ou diretriz, a impugnação estaria localizada na parte da esfera de dependência que não se comunica com a da parcialidade. Somos da opinião de que esse tipo de impugnação só deve prosperar se, analisados todos os elementos de parcialidade aparente do caso concreto, forem considerados graves o bastante para afetar a capacidade do árbitro de julgar – a sua imparcialidade estrita verdadeira. Ou seja, na esfera da dependência, entendemos que só devem ser procedentes as impugnações cujos fatos se encontrem na zona de sobreposição das duas esferas.

Por fim, vale lembrar: a parcialidade aparente - quer advenha de fatos e feitos indicativos de parcialidade estrita, quer advenha de dependência – pode ser ou não suficientemente grave para ser considerada representativa de um estado de mente parcial (parcialidade verdadeira). Isso será determinado pelo teste de prova – o nível de risco de parcialidade verdadeira que a autoridade competente admitir.

CAPÍTULO 3 – TESTES DE PROVA

“Justice should not only been done. It shall be seen to be done.”¹⁴⁵

1. Conceito e estrutura lógica

Testes de prova (“*tests of evidence*”) são os parâmetros usados pelos tribunais estrangeiros para avaliar as provas que embasam uma impugnação e decidir pela sua procedência ou improcedência¹⁴⁶. Embora não se encontre uma definição explícita na doutrina, infere-se que consistem na avaliação da adequação e suficiência dos indícios apresentados nas impugnações para que sejam julgadas no mérito.

No capítulo anterior, restou claro que a *parcialidade stricto sensu verdadeira* é praticamente intangível, motivo pelo qual as impugnações ao árbitro são embasadas na *parcialidade aparente* (decorra ela de hipóteses de dependência ou

¹⁴⁵ Famosa frase de Lord Hewart’s, *R.v. Sussex Justices; Ex Parte McCarthy* [1924] 1 KB 356, England.

¹⁴⁶ “*The attitude of the courts will differ according to the nature of the grounds for the challenge. If the arbitrators’ impartiality is 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

de comportamentos que revelem *parcialidade stricto sensu aparente*). Os testes, em última análise, giram em torno do *índice de risco de parcialidade verdadeira* que uma Corte decide admitir.

Sobre isso, BORN afirma:

Pouca atenção tem sido dada à questão do quanto de “risco” ou “dúvida” da parcialidade stricto sensu de um árbitro é aceitável. Isto é, suponhamos que existe uma chance de 50%, de 33% ou de 10% que um árbitro seja parcial, qual é a quantidade de risco que justifica sua remoção? Não há doutrina e jurisprudência, não há nenhuma fórmula numérica aplicável em todos os casos. Entretanto, o ponto de partida apropriado para a análise é o fato de que materialmente menos de um risco de 50% de parcialidade é geralmente suficiente para a desqualificação de um árbitro¹⁴⁷.

O parâmetro de risco varia muito de jurisdição para jurisdição, mesmo entre os Estados que adotam a Lei Modelo da UNCITRAL, e que têm, portanto, disposições legais parecidas a respeito do assunto¹⁴⁸. Embora os testes recebam nomes diferentes e variem, sua estrutura pode ser resumida em simples variações de uma mesma pergunta¹⁴⁹:

“Aos olhos de ... [primeiro aspecto¹⁵⁰], as circunstâncias apontam para um(a) ... [segundo aspecto¹⁵¹] de parcialidade?”

O primeiro espaço vazio da estrutura do teste pode ser preenchido com as palavras¹⁵²:

- (1) Corte;
- (2) Observador desinteressado, razoável e informado;
- (3) Partes.

O segundo espaço pode ser preenchido com:

¹⁴⁷ BORN, 2009, p. 1476.

¹⁴⁸ *“However, in spite of various attempts creating a uniform standard of independence and impartiality, by bodies like UNCITRAL 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 applicable to the dispute.”* SINGHAL, Shivani, *Independence and Impartiality of Arbitrators*, *International Arbitration Law Review*, 2008, 124, p. 132.

¹⁴⁹ LUTTRELL, 2008, p. 8.

¹⁵⁰ Tradução livre de “first arm”, expressão de Luttrell.

¹⁵¹ Tradução livre de “second arm”, expressão de Luttrell.

¹⁵² De acordo com Born, *“the “justifiable doubts” or “reasonable suspicion” formulae arguably focus attention on a subjective evaluation: they might be said to require that there be “doubts” or “suspicions” in the mind of some person, which, in turn, would require identifying the person in whose mind those doubts must exist. Possible candidates for this role would include the challenging party, both parties, the reviewing court, or some other third party.”* BORN, p. 1433.

- (A) *receio ou aparência*;
- (B) *perigo*;
- (C) *possibilidade (ou probabilidade)*;
- (D) *prova manifesta*.

2. Os diferentes testes

De acordo com LUTTRELL¹⁵³, há três principais testes: (i) aparência de parcialidade, (ii) perigo real e (iii) possibilidade (ou probabilidade)¹⁵⁴ real de parcialidade. Além deles, incluímos neste trabalho o teste prova manifesta, comentado por HUBER e WESTON¹⁵⁵.

Os três primeiros testes têm por objeto averiguação de *parcialidade aparente*¹⁵⁶, ficção jurídica que se contrapõe à *parcialidade verdadeira*. Embora o nome do primeiro teste – *aparência de parcialidade* – pareça se confundir com o seu objeto, deve-se ter em mente que a existência de aparência de parcialidade é fruto da análise dos fatos e/ou feitos apresentados como parcialidade aparente. O quarto teste, em seu turno, exige prova de *parcialidade verdadeira*.

Os testes de parcialidade aparente podem ser graduados conforme demandem uma manifestação maior ou menor dessa aparência. Observe-se que o mesmo teste é mais forte e mais fraco que outro, dependendo do referencial. No sentido da procedência da impugnação, o limiar de um determinado teste é mais exigente, mais rígido, quando torna mais difícil desqualificar o árbitro ou anular a sentença – requer-se mais prova. No entanto, esse mesmo teste traça um limiar mais *fraco* em relação à exigência da imparcialidade – admite-se um risco maior de parcialidade. A conclusão é tranquila: os requisitos de imparcialidade e os de desqualificação são inversamente proporcionais – quanto mais prova se exige para desqualificação ou anulação, maior risco de parcialidade se admite e menor é a exigência com o requisito da imparcialidade.

2.1. Razoável Suspeita ou Aparência de parcialidade¹⁵⁷

As expressões razoáveis receio, razoável suspeita ou aparência de parcialidade denotam o mesmo teste, que tem como primeiro aspecto o observador razoável e informado e como segundo aspecto o receio ou aparência. O órgão

¹⁵³ LUTTRELL, 2008 p. 8.

¹⁵⁴ Há algumas decisões, como a do caso Saudi Cable, que falam em “*real probability*”, como se fosse um teste mais exigente para desqualificar que o “*real possibility*”, já que a probabilidade presume existência de mais prova que a possibilidade. Singhal está entre os adeptos da diferenciação entre os testes e Luttrell está pela não diferenciação. Não encontramos muitas diferenças concretas entre esses dois testes, motivo por que preferimos apontar a existência do *real probability* sem fazer maiores comentários.

¹⁵⁵ HUBER e WESTON, 2006.p. 254.

¹⁵⁶ Ver Capítulo 2.

¹⁵⁷ Tradução livre para “*The reasonable apprehension test*” ou “*The appearance of bias test*”

juulgador que aplica esse teste analisará as circunstâncias e perguntará se aos olhos de um *observador razoável e informado*, há um *razoável receio* de que o árbitro seja parcial¹⁵⁸.

O teste deriva do julgamento de dois casos principais: *Sussex Justices*, inglês, e *Commonwealth Coatings*, norte-americano. A maioria dos Estados de *Common Law* usa esse teste¹⁵⁹, além da Corte Europeia de Direitos Humanos. Dentre os países de direito consuetudinário que o aplicam, destacam-se a Escócia, a Austrália e a África do Sul e, dentre os países de *Civil Law*, a França¹⁶⁰.

O caso judicial *Sussex Justices*¹⁶¹ é famoso por ter sido o primeiro a reconhecer o princípio de que a mera aparência de parcialidade é suficiente para “derrubar” uma decisão judicial. O caso também é conhecido por ter trazido à linguagem comum o aforismo “*Justice should not only be done, but it should manifestly and undoubtedly be seen to be done.*”

Os fatos do caso são interessantes: MCCARTHY, o réu, envolveu-se em um acidente de motocicleta e foi acusado por condução perigosa. O auxiliar dos juízes era membro de uma sociedade de advogados que atuava em uma ação civil contra o réu pelo mesmo fato que dera origem à ação penal. MCCARTHY, que foi declarado culpado na ação penal, pediu anulação da sentença condenatória por parcialidade dos juízes.

Os julgadores afirmaram que não haviam consultado o assessor para tomarem a decisão. No entanto, para LORD HEWART C.J. a questão não era se o auxiliar tinha ou não interferido no julgamento. Não importava o que tinha sido feito, mas o que parecia ter sido feito. “*Nada que crie uma suspeita de interferência inapropriada no curso da justiça pode ser feito.*”¹⁶²

Transpondo esse teste para a arbitragem, é possível afirmar que, provada relação reputada inapropriada entre parte ou controvérsia e árbitro (*dependência*), não se averiguará sobre a possibilidade de *parcialidade stricto sensu* verdadeira. Pela mera aparência de parcialidade que a relação causa, a impugnação será procedente. Assim, voltando à sobreposição das esferas de parcialidade e dependência do capítulo anterior, será considerada procedente a impugnação cuja parcialidade aparente está na área da esfera da dependência que não se comunica com a esfera da parcialidade *stricto sensu*.

¹⁵⁸ LUTTRELL, 2008, p. 8.

¹⁵⁹ BARGATE, Quentin, *Arbitrators and Impartiality*, upgrade and commentary Available online at: http://www.quentin-bargate.com/Quick_Brief_1.pdf, p. 1.

¹⁶⁰ *T.A.I. v. S.I.A.P.E.*; e *Annahold B.V. et al. v. L'oreal et al*, citados por LUTTRELL, 2008, p. 92. No mesmo sentido *CA Paris 10.03.2011*; *CA Paris 09.09.2010*; *Kerlseng v. Cooke case*.

¹⁶¹ Ex parte McCarthy [1924] 1 KB 256, [1923] All ER 233.

¹⁶² “*A questão, portanto, não é se nesse caso o assessor fez observações ou críticas que não deveria ter feito; a questão é se ele estava tão relacionado ao caso nos seus aspectos civis que não lhe cabia agir como assessor dos juízes na ação criminal. A resposta a essa questão depende, não do que realmente foi feito, mas do que parece ter sido feito. Nada que crie uma suspeita de interferência inapropriada no curso da justiça pode ser feito.*” R v *Sussex Justices*. Trecho transcrito em tradução livre. No original: “*The question therefore is not whether in this case the deputy clerk made any observation or offered any criticism which he might not properly have made or offered; the question is whether he was so related to the case in its civil aspect as to be unfit to act as clerk to the justices in the criminal matter. The answer to that question depends not upon what actually was done but upon what might appear to be done. Nothing is to be done which creates even a suspicion that there has been an improper interference with the course of justice*”

No caso *Commonwealth v. Coatings*¹⁶³, a Suprema Corte dos Estados Unidos anulou sentença arbitral por aparência de parcialidade do presidente de um tribunal. O presidente era consultor de engenharia e seus serviços eram esporadicamente contratados por uma das partes da arbitragem¹⁶⁴. O recorrente impugnou a sentença arbitral com base no fato de que a relação comercial só havia sido revelada no curso do procedimento. A parcialidade aparente desse caso seria, na classificação do capítulo antecedente, a violação do dever de revelar (*parcialidade stricto sensu* aparente) e a existência de relação comercial entre as partes (circunstância de dependência).

A decisão da Suprema Corte¹⁶⁵ reconheceu a violação do dever de revelar e, ao averiguar a gravidade dos fatos omitidos, afirmou que a contratação de serviços era repetida e significativa. Reconheceu, também, que a impugnação não acusava o árbitro de ser *verdadeiramente parcial* e que, fora a relação comercial não revelada, não havia qualquer outro indicio de impropriedade. A questão era a aparência, a existência de relação proibida¹⁶⁶. Esse foi o teor do voto de Mr. JUSTICE BLACK.

Outro julgador do caso, Mr. JUSTICE WHITE, afirmou em seu voto, entretanto, que árbitros não devem ser automaticamente desqualificados por uma relação comercial com as partes se (i) as partes foram previamente informadas sobre a relação, ou se (ii) a relação é trivial¹⁶⁷.

Lidos em conjunto, os dois votos podem levar à seguinte conclusão: a mera violação do dever de revelar é suficiente para desqualificar um árbitro sob o teste de aparência de parcialidade, mesmo que os fatos não sejam graves o bastante para sustentar uma impugnação contra sua *parcialidade stricto sensu* verdadeira. No entanto, quando a relação omitida é trivial, não há sequer dever de revelar. A relação comercial daquele caso, embora não fosse trivial, não seria séria o bastante para gerar parcialidade verdadeira. Isso leva a importante conclusão sobre o escopo do dever de revelação, sob a ótica desse teste: há situações que devem ser reveladas mesmo que não sejam suficientes para gerar parcialidade *stricto sensu*¹⁶⁸.

Em voto dissidente, Mr. JUSTICE FORTAS afirmou que a sentença arbitral era unânime e que não houve sequer recusa em revelar, pois o árbitro jamais fora

¹⁶³ *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co.*, 393 U.S. 145 (1968). O caso está disponível em: <http://supreme.vlex.com/vid/commonwealth-coatings-continental-casualty-19991444>

¹⁶⁴ O que, de acordo com as informações do caso, lhe resultava em honorários de doze mil dólares a cada quatro ou cinco anos.

¹⁶⁵ Antes da decisão da Suprema Corte, a Corte Distrital e a Corte de Apelação declararam o pedido improcedente, pois consideraram que os requisitos estabelecidos pela Lei de Arbitragem norte-americana não tinham sido cumpridos. De fato, a lei fala em árbitros “*procured by corruption, fraud, or undue means*” ou em situações “*where there was evident partiality*” – teste de prova *manifesta violação*.

¹⁶⁶ A relação era proibida pelas regras de ética da AAA, que sequer eram aplicáveis ao caso. Nesse contexto, Mr. Justice Black proferiu a sempre citada frase: “‘Essa regra de arbitragem [o dever de revelar] e esse canon de ética judicial [transcrito nas regras da AAA] partem da premissa de que qualquer tribunal não apenas necessita ser imparcial [em sentido geral], mas também deve evitar a aparência de parcialidade.’”

¹⁶⁷ No original: “*But it does mean that arbitrators are not automatically disqualified by a business relationship with the parties before them if both parties are informed of the relationship in advance, or if they are unaware of the facts but the relationship is trivial. I see no reason automatically to disqualify the best informed and most capable potential arbitrators.*”

¹⁶⁸ A conclusão é inferência nossa.

perguntado sobre a dita relação comercial. Teria havido, a toda evidência, apenas falha inocente em prestar voluntariamente uma informação. O julgador notou, também, que os árbitros conduziram o procedimento de forma proba e alcançaram uma decisão apropriada das questões em discussão, de modo que pela objeção o recorrente estava “agarrando-se em palhas” na tentativa de evitar os resultados da arbitragem¹⁶⁹. Esse voto dissidente adotou a segunda corrente sobre os efeitos de revelar¹⁷⁰, segundo a qual ele causa inversão na presunção de imparcialidade do árbitro¹⁷¹ (no caso, superada no curso do procedimento).

A decisão final do caso, entretanto, tendo aplicado o teste aparência de parcialidade, suporta o entendimento de que a mera violação do dever de revelar é suficiente para a procedência de uma impugnação de parcialidade, independentemente da gravidade dos fatos omitidos. É dizer que, pelo teste, mesmo não havendo indicativo de risco de parcialidade verdadeira, a impugnação poderá ser julgada procedente.

2.2. Perigo real¹⁷²

O segundo teste objeto de análise requer que a Corte encontre nas circunstâncias um real perigo de parcialidade para declarar a procedência de uma impugnação. O teste vem da decisão inglesa no caso *Gough* e traça, em seu *segundo aspecto*, um limiar *mais exigente para desqualificar*. Admite, portanto, um risco de parcialidade maior que o teste *receio ou aparência*: averigua a existência de um real perigo de parcialidade, não sendo suficiente a mera aparência dela.

O caso *judicial Gough*¹⁷³. DAVID STEPHEN GOUGH foi processado por uma série de roubos e absolvido por falta de provas. A decisão que o absolveu sofreu impugnação pelo argumento de que a presença de Mrs. SMITH, vizinha de GOUGH, no júri que decidiu pela absolvição, era uma séria irregularidade processual. A Corte de Apelação, que negou provimento ao recurso, atestou que constava dos autos que Mrs. SMITH não reconheceu GOUGH pelas fotografias policiais e que o fato de ser sua vizinha não influenciou sua decisão como jurada.

Em breve síntese, restou definido pela decisão da HOUSE OF LORDS que “é

¹⁶⁹ No original: “Clearly, the District Judge’s conclusion, affirmed by the Court of Appeals for the First Circuit, was correct, that “the arbitrators conducted fair, impartial hearings; that they reached a proper determination of the issues before them, and that plaintiff’s objections represent a situation where the losing party to an arbitration is now clutching at straws in an attempt to avoid the results of the arbitration to which it became a party.”

¹⁷⁰ Capítulo 1, Tópico: efeitos do dever de revelar.

¹⁷¹ “Mas quando não há qualquer sugestão de que a violação do dever de revelar tenha sido calculada, e quando a parte recorrente não levanta impugnação contra parcialidade em sentido estrito verdadeira, a presunção é claramente superada.” No original: “But where there is no suggestion that the nondisclosure was calculated, and where the complaining party disclaims any imputation of partiality, bias, or misconduct, the presumption clearly is overcome”.

¹⁷² Tradução livre para “The real danger test”. Na redação original do artigo: *careful to avoid such action as may reasonably tend to awaken the suspicion that his social or business relations or friendships, constitute an element in influencing his judicial conduct.*

¹⁷³ Disponível em <http://www.theinquiry.ca/Inquiry%20R%20V%20Gough%20Woolf.pdf>

*necessário estabelecer parcialidade em uma ponderação de probabilidades*¹⁷⁴, que “é desejável que o mesmo teste de prova seja aplicado a jurados, magistrados e árbitros”¹⁷⁵ e que é preferível “afirmar o teste em termos de perigo real que de possibilidade real, para que se tenha certeza de que a Corte está pensando em termos de possibilidade e não de probabilidade”¹⁷⁶.

Entendemos que essa mudança no segundo aspecto do teste indica que, num caso concreto de dependência, por exemplo, serão levados em consideração os interesses pessoais e financeiros que os fatos e feitos de suposta parcialidade aparente geram no julgador. Não será, portanto, a mera existência dos fatos e feitos indicativos de parcialidade aparente suficiente para desqualificar.

Se as circunstâncias de *Sussex Justices*, por exemplo, fossem julgadas com aplicação do perigo real, e elas indicassem que a participação do assessor judicial foi meramente burocrática – ou seja, que não havia um verdadeiro perigo de parcialidade do julgador – a sentença não seria anulada. No caso *Commonwealth*, fosse aplicado o teste perigo real, provavelmente a violação do dever de revelar não seria considerada argumento suficiente para a anulação da sentença. Seria analisada a ameaça que a relação comercial traria, considerando o valor dos honorários recebidos, o envolvimento prévio com o contrato objeto da arbitragem, a relevância dos interesses financeiros que todo o quadro despertava.

O ponto de vista (ou primeiro aspecto) no perigo real é o da própria Corte e não de um observador alheio ao caso¹⁷⁷. Não se encontra comentários na doutrina a respeito das consequências práticas disso. Inferimos que talvez a perspectiva da Corte permita aos árbitros levarem em conta informações não reveladas que apenas eles mesmos tenham acesso. Seria o exemplo do caso hipotético do *XVII Willem Vis Moot*, no qual a advogada de uma das partes era madrinha de um dos filhos do árbitro. Na averiguação dos interesses pessoais da relação de familiaridade, a perspectiva da Corte permitiria, por exemplo, levar em conta o quão religiosa é a família do árbitro, ou quão próxima a advogada é da família – informações que, se não reveladas, não poderiam ser levadas em conta pelo ponto de vista do observador razoável.

O fato de o teste perigo real tornar mais difícil a procedência das impugnações é apontado como principal motivo para usá-lo em arbitragem

¹⁷⁴ No original: “It is necessary to establish bias on a balance of probabilities.”

¹⁷⁵ “I think it possible, and desirable, that the same test should be applicable in all cases of apparent bias, whether concerned with justices or members of the other inferior tribunals, or with jurors, or with arbitrators.”

¹⁷⁶ No original: “Finally, for the avoidance of doubt, I prefer to state the test in terms of real danger rather than real likelihood, to ensure that the court is thinking in terms of possibility rather than probability of bias.”

¹⁷⁷ A decisão estabeleceu não ser adequado o ponto de vista de um terceiro razoável, pois a Corte precisa primeiro determinar quais circunstâncias, em meio a toda prova apresentada, são relevantes, coisa que um terceiro não poderia fazer. No original: “Furthermore, I think it unnecessary, in formulating the appropriate test, to require that the court should look at the matter through the eyes of a reasonable man, because the court has first to ascertain the relevant circumstances from the available evidence, knowledge of which would not necessarily be available to an observer at the relevant time”.

comercial¹⁷⁸. Seria importante exigir provas expressivas para aceitar uma impugnação no intuito de combater impugnações de má fé e de tornar a sentença mais forte na fase de execução¹⁷⁹. Depois da decisão no caso GOUGH, Cortes de todo o mundo mudaram seus *standards* de aplicação¹⁸⁰. Na doutrina, GARY BORN afirma que a *suspeita razoável* que não evidencia um risco suficiente de parcialidade não deve desqualificar o árbitro. Segundo ele, “*testes de prova que fazem referência a riscos e possibilidades são preferíveis a formulações sobre dúvidas e suspeitas*”¹⁸¹

Nesse sentido, a decisão em *Nationwide Mut. Ins. Co. v. Home Ins. Co.*¹⁸²: “*Dado o formato da arbitragem, voluntariamente escolhida pelas partes, permitir a anulação de uma sentença baseado em mera aparência de parcialidade de um co-árbitro seria tornar esse eficiente meio de resolução de litígios inefetivo em vários ambientes comerciais*”. Veja-se, entretanto, que o caso se refere a (i) co-árbitros – e não ao presidente do tribunal e a (ii) anulação de sentença – e não a impugnação durante o procedimento arbitral¹⁸³.

2.3. Possibilidade real¹⁸⁴

Para dar procedência a uma impugnação sob esse teste é necessário supor que um observador razoável e informado (*primeiro aspecto*) diria que existe uma

¹⁷⁸ Nesse sentido, LUTTREL: “*Although Sussex Justices has ‘market share’, since the early 1990’s leading seats and arbitral institutions have experimented with higher thresholds for arbitrator bias.*” Em contrário, o caso supramencionado AT&T: “*According to AT&T, the Court should apply a test of reasonable suspicious or apprehension of bias, rather than of real danger. In the Claimant’s opinion, the real danger test should not be applicable for arbitrores, especially in international arbitration.*”.

¹⁷⁹ Nesse sentido, Luttrell afirma: “*Whilst it is right and proper to safeguard procedural fairness, experience has shown that wily defendants are willing to abuse it and cry bias as way of delaying proceedings and escaping enforcement*”(…)“*Real danger or real possibility – make it harder to succeed on an allegation that there was a lack of impartiality and independence. This makes the arbitral award stronger at the all-important enforcement stage*”. (...)“*Pleading the appearance of bias is one of a raft tactics deployed by parties who seek to delay and disrupt ICA proceedings and deprive their opponent of the arbitrator of their choice.*” *Idem*, p. 3-8

¹⁸⁰ Entre as cortes que passaram a adotar o perigo real, destaca-se: Nova Zelândia, Índia, Estolcomo, Suécia, Suíça, Alemanha, Holanda, Bélgica. As da Austrália e de alguns estados dos Estados Unidos continuam a adotar o teste aparência de parcialidade. Rejeitam o teste baseado aparências: *Properties Sec. Life Ins. Co v. Monumental Life Ins. Co., Employers Ins. Of Wausau v. National Union Fire Ins. Co., Morelite Constr. Corp. v. New York City Dist. Council Carpenters Ben Funds, Hunt. V. Mobil Oil Corp. Aviall inc. v Ryder System, inc.*

¹⁸¹ Born, Gary B. *International Commercial Arbitration* Kluwer Law International, 2009, p. 1479-91

¹⁸² 429 F.3d 640 (6th Cir. 2005) Tradução livre. No original: “*Given the arbitration format, voluntarily chosen by the parties in this case, to permit vacatur based upon the mere ‘appearance of bias’ of a party-appointed arbitrator would be to render this efficient means of dispute resolution ineffective in many commercial settings.*”

¹⁸³ Há sólida base jurídica para afirmar que o Presidente do Tribunal deve ser submetido a um teste mais rigoroso em relação a sua imparcialidade (ou seja, sejam exigidas menos provas para desqualificá-lo). Do mesmo modo, há quem afirme que o teste para anulação de sentença já prolatada deve exigir mais provas de parcialidade que o teste aplicado em impugnações durante ou antes do procedimento arbitral.

¹⁸⁴ Tradução livre para “*The real possibility test*”

possibilidade real (*segundo aspecto*) de que o árbitro seja parcial¹⁸⁵. O *leading case* *Porter v. Magill*¹⁸⁶, sobre o escândalo da líder política Shirley Porter, cujas ações, aparentemente voltadas para promoção da habitação social, visavam auferir vantagens eleitorais, foi o marco jurisprudencial do teste.

A peculiaridade desse teste reside no *primeiro aspecto*¹⁸⁷: houve mudança da *perspectiva da Corte* para a *perspectiva de um terceiro observador razoável e informado*. Tal mudança foi influenciada pela decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos em *Director General of Fair Trading v. Proprietary Association of Great Britain & Ors*¹⁸⁸. No caso, restou decidido que a perspectiva de um terceiro era mais democrática e seguia o princípio de que *justice shall be seen to be done*. Na opinião de LUTTRELL¹⁸⁹, a perspectiva do observador razoável é adequada a julgamentos estatais, nos quais há maior interesse público na probidade do procedimento. Para as arbitragens, marcadas por interesses privados e pela autonomia das partes, o autor é da opinião de que a perspectiva da Corte é mais adequada¹⁹⁰.

Talvez a diferença de perspectiva não seja relevante quando se escolhe entre corte e terceiro, pois ambos levam a inquirições objetivas sobre a parcialidade. Entretanto, é de grande relevância a mudança de resultados promovida por uma *perspectiva subjetiva* do teste de prova, constante da expressão “*aos olhos das partes*”.

O aspecto subjetivo “*aos olhos das partes*” alterou substancialmente o resultado do caso *Hrvatska*, já comentado em maiores detalhes¹⁹¹, no qual se levou em consideração o fato de que a parte contrária não era inglesa e, em seu contexto cultural, não tinha conhecimento sobre as *chamber of barristers*. O ponto de vista da parte foi crucial para a conclusão de que havia aparência de parcialidade, teste aplicado ao caso.

Embora a expressão “*aos olhos das partes*” esteja presente em diversas regras aplicáveis a arbitragens, Born critica-a, citando decisão da Permanent Court of Arbitration, segundo a qual:

*“Se a dúvida devesse surgir na mente da parte que contestou a imparcialidade do árbitro, o adjetivo “justificável” seria quase redundante. A palavra deve importar outro parâmetro – uma dúvida que seja justificável em um senso objetivo.”*¹⁹²

¹⁸⁵ LUTTRELL, 2008, p. 8.

¹⁸⁶ HOUSE OF LORDS, ENGLAND, *Porter v. Magill* [2002] 2 AC 357

¹⁸⁷ Autores afirmam que não há diferença relevante no segundo aspecto. Possibilidade e perigo teriam a mesma conotação. LUTTRELL, 2009, p. 43.

¹⁸⁸ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, December, 2000.

¹⁸⁹ LUTTRELL, 2009, p. 234

¹⁹⁰ Em contrário, TRAKMAN, Leon. *The Impartiality and Independence of Arbitrators Reconsidered* I.A.L.R., Vol. 10, 2007, p. 999. “*This is an age old debate that offers no new insights except to observe that the reasonable person is amorphous, not a fixed and constant being.*”

¹⁹¹ Capítulo 1, Tópico: extensão subjetiva do dever de revelar.

¹⁹² “*If the doubt had merely to arise in the mind of a party contesting the impartiality of an arbitrator, “justifiable” would have been almost redundant. The word must import some other standard – a doubt that is justifiable in an objective sense...*” Challenge Decision of the Appointing Authority designated by Secretary-General of the PCA (11 January 1995) Apud Gary Born, 1477.

Born completa a crítica, afirmando que embora o teste subjetivo seja apropriado para averiguar a extensão das obrigações de revelação, uma inquirição sobre dúvidas justificáveis das partes tende a focar na análise de suas predisposições subjetivas e indevidas, assim como em suas preferências¹⁹³.

Caso recente e muito peculiar, no qual se usou como parâmetro a *possibilidade real*, foi a arbitragem de investimento entre *Rompetrol e România*¹⁹⁴. Assim como no *Hrvatska*, a impugnação não foi dirigida ao árbitro, mas ao advogado da parte, que fora associado ao escritório de um dos membros do tribunal. O tribunal considerou que não havia suficiente *possibilidade* de parcialidade do julgador, e, junto com ponderações sobre o direito das partes a escolha de seus representantes legais, declarou a improcedência da impugnação¹⁹⁵.

2.4. Parcialidade evidente ou manifesta violação

O último teste de prova exige, no segundo aspecto, que os fatos indiquem *parcialidade verdadeira* do árbitro para que a impugnação seja procedente. Demanda, portanto, prova muito persuasiva para desqualificar ou anular, e é, conseqüentemente, tolerante com riscos razoavelmente altos de parcialidade. O primeiro aspecto do teste é indefinido: há Cortes que o aplicam tanto pela sua própria perspectiva quanto pela de um observador razoável.

Há previsão expressa do teste na seção 10 da Lei de Arbitragem norte-americana, que fala em *evident partiality*, e no art 57 da Convenção de Washington, que usa a expressão *manifest lack of independence*. No entanto, na prática não se vê o teste sendo aplicado nos EUA nem nas arbitragens de investimento.

As cortes dos Estados Unidos costumam aplicar o teste *aparência de parcialidade* para juízes togados - a menção ao teste de *parcialidade verdadeira* está, afinal, na lei de arbitragem. Veja-se o trecho extraído da decisão do caso *Ecuador. Sphere Drake Ins. Ltd v. All Am. Life Ins*¹⁹⁶: *A arbitragem difere da adjudicação, entre outros motivos, porque o parâmetro “aparência de parcialidade” para desqualificação de juízes não se aplica a árbitros; apenas parcialidade evidente, e não aparências ou riscos, podem levar a anulação de uma sentença arbitral*¹⁹⁷.

¹⁹³ “Although appropriate for disclosure obligations, an inquiry into the parties justifiable doubts would likely focus on analysis unduly on subjective predispositions and preferences on their part, which would be difficult to prove reliably considering a reasonable person’s assessment of the risks of partiality, the appropriate focus would be on a reasonable person having regard to the respective agreements and expectations of the parties. (...)The independence of arbitrators ... is also scarcely reconcilable with the notion that the arbitrators can be disqualified by a unilateral statement by one of the parties that no longer has confidence in them, Challenge Decision o the Appointing Authority, Ch. M. J.A Moons, on the Objections by Iran do Judge Mangard, 5 march 1982.” BORN, 2009, p. 1476

¹⁹⁴ *Rompetrol v. Romania Case* (ICSID Case No. ARB/06/03, 14 January 2010)

¹⁹⁵ Ver capítulo 1, tópico: efeitos da violação do dever de revelar.

¹⁹⁶ Caso *Ecuador. Sphere Drake Ins. Ltd v. All Am. Life Ins. Co.*, 307 F.3d 617, 621 (7th Cir. 2002).

¹⁹⁷ Tradução livre. No original: “Arbitration differs from adjudication, among other ways, because the ‘appearance of partiality’ ground of disqualification for judges does not apply to arbitrators; only evident partiality, not appearances or risks, spoils an award.”

Mesmo assim, no *Commonwealth vs. Coatings*, único caso de imparcialidade de árbitro julgado pela Suprema Corte norte-americana, a referida Corte, em decisão não unânime, aplicou o teste *aparência de parcialidade*, afirmando que os mesmos parâmetros deveriam ser aplicáveis a árbitros e juízes¹⁹⁸.

Do mesmo modo, muito embora previsto expressamente na Convenção de Washington, o teste *manifesta violação* não tem sido aplicado pelos painéis do ICSID, como os casos *Hrvatska* e *Romp petrol* demonstram. O ICSID parece acompanhar a evolução jurisprudencial: antes aplicava o teste *aparência de parcialidade* e recentemente passou a aplicar o teste *possibilidade real*.

3. Na prática, há mesmo diferença entre os testes?

Uma primeira distinção essencial está no primeiro aspecto dos testes e determina se o teste será objetivo ou subjetivo. Os testes objetivos têm como primeiro aspecto a corte ou observador razoável e são aplicados para julgar recusa e desqualificação de árbitro e anulação de sentença (determinando se o árbitro é ou não imparcial *lato sensu*). O teste subjetivo é aquele que leva em consideração a perspectiva das partes e só é considerado adequado para julgar a extensão do dever de investigar e revelar (determinando se houve ou não violação de tal dever).

Essa diferença está explícita nas disposições das IBA *Guidelines* de 2004. De acordo com elas, o teste para avaliar se uma circunstância devia ter sido revelada deve ser subjetivo, o que está refletido na expressão “*aos olhos das partes*”¹⁹⁹. Não varia, portanto, de acordo com um padrão de razoabilidade hipotético, mas de caso a caso, com as peculiaridades de cada parte. Já para apuração do impedimento do árbitro, as *Guidelines*, no princípio geral nº 2, b, mencionam como primeiro aspecto do teste o “*juízo razoável de um terceiro informado*”. O teste de prova de impugnações da IBA é, portanto, objetivo²⁰⁰, e o teste sobre dever de revelar é subjetivo.

Dentre os testes objetivos, é importante distinguir que os três primeiros têm por objeto a *parcialidade aparente*, e o último (*prova manifesta*), a *parcialidade verdadeira*. Quanto ao primeiro aspecto dos testes objetivos, a diferença entre a perspectiva do observador razoável e da autoridade competente parece estar ligada à especialização da autoridade competente²⁰¹. A perspectiva do observador razoável

¹⁹⁸ No original: “*Evident partiality*” means what it says: conduct - or at least an attitude or disposition - by the arbitrator favoring one party rather than the other. This case demonstrates that to rule otherwise may be a palpable injustice, since all agree that the arbitrator was innocent of either “*evident partiality*” or anything approaching it. Arbitration is essentially consensual and practical. The United States Arbitration Act is obviously designed to protect the integrity of the process with a minimum of insistence upon set formulae and rules.³ The Court applies to this process rules applicable to judges and not to a system characterized by dealing on faith and reputation for reliability. Such formalism is not contemplated by the Act nor is it warranted in a case where no claim is made of partiality, of unfairness, or of misconduct in any degree.”

¹⁹⁹ Ver princípio 3 da IBA *Guidelines*, comentado no Tópico Efeitos da violação do dever de revelar.

²⁰⁰ Na letra c do princípio, está disposto o conceito de “*dúvidas justificáveis*” (segundo aspecto do teste), como sendo a situação em que “*um terceiro informado e razoável puder concluir que existe a possibilidade de o árbitro ser influenciado, em sua decisão, por fatos alheios ao mérito da causa*”.

²⁰¹ Ver comentários sobre o primeiro aspecto nos Tópicos: Possibilidade real e Perigo real.

surgiu no contexto de um processo criminal (caso Sussex Justices), em que era necessário garantir que a comunidade fiscalizasse o exercício da jurisdição pública, em que fazia sentido anular uma decisão por ter sido feita de maneira inadequada, mesmo se ela não gerasse injustiça. O observador razoável foi intencionalmente concebido, portanto, como um não-especialista: alguém do povo, que conhece os fatos materiais da alegação de parcialidade, e nada mais.

Há razoável consenso na doutrina de que as razões que inspiraram a criação da perspectiva do observador razoável não se encaixam no contexto da Arbitragem Comercial. LUTTRELL afirma que aplicar esse parâmetro em arbitragem é errôneo e contraproducente. O melhor cenário nas arbitragens é o de especialistas julgando especialistas, a portas fechadas. Como pode uma perspectiva generalista avaliar a conduta de um especialista? – indaga o autor²⁰².

Finalmente, em relação à diferença prática do segundo aspecto dos três testes sobre parcialidade aparente (*aparência de parcialidade, perigo real e possibilidade ou probabilidade real*), Cortes de países de *Common Law* afirmam que o *perigo real* põe foco maior nas provas do que em percepções subjetivas, ao contrário do *razoável receio*. Opiniões similares foram dadas por Cortes sul-africanas. LUTTRELL afirma que Cortes que aplicam *aparência de parcialidade* julgam procedentes mais impugnações de parcialidade que Cortes que aplicam o *perigo real* ou *possibilidade real*²⁰³.

Sobre a diferença entre *perigo real* e *aparência de parcialidade*, o juiz argeliano MOHAMMED BEDJAOUI afirmou que o problema adentra a metafísica. Segundo ele, a palavra real é um adjetivo derivado do substantivo realidade, termo usado para descrever o estado de interação visível de elementos materiais que são atuais e verdadeiros. O fato de a palavra real adjetivar a palavra possibilidade obriga que a possibilidade satisfaça os requerimentos da realidade, os quais excedem os requerimentos da lógica e da razão e incluem circunstâncias-componentes externas. O ônus da prova imposto pelo teste possibilidade real seria, portanto, marcadamente maior que aquele imposto pelo teste aparência de parcialidade.

Pela análise da doutrina e jurisprudência, concluímos que, sob o parâmetro da *aparência de parcialidade*, a mera violação do dever de revelar é suficiente para a procedência da impugnação, assim como o preenchimento de hipótese de dependência aplicável ao caso. Já pelo parâmetro do *perigo, possibilidade ou probabilidade real*, é necessário averiguar a gravidade dos fatos não revelados e a probabilidade de sua influência na parcialidade *stricto sensu verdadeira* do árbitro. De igual modo, é necessário analisar os interesses pessoais e financeiros que a circunstância de parcialidade aparente traz no caso concreto e o risco de parcialidade verdadeira que ela gera.

Para uma visão mais sistemática dos testes, veja-se a tabela da página seguinte.

²⁰² LUTTRELL, 2009, p. 259-260.

²⁰³ LUTTRELL, p. 42-43, com base nos casos *Webb v The Queen*[1994] 181 CLR at 71; *President of the Republic of South Africa v. South; African Rugby Football Union* [1999] 4 SA 147; *BTR Industries South Africa (Pty)Ltd v Metal and Allied Workers' Union*1992 (3) SA 673 (A)38

TESTE			Perspectiva (primeiro aspecto)	Parâmetro (segundo aspecto)	Exigência de Imparcialidade (<i>lato sensu</i>)	Dificuldade para procedência da impugnação
Testes objetivos: Anulação Desqualificação e Recusa	Testes de parcialidade aparente	1. Aparência de parcialidade	Terceiro observador razoável e informado	Suspeita, receio ou aparência de parcialidade	<p style="text-align: center;">Maior</p> <p style="text-align: center;">↑</p> <p style="text-align: center;">↓</p> <p style="text-align: center;">Menor</p>	<p style="text-align: center;">Menor</p> <p style="text-align: center;">↑</p> <p style="text-align: center;">↓</p> <p style="text-align: center;">Maior</p>
		2. Perigo Real	Corte	Perigo de parcialidade (interesses pessoais e financeiros)		
		3. Possibilidade Real	Terceiro observador razoável e informado	Possibilidade ou probabilidade de parcialidade (interesses pessoais ou financeiros)		
	Teste de parcialidade verdadeira	4. Prova manifesta	Varia	Prova de parcialidade verdadeira		
Teste subjetivo: Dever de investigar e revelar	5.		Partes	Varia		

4. Aplicação no Brasil

Na Lei 9.307/96, tanto no que tange ao teste para revelação, quanto ao teste sobre impugnação, não há menção sobre a perspectiva a ser usada (primeiro aspecto). No segundo aspecto, há apenas a expressão “dúvidas justificáveis”. A expressão parece relacionar-se apenas ao teste para averiguação do cumprimento do dever de revelar. Contudo, ainda que fosse relativa também ao teste para impugnações, há ampla discricionariedade para escolha do parâmetro a ser adotado, já que as “dúvidas justificáveis” podem ser interpretadas como referência ao segundo aspecto de qualquer dos testes de parcialidade aparente²⁰⁴. Pode-se dizer, por isso, que há espaço aberto à integração da doutrina e da jurisprudência, o que, ao nosso entender, é bom e assim deve ser mantido.

Teste para a violação do dever de revelar

Havendo discricionariedade sobre o teste a ser usado, parece razoável que se aplique teste subjetivo para averiguação do que deve ser revelado (com consideração à perspectiva das partes) e teste objetivo para as decisões de impugnações de parcialidade.

Teste para impugnação durante o procedimento

Com relação ao teste objetivo de parcialidade, entendemos que o mais adequado à arbitragem, no primeiro aspecto, é a *perspectiva da Corte*²⁰⁵. No segundo aspecto, devido ao *trade-off* especialidade-independência²⁰⁶ e às recorrentes impugnações de má-fé, sugerimos a aplicação do parâmetro *perigo real* nas decisões sobre a imparcialidade.

Vale lembrar que as partes podem optar expressamente pela aplicação de um teste de prova²⁰⁷. Querendo mitigar o risco de que impugnações de parcialidade atrapalhem sua arbitragem, podem inserir na convenção de arbitragem uma cláusula

²⁰⁴ Luttrell afirma que nas legislações inspiradas na Lei Modelo da UNCITRAL há espaço para aplicação de todos os testes de parcialidade aparente. Não há, contudo, espaço para exigência de parcialidade verdadeira. Nesse sentido, veja-se Born: *Uncitral Model Law and a number of other arbitration statutes incorporate a concept of "justifiable doubts" into tandards of impartiality and independence of arbitrators. Other national law standards, particularly in the United States and England, are comparable, referring to criteria such as "reasonable suspicion, "reasonable impression", or "real possibility"of partiality. The widespread use of these formulae has several important corollaries. First, these formulae direct analysis to the existence of risks or possibilities of partiality, rather than requiring a certainty or probability of partiality. It is not necessary for a party challenging an arbitrator to demonstrate that the individual lacks independence or impartiality, it is instead sufficient to show that there is enough "doubt" or "suspicion" as to an arbitrator's impartiality to justify either not appointing or removing the arbitrator.*”BORN, p. 1475

²⁰⁵ Pelas justificativas mencionadas no Tópico Possibilidade Real

²⁰⁶ Tópico do Capítulo Mapeamento da parcialidade

²⁰⁷ LUTTRELL defende tal possibilidade diante do princípio da autonomia das partes, pgs. 255-260 de sua tese.

que determine que o teste *perigo real* será aplicado²⁰⁸. Nada impede que a sugestão sobre o parâmetro aplicável parta dos próprios árbitros, quando da sua indicação.

Teste mais rigoroso para o Presidente do Tribunal?

É bastante consolidado o entendimento²⁰⁹ de que se deve adotar mais rigor com a imparcialidade do presidente do tribunal arbitral que com a dos co-árbitros, já que: (i) o presidente tem papel mais ativo na condução do procedimento²¹⁰ e (ii) os co-árbitros são, em geral, apontados pelas partes, o que gera, *prima facie*, uma aparência de parcialidade estrutural²¹¹. Por outro lado, também parece convincente o argumento de que traz mais segurança jurídica adotar o mesmo teste para qualquer caso. O melhor é, portanto, que antes da constituição do tribunal decida-se explicitamente sobre a questão.

Teste mais rigoroso para anulação de sentença arbitral

Por fim, encerrada a arbitragem, é desejável que se demande mais prova para configurar a falta de imparcialidade de co-árbitro ou presidente. Alguns motivos que

²⁰⁸ Modelo dessa cláusula é dado por LUTTRELL: “*Challenge. The Parties agree that any allegations that an arbitrator lack impartiality or independence Will, at whatever stage and in whatever jurisdiction they are made, be finally determined by the relevant authority asking itself whether there was (or is), in relevant authority’s eyes, a real danger that the arbitrator was (or is) biased.*” LUTTRELL, 2009, p. 257.

²⁰⁹ “*There is a natural distinction between the parties’ expectations for the party-appointed arbitrators and the presiding arbitrator. It is both realistic and unobjectionable for a party to an international arbitration, which by definition involves parties from different countries and legal systems – and a virtually unappealable outcome – to want the reassurance of having (consistent with the facts or circumstances would not of themselves justify disqualification concept of impartiality) at least one ‘known-quantity’ arbitrator.*” Bishop, R. D.; Reed, Lucy, *Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators*, 14 *Arbitration International* 395, 1998, p. 404

²¹⁰ Nesse sentido, Bishop e Reed: “*The party-appointed arbitrators are in a different position from the presiding arbitrator in that they may have contact initially with the appointing party in an ex parte interview, they may also have ex parte contact during the selection of the presiding arbitrator, and they may initially have a general sympathy or predisposition in favour of the appointing party or some aspect of its case through a shared or similar economic, political, social, cultural, national or legal background or through doctrinal positions taken in writings, lectures or previous arbitrations.*” Bishop, R. D.; Reed, Lucy, 1998, p. 404

²¹¹ BORN, Gary, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009, p.1505-1507. No original: “*impartiality and independence must be understood differently in the case of co-arbitrators and the case of presiding arbitrators. (...) it is not correct to say that these standards of independence and impartiality apply in precisely the same fashion to all arbitrators. The co-arbitrator has a different function than the presiding arbitrator; a tribunal is page not composed of three presiding arbitrators. In cases involving co-arbitrators selected by the parties, it is contemplated and desirable for co-arbitrators to have characteristics (in terms of nationality, philosophical outlook and experience) that would be inappropriate for a presiding or sole arbitrator. These characteristics are inevitable consequences of parties’ legitimate desires – coming from (often widely) different jurisdictions – that the tribunal as a collegiate body be maximally aware of and sensitive to their respective backgrounds and expectations.*” No mesmo sentido, Bishop e Reed, 1998, p. 404

justificam essa escolha foram apontados por decisão do TJRJ²¹², segundo a qual diversos princípios jurídicos apontam para a preservação da decisão arbitral. Entre eles, os princípios da: (i) eliminação da controvérsia, (ii) da segurança das relações jurídicas e (iii) economia processual.

Isso está em consonância com o entendimento de GARY BORN. De acordo com o autor, há argumento substancial no sentido de que o nível de risco de parcialidade admitido deve variar de acordo com as circunstâncias dos casos concretos. Segundo ele, embora a simplificação seja perigosa, riscos maiores devem ser tolerados no final de procedimentos arbitrais (em comparação ao início dos procedimentos), ou quando a cláusula arbitral e as expectativas das partes contemplam que os co-árbitros podem ter algum nível de parcialidade. Igualmente, indica que diferentes visões de riscos são apropriadas para ações de anulação de sentença arbitral em comparação com impugnações ao árbitro apresentadas na pendência do procedimento²¹³.

Por fim, destaca-se a importância de que todas as circunstâncias de parcialidade aparente sejam *avaliadas em conjunto* nos testes de prova. Uma situação de dependência indicada na Lista Laranja das *IBA Guidelines*, por exemplo, pode não indicar conflito de interesses forte o bastante para embasar uma desqualificação. No entanto, tal situação pode ser apenas uma peça do quebra-cabeça. Várias situações consideradas em conjunto podem formar um quadro indicativo de alto risco de parcialidade²¹⁴, quando situações isoladas não o fazem.

²¹² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Processo n. 2000.001.137.439-0, j. 01.06.2002.

Em primeiro lugar, o Juízo Arbitral é composto por membros escolhidos livremente pelos litigantes, levando-os a uma maior *responsabilização pelas suas decisões* do que quando se submetem à jurisdição pública, onde jamais podem escolher o julgador. Em segundo lugar, o *princípio da eliminação da controvérsia*. A decisão que declarar a nulidade da sentença arbitral não se trata de uma decisão que colocará fim ao litígio existente entre as partes, mas será, ao contrário, a decisão que o restaurará. Em terceiro lugar, o *princípio da segurança das relações jurídicas*, de modo que as partes, ao aceitarem a decisão a ser prolatada por Juízo Arbitral, não possam, depois de conhecerem seu conteúdo, diante da eventualidade deste não corresponder aos seus interesses, buscar a via judicial a fim de evitar a aplicação da decisão arbitral.

Além disso, uma das razões que leva as partes a optarem pelo Juízo Arbitral é a não publicidade dos procedimentos ali em curso. Ao trazer para o Juízo de Direito controvérsia objeto de solução do Juízo Arbitral, ainda que no uso regular do direito, a parte poderá estar contrariando interesse da outra parte de em manter limitada a publicidade da controvérsia, violando a segurança desta de que o sigilo seria mantido.

²¹³ No original: There is a substantial argument that the acceptable degree of risk of partiality should vary depending on the circumstances of particular cases. In particular, although oversimplification can be dangerous, higher risks should arguably be tolerated towards the end of arbitral proceedings (as compared to the outset of the proceedings), or where the parties' agreement or expectations contemplate that the co-arbitrators may exhibit a degree of partiality. Equally, different approaches to risks will be appropriate in actions to annul an award, as distinguished from actions to remove an arbitrator during the arbitral proceedings. BORN, Gary, 2009, p. 1476

²¹⁴ Isso foi estabelecido na decisão da LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION, LCIA Court Decisions on Challenges to Arbitrators No. 81132, 1 Arbitration International, 2011.

Conclusão

Gorilas invisíveis na Arbitragem Internacional. Esse é o tema de interessante reflexão de SUSAN FRANK²¹⁵, a qual se baseia no experimento que fez CHABRIS e SIMONS ganharem Prêmio Nobel em 2004.

A pesquisa deles mostra o quão enganosas são as percepções e a memória humana. A experiência consiste em um filme de menos de um minuto, no qual dois grupos de pessoas se movem passando entre si bolas de basquete. Os espectadores são desafiados a contar o número de passes. No meio do vídeo, uma pessoa fantasiada de gorila entra em cena, para no meio dos jogadores, encara a câmera, bate no peito, e sai andando vagarosamente. Por incrível que pareça, quase metade dos observadores que assistem ao vídeo não veem o gorila²¹⁶. A conclusão: quando focados em algo, os seres humanos têm erros cognitivos de percepção em relação ao que não é objeto de concentração.

Frank reflete sobre as implicações da experiência para a Arbitragem Internacional. Segundo ela, a pesquisa mostra o quanto os estudos sobre parcialidade ainda têm que evoluir, o quanto a parcialidade pode ser cognitiva e inconsciente, e como tribunais podem perceber, interpretar e agir erroneamente sobre provas.

A questão da parcialidade em métodos privados de solução de litígios é, de fato, profunda e ainda precisa ser muito melhor explorada. O desafio mais urgente que ela impõe é encontrar o equilíbrio entre dois extremos perigosos: a repressão do mau uso das impugnações – “*black art tactics*”, de um lado, e a permanência de árbitros que *são* ou *parecem* parciais, de outro.

Para as muitas indefinições desse delicado equilíbrio, o caminho parece ser estudo dos tipos de parcialidade e dos testes de prova. Como a Lei brasileira de Arbitragem, a exemplo da maioria das leis de arbitragem, deixa a cargo da doutrina e jurisprudência a definição do teste de prova a se usar, somos da opinião de que ele pode variar conforme o momento do procedimento e a posição do árbitro impugnado – deve-se ater a um padrão que torne mais difícil a desqualificação ou anulação quando a arbitragem é finda e quando a impugnação é dirigida a co-árbitro. Por outro lado, deve-se aplicar um padrão mais rigoroso com a imparcialidade no momento do apontamento do árbitro, quando a impugnação é dirigida ao árbitro presidente.

Toda aplicação da teoria estrangeira no Brasil deve, contudo, ser precedida de rigorosa análise crítica sobre a realidade brasileira, sob pena de inviabilizar a Arbitragem. A comunidade arbitral é reconhecidamente pequena mesmo nos países onde o uso da arbitragem é antigo. Como esclarecem FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN, “*international arbitration community is a small world*”²¹⁷. No Brasil, onde o uso da arbitragem nas relações comerciais é relativamente recente, a

²¹⁵ FRANK, Susan, *The invisible gorillas in International Arbitration*, disponível em Kluwer Arbitration.

²¹⁶ O vídeo pode ser visto no site www.theinvisiblegorilla.org

²¹⁷ No original: “*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 event the support of the latter*”. GAILLARD, 1999, P. 565. No mesmo sentido CLAY, Thomas, *L’arbitre*, 2001, p. 1-3.

comunidade arbitral é ainda menor, de modo que relações sociais, associações profissionais e repetidos apontamentos – muitas vezes restritos com rigor no exterior, devem aqui ser vistos com temperamento.

Além disso, não apenas pelo *trade off especialidade-dependência*, acirrado no contexto brasileiro, em que há um número menor de árbitros, mas também pelo apreço à razoabilidade, as impugnações por dependência só devem prosperar se, analisados os elementos de *parcialidade aparente*, apontarem para conflito de interesse hipotético suficientemente grave para afetar a capacidade do árbitro de julgar. De igual modo, impugnações fundamentadas em falta de *imparcialidade stricto sensu*, por sua vez, só devem ser providas quando baseadas em comportamentos concretos tidos pelo árbitro durante a arbitragem. Resta clara, diante desses argumentos, nossa preferência pelo teste *perigo real* no contexto brasileiro, ao menos para impugnações apresentadas no curso do procedimento arbitral.

Sobre o dever de investigar e revelar, delicado equilíbrio entre a confiança das partes e a privacidade dos árbitros também deve ser estabelecido. O teste de prova subjetivo, que tem como referência o olhar das partes, deve ser aplicado na averiguação do que deve ou não ser revelado. No entanto, regra geral, no curso da arbitragem, impugnações embasadas na mera violação do dever de revelar não devem ser procedentes. Deve-se ponderar, em teste de prova objetivo, o risco de parcialidade verdadeira que os fatos não revelados causam e o comportamento do árbitro no decorrer do procedimento.

Cumpre, por fim, ressaltar a importância de que impugnações e revelações sejam mais fundamentadas. Em lugar de somente ressaltar a insegurança do cliente a respeito das circunstâncias levantadas ou a percepção do árbitro de que os fatos impugnados não afetam sua imparcialidade, seria interessante que os debates nas impugnações envolvessem discussão de casos e aplicação de diretrizes éticas.

Para a evolução da discussão no Brasil, é essencial que as Câmaras de arbitragem publiquem decisões sobre impugnações, omitindo nomes e detalhes para proteger a confidencialidade. É também recomendável que as partes façam bom uso da flexibilidade procedimental típica da arbitragem, inserindo nas convenções arbitrais previsões explícitas sobre as regras das possíveis impugnações de parcialidade que surjam. A todos, resta conduzir o procedimento em apreço à boa fé, já que, como se sabe, “*o procedimento arbitral funciona melhor quando uma atmosfera de confiança e cordialidade é cultivada*”²¹⁸.

²¹⁸ HUBER, Stephen K.; WESTON, Maureen A., *Arbitration: cases and materials*, 2ª ed., Lexis Nexis, 2006, p. 418, *Commonwealth v. Coatings*. No original: “*The arbitration process functions best when an amicable and trusting atmosphere is preserved and there is voluntary compliance with the degree, without need for judicial enforcement.*”

Bibliografia

- ALVIM, J. E. Carreira, *Direito Arbitral*, Rio de Janeiro: Forense. 2ª ed. 2004. 250-271.
- BARGATE, Quentin, *Arbitrators and Impartiality*, upgrade and commentary
Available online at: http://www.quentin-bargate.com/Quick_Brief_1.pdf, p. 1
- BATISTA MARTINS, Pedro A., *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, 1ª Ed., Forense, Rio de Janeiro: 2008.
- BATISTA MARTINS, Pedro A., *Arbitragem: Constitucionalidade e Desnecessidade de Homologação judicial*, disponível em www.batistamartins.com.
- BATISTA MARTINS, Pedro A., *Arbitragem Através dos Tempos: Obstáculos e Preconceitos à sua Implementação no Brasil*, disponível em www.batistamartins.com.
- BATISTA MARTINS, Pedro A. Antonio, *As Três Fases da Arbitragem*, disponível em www.batistamartins.com.
- BATISTA MARTINS, Pedro A., *O Poder Judiciário e a Arbitragem*. Quatro anos da Lei 9307/96 (Parte IV), disponível em www.batistamartins.com.
- 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
- BITTAR, Eduardo C.B., *Metodologia de Pesquisa Jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de Direito*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. Pg. 179-283.
- 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
- BRODSKY, Jerry P.; FILHO, Victor Madeira, *A seleção de árbitros nos procedimentos arbitrais: uma abordagem prática*, *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2009, RAARB 20. p. 194-206

CÁRDENAS, Emilio; RIVKIN, David W. *A growing challenge for Ethics in International Arbitration*. In: Aksen, Gerald (Ed.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution – Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*

International Chamber of Commerce, 2005

CARDOZO, Benjamin. *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, 1921

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. São Paulo: Editora Atlas, 2009. pp. 227-259; 283-288.

CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo: Um comentário À Lei 9.307/96*, 2a ed., São Paulo: Atlas, 2004, p.194

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

CRAIG, W.L., PARK, Willian, PAULSSON, Jan; *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3^a ed., 1998, p. 215

DIMOLITSA, Antonias. *The Arbitrator and The Litigants (Some Exceptional Clashes)*; Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Is Arbitration Only As Good as the Arbitrator? Status, Powers and Role of the Arbitrator 69, 2011

EL-KOSHERI, Ahmed S.; Youssef, Karim. *The Independence of International Arbitrators: an Arbitrator's Perspective*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2007 Special Supplement 690, 2008

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. pp. 849-886.

FIGUERES, Dyalá Jiménez. *Nombramiento y Recusación de Árbitros*, 10 Revista de Arbitragem e Mediação 140, July 2006

FRANK, Susan, *The invisible gorillas in International Arbitration*, disponível em Kluwer Arbitration

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

GAILLARD, Emmanuel. *Aspects Philosophiques du Droit de l'Arbitrage International*, Martinus Nijhoff, 2008

- Garner, Brain A. *Black's Law Dictionary*, 47th ed. West Group, 1999
- HASCHER, Dominique. *ICC Practice in Relation to the Appointment, Confirmation Challenge and Replacement of Arbitrators*, 6(2) ICC International Court of Arbitration Bulletin 4, 1995
- 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
- HUBER, Stephen K.; WESTON, Maureen A. *Arbitration: cases and materials*, 2nd ed. Lexis Nexis, 2006
- LEMES, Selma Maria Ferreira, *Árbitro: princípios da independência e da imparcialidade*, São Paulo: Ltr.
- LEMES, Selma Maria Ferreira, *O dever de revelação do árbitro e a Ação de Anulação de Sentença Arbitral*, in: LEMES, Selma Maria Ferreira, BALBINO, Inez (coord.), *Arbitragem- Temas Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- LEW, Julian D. M; MISTELLIS, Loukas A.; and KRÖLL, Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003
- LUTTRELL, Samuel Ross. *Bias Challenges in International Arbitration: the Need for a 'Real Danger' Test*, Presented for the degree of Doctor of Philosophy in Law at Murdoch University, 15 September 2008
- LUTTRELL, Sammuel Ross, *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: the need for a real Danger test*, The Netherlands: Kluwer Law International. 2009. 296 p.
- MIRANDA, Agostinho Pereira de. *O estatuto deontológico do árbitro – passado, presente e futuro*, 26 Revista de Arbitragem e Mediação 116, 2010
- 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>.
- NUNES PINTO, Revista Jus Vigilantibus, Domingo, 27 de julho de 2003 – disponível em <http://jusvi.com/artigos/406>.
- PARK, William W. *Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice* Oxford University Press, New York, 2006

- PARK, William W. The Border of Bias: Rectitude in International Arbitration. In: Bekker, P.; Dolzer, R.; Waibel, M., Making Transnational Law, Work in the Global Economy: Essays in Honour of Detlev Vagts, Cambridge University Press, 2010
- 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.
- TWEEDALE, Andrew; Tweedale, Keren. *Arbitration of Commercial Disputes* Oxford University Press, 2005
- WHITESELL, Anne Marie. *Independence in ICC Arbitration: ICC Court Practice concerning the Appointment, Confirmation, Challenge and Replacement of Arbitrators*, Special Supplement ICC International Court of Arbitration Bulletin 7, 2008

CASOS

- 9th CIRCUIT, UNITED STATES, Woods v. Saturn Distribution Corp., 78 F3d 424, 427-428 (9th Cir. 1996)
- 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
- COUR D'APPEL DE PARIS, *Société 3R v. Phénix Richelieu*.
- COUR D'APPEL DE PARIS, *Société H. H. GmbH & Co. v. SARL MG*, 10 September 2003, 2002/02304
- COUR D'APPEL DE PARIS, T.A.I. v. S.I.A.P.E, da e Annahold B.V. et al. v. L'oreal et al,
- 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, Dimes v. Grand Junction Canal Co Proprietors (1852) 3 HLC 759.

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.

HOUSE OF LORDS, ENGLAND,, Locabail (UK) & Waldorf Investment Corp. & Ors [2000] 1 All ER 65.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines Case*, Case No. ARB/03/25. 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>

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.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Sentença Estrangeira Contestada n° 5206-7.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Sentença Estrangeira Contestada n° 5847.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Sentença Estrangeira Contestada n° 4.837. Proc n° 2010/0089053-1, Rel. Min. Francisco Falcão, Requerente: Ypfb Andina S/A, Requerido: Univen Petroquímica Ltda. Julgada em 15.08.2012. Publicada em 30.08.2012

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

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

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Agravo de Instrumento n. 2011.002848-0, de Joinville, Rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Julgado em 14.07.2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, Agravo de Instrumento no Processo n. 474.700-4/2-00, Rel. Des. Testa Marchi, 10ª Câmara de Direito Privado, julgado em 30.01.2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, Proc. Nº 823219-3, Rel.: Des. Augusto Lopes Côrtes, Agravante: Marcelo Dallazem, Agravados: Viena Empreendimentos e Participações Sociedade Ltda e Outro. Julgado em 25.01.2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Processo n. 2000.001.137.439-0, j. 01.06.2002

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Ação Recisória nº 142/09, Proc.: 2009.006.00142, Rel. Des. Maria Inês da Penha Gaspar, Autor: UPS Administração de Bens e Participações Ltda., Réu: Priscila Leite Teixeira. D.j.: 29.05.2009

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 12ª Câmara, Demandante: Alcides Severino Milani, Demandado: Waldoir Vincente Aldoir, Apelação Cível nº 70005797774, D.j.: 03.04.03