

2017 - 02 - 10

Revista de Arbitragem e Mediação

2016

RARB VOL. 50 (JULHO - SETEMBRO 2016)

DOCTRINA NACIONAL

21. O PROCEDIMENTO DE IMPUGNAÇÃO E RECUSA DE ÁRBITRO, COMO SISTEMA DE CONTROLE QUANTO À INDEPENDÊNCIA E A IMPARCIALIDADE DO JULGADOR

21. O procedimento de impugnação e recusa de árbitro, como sistema de controle quanto à independência e a imparcialidade do julgador

The procedure for challenging and refusing an arbitrator as a
system of control of the independence and impartiality of the
judge

(Autor)

SELMA FERREIRA LEMES

Doutora, Mestre pela USP. Professora. Integrou a comissão relatora da Lei de Arbitragem. Foi membro brasileiro da Corte Internacional de Arbitragem da CCI. Advogada.

Sumário:

- 1 Introdução
- 2 Imparcialidade e independência
- 3 Dever de revelação
- 4 Dúvida justificada
- 5 Conflito de Interesses
- 6 Diferença entre o conflito de interesses e interesses comuns
- 7 Motivos de impedimento do árbitro. Legislação brasileira e regulamentos de instituições de arbitragem
- 8 O procedimento de impugnação de árbitro e suas fases
- 9 Requerimento de impugnação de árbitro. Comitê julgador. Decisão do comitê
- 10 Conclusão

Área do Direito: Arbitragem

Resumo:

O presente artigo analisa o dever de revelação do árbitro como sistema para aferir os pressupostos de independência e imparcialidade previstos no art. 13, § 6.º, da Lei de Arbitragem, bem como as causas de impedimento do árbitro estabelecidas pela legislação brasileira e pelas instituições arbitrais, abordando, por

fim, o procedimento de impugnação de árbitro e suas peculiaridades.

Abstract:

The presente article aims to analyse the arbitrator's duty of disclosure as a system to evaluate the requirements of independence and impartiality established in article 13, § 6.º, of the Brazilian Arbitration Act, as well as the causes for disqualification and impediments of the arbitrator foresaw in the Brazilian Law and in the main arbitral institutions, examining, at last, the procedure of challenging an arbitrator and its peculiarities.

Palavra Chave: Árbitro - Impugnação - Independência - Imparcialidade - Dúvida Justificada - Dever de revelação - Conflito de interesses.

Keywords: Arbitrator - Challenge - Independence - Impartiality - Reasonable doubt - Duty of disclosure - Conflict of interest.

1. Introdução

“Quatro coisas pertencem aos juízes: escutar cortesmente, contestar sabidamente, considerar tudo sobriamente e julgar imparcialmente”. Destes quatro atributos do juiz ou do árbitro afirmados por Sócrates, o que de forma contundente representa o baluarte da justiça é a imparcialidade.

Se na mitologia grega quando Zeus desejava aplacar a discórdia entre os homens determinava que Têmis descesse do Olimpo para que reinasse a justiça, na realidade da vida ela é exercida pelo próprio homem. Neste sentido a figura do julgador é questão inexorável.¹

Não há como dissociar da pessoa do julgador a necessidade de ser este no ato de julgar imparcial (não ter interesse na solução da controvérsia) e independente (não ter vinculação com as partes). “Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes” (art. 1.º da Lei 9.307/1996, c/r. Lei 13.129/2015 – “LArb”).

Somente a instauração do juízo arbitral subtraído de influências estranhas pode garantir um julgamento justo; somente através da garantia de um árbitro imparcial, o procedimento arbitral pode representar um instrumento não apenas técnico, mas também ético, para a solução do conflito. O árbitro, no ato de julgar, deve ater-se aos fatos provados nos autos da arbitragem, ao direito (ou a equidade se assim estiver autorizado pelas partes) e julgar consoante sua consciência (art. 21, § 2.º, da LArb). “A independência é a base de toda a Justiça”, mencionou Rui Barbosa.²

Na arbitragem construiu-se um sistema de aferição desses atributos (independência e imparcialidade), representados pelo dever de revelação do árbitro, conectado com a obrigação de as partes fornecerem a eles (árbitros) informações úteis, a fim de que possam verificar a existência de conflitos que os impossibilitem de exercer tal missão.

Este artigo analisará primeiramente a razão da estipulação do dever de revelação do árbitro; os pressupostos de independência e imparcialidade; o dever de revelação; a existência de conflito de interesses e a diferença destes com os interesses comuns; e os padrões fixados pela legislação brasileira e os decorrentes das instituições arbitrais como motivos de impedimento do árbitro. Em seguida, abordaremos sobre o procedimento de impugnação de árbitro em instituições arbitrais.

O procedimento de impugnação de árbitro se processa paralelo a arbitragem, ou seja, representa um incidente processual (exceção do árbitro), podendo ser prévio à formação do tribunal arbitral ou no curso da arbitragem. Note-se que nesse procedimento não se instaura um contencioso entre partes e árbitros. É um procedimento peculiar e diferente. Tem características próprias, em que se instaura um “contencioso” limitado, restrito e rápido.

É um procedimento peculiar, pois o árbitro não apresenta uma defesa (no sentido processual do termo), mas presta informações referentes aos fatos suscitados como motivadores de impedimentos.³ Não se acusa o

árbitro, mas se demonstra que para aquele caso ele supostamente não poderia atuar como árbitro e tais argumentos serão avaliados pela instituição de arbitral, pelos demais membros do tribunal arbitral (arbitragem *ad hoc*) ou pelo judiciário, quando a legislação assim dispor, como será analisado nas seções seguintes deste artigo.

Importa observar que não há nenhum demérito para o árbitro ser impugnado, pois faz parte do sistema arbitral verificar a possibilidade ou não dele poder atuar naquele caso específico em razão das partes, da matéria tratada, em decorrência de suas atividades profissionais pregressas etc.

Com referência às fases do procedimento de impugnação de árbitro, serão abordados o requerimento de impugnação; a possível formação de um comitê julgador; as manifestações dos árbitros e das partes; e a decisão do órgão julgador para o caso de arbitragem institucional.

2. Imparcialidade e independência

A imparcialidade e a independência constituem atributos do árbitro, tal como previsto no art. 13, § 6.º, da LArb “no desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”. A menção à imparcialidade também está reproduzida no art. 21, § 2.º: “serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”, que representa a base estruturante de todo o processo arbitral. Há menção também à imparcialidade e independência do árbitro no art. 14, § 1.º, da LArb, que trata do dever de revelação do árbitro, de fato que possa representar dúvida justificada quanto à sua independência e imparcialidade.

O árbitro deve ser independente e imparcial, isto é, não deve ter vínculo com as partes (independência) e interesse na solução do conflito (imparcialidade).⁴ A independência e a imparcialidade representam *standards* de comportamento. A independência é definida como a manutenção pelo árbitro, num plano de objetividade tal, que no cumprimento de seu mister não ceda a pressões nem de terceiros nem das partes. Como dito acima, o árbitro deve decidir a controvérsia exclusivamente com base nas provas produzidas nos autos e no direito (ou equidade se assim estiver autorizado pelas partes). A independência do árbitro está vinculada a critérios objetivos de verificação. Já a imparcialidade vincula-se a critérios subjetivos e de difícil aferição, pois externa um estado de espírito (*state of mind*).⁵

Assevera José Miguel Júdice que “na sua essência a ‘independência’ é instrumental do valor da imparcialidade”.⁶ Pode-se dizer também que a independência é pré-requisito da imparcialidade.

O Código de Ética da *Internacional Bar Association* (“IBA”) de 1987, esclarece o que pode ser entendido como parcialidade ou dependência:

Os critérios para avaliar questões relativas à tendência e predisposição de um árbitro são a imparcialidade e a independência. Haverá parcialidade quando um árbitro favorecer uma das partes ou quando mostrar predisposição para determinados aspectos correspondentes à matéria objeto do litígio. A dependência surge da relação entre o árbitro e uma das partes ou uma pessoa estritamente vinculada a elas.⁷

É possível analisar a imparcialidade sob o enfoque objetivo (mesmo se tratando de um *state of mind*), tal como observado em dois precedentes internacionais. A imparcialidade objetiva se verifica na análise jurídica dos fatos submetidos à apreciação dos árbitros. A esse respeito dispôs o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em 1982 no caso *Piersack* que:

(...) se pode distinguir assim entre um aspecto subjetivo, que se trata de averiguar a convicção pessoal de um juiz determinado em um caso concreto e um aspecto objetivo, que se refere a este oferecer as garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável a respeito.⁸

Na jurisprudência belga verifica-se o caso em que se julgou procedente a impugnação judicial de um árbitro fundada na falta de imparcialidade objetiva, sendo que o árbitro indicado não revelou ter atuado por seis vezes em casos anteriores, em que uma das partes era a mesma e os contratos idênticos. “Trata-se de uma

dúvida legítima (...) no que concerne à ausência de pré-julgamento e a capacidade do árbitro em analisar o novo litígio com um espírito totalmente virgem de opinião prévia sobre a questão litigiosa” (tradução livre).⁹ Note-se que a decisão belga concentrou-se nos conhecimentos pregressos do árbitro com referência à matéria tratada na arbitragem, mas também poderia ter suscitado a questão do conflito de interesses (dependência econômica), pois o árbitro foi indicado seis vezes pela mesma parte para julgar matéria com a mesma base contratual.

Pode-se classificar a independência e a imparcialidade do árbitro “como pressupostos ou requisitos para o regular processamento e adimplemento do dever principal de julgar”, tal como acentuado por Judith Martins-Costa.¹⁰

Para verificar os pressupostos de independência e de imparcialidade, o provável árbitro tem o dever, antes de ser confirmado como árbitro e durante todo o procedimento arbitral, de averiguar a existência e a manutenção da sua independência, pois o árbitro deve ser independente e imparcial durante todo o processo arbitral. Neste sentido, ao ser indicado como árbitro deve revelar os fatos que sejam de seu conhecimento, bem como atentar para aqueles que deveria conhecer em razão da atividade e vinculação profissional desenvolvidas e a existência de relação de amizade estreita com as partes, que possa gerar dúvida razoável quanto a sua independência e imparcialidade. Além disso, é dever das partes informar aos árbitros sobre questões referentes à vinculação de grupos societários nos quais fazem partes, quando for o caso, para que o árbitro efetue a verificação da inexistência de conflitos.

O exercício da função de árbitro requer do candidato atenção especial às normas de conduta, aos deveres a que está sujeito enquanto investido na função de julgador. Este dever legal tem em seu âmago um componente ético que sustenta toda a estrutura da atividade de julgador.

O árbitro é investido por deter a confiança das partes (art. 1.º da LArb). Neste particular não há como dissociar do componente ético da confiança o princípio da boa-fé e a particularidade de o árbitro exercer seu mister em decorrência de um contrato de investidura.¹¹ Neste sentido esclarece Judith Martins-Costa:

(...) os requisitos subjetivos do contrato (independência e imparcialidade) explicam as especificidades da feição assumida no contrato de investidura pelo princípio da boa-fé, bem como a gama de deveres anexos decorrentes do princípio. Nessa figura contratual, há superposição entre confiança e boa-fé, que amalgamada estão no núcleo do contrato.¹²

Diz-se que a ética do árbitro é a ética da arbitragem. Decorre, por conseguinte, que a arbitragem se fundamenta, sobretudo, na consciência moral do árbitro. “A arbitragem vale o que vale o árbitro”, diz o adágio repetido à saciedade na literatura arbitral mundial. O art. 13, § 6.º, da LArb pode ser classificado como um código de ética positivado.¹³ José Miguel Júdece classifica os deveres deontológicos do árbitro como sendo a revelação, a qualificação do árbitro e sua disponibilidade.¹⁴

Salientamos anteriormente que se o pulmão da arbitragem é mantido pela independência e imparcialidade do árbitro é o dever de revelação que o oxigena (art. 14, § 1.º, da Lei 9.307/1996).¹⁵

Nesta linha, conforme pondera Thomas Clay:

(...) a obrigação de revelação é a pedra angular do regime jurídico da independência do árbitro, graças a sua dupla função: a de representar um critério de avaliação da independência e a de ser meio de proteção dessa garantia.¹⁶ (tradução livre)

Note-se também que um árbitro pode ser afastado por outros motivos justificados, além da falta de independência e imparcialidade. Pode ocorrer que um árbitro, por exemplo, não esteja cumprindo sua missão no prazo adequado, podendo ser substituído por iniciativa das partes ou pela instituição de arbitragem, quando assim prescrever seu regulamento de arbitragem.

É o caso da Corte Internacional de Arbitragem da CCI no art. 15, 2:

Um árbitro também poderá ser substituído por iniciativa da Corte, se esta constatar que o árbitro se encontra impedido *de jure* ou *de facto* de cumprir as suas atribuições como árbitro, ou quando não desempenhar as suas funções de acordo com o Regulamento, ou dentro dos prazos prescritos.

O Regulamento de Arbitragem da Uncitral de 2010, estipula no art.12.3 que um árbitro também pode ser recusado se estiver impossibilitado de fato ou de direito para atuar. A impossibilidade de fato é quando o árbitro não possui os requisitos qualificatórios ou conhecimento para atuar, como por exemplo, quando as partes preveem que o árbitro deve ter especialidade em determinada área técnica e o candidato não a detém. A impossibilidade de direito é quando o árbitro perde a capacidade legal para atuar.¹⁷

3. Dever de revelação

Prevê o art. 14, § 1.º, da LArb que “as pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência”.

O árbitro deverá revelar às partes, frente à sua nomeação, interesse ou relacionamento negocial e profissional que tenha ou teve com qualquer uma delas e que possa de alguma forma afetar a sua imparcialidade e/ou sua independência. Os Códigos de Ética e as Diretrizes da IBA fornecem um importante referencial a ser observado, mas entenda-se que essas normas não são leis e sim *soft law*. Ademais, não se pode abstrair, no cenário nacional, que as Diretrizes da IBA devem ser avaliadas *cum grano salis*, pois são afeitas e dirigidas às arbitragens internacionais, em que estão presentes culturas e hábitos de convivência diferentes. Referida discrepância no que concerne aos nossos costumes sociais parecem repudiar algumas delas, especialmente no que concerne à atividade de advogados e árbitros, tal como acentua Carmona.¹⁸

4. Dúvida justificada

Dúvida justificada é aquela que possa afetar a independência e a imparcialidade do árbitro no ato de julgar. Os Códigos de Ética, como acima referido, editados por diversas instituições internacionais e nacionais, a título sugestivo, orientam os prováveis árbitros na pesquisa do que deve ser revelado e mencionado na revelação efetuada.¹⁹ O dever de revelação e a transparência regem a indicação do árbitro no sentido de verificar a sua independência e imparcialidade.²⁰

O Regulamento de Arbitragem da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI, por exemplo, adota como critério para revelação do árbitro “qualquer fato ou circunstância susceptível, do ponto de vista das partes, de colocar em dúvida a sua independência, assim como qualquer circunstância que possa dar lugar a dúvidas razoáveis quanto a sua imparcialidade” (art. 11.2 Regulamento ICC/2012).

Como acentua Marta Gisbert Pomata:

(...) ao utilizar a lei o termo “dúvidas justificadas” se elimina a simples presunção, necessitando algo mais do que esta para ter o árbitro a obrigação de revelar as partes aquelas circunstâncias que possam fazer com que estas considere que sua imparcialidade e independência estejam menoscabadas” (tradução livre).²¹

5. Conflito de Interesses

O conceito de conflito de interesses se situa entre um princípio deontológico e o direito, fundado no princípio da lealdade, considerando o aspecto contratual da arbitragem.

O conflito de interesses existe quando uma pessoa em posição de confiança possui interesses próprios divergentes daqueles que lhe são confiados, e se encontra numa situação decorrente de posição profissional, com possibilidade de perseguir eventual interesse pessoal. O conflito de interesses nasce, assim, com a pessoa investida de um interesse de terceiros, no qual o seu interesse pessoal se encontra em oposição com o seu dever.²²

Diversos fatores são levados em consideração pelas partes no momento de indicar árbitros. Além da idoneidade moral e reputação do árbitro, ínsitas ao conceito de confiança previsto nos ordenamentos legais, os árbitros são indicados em razão de experiência profissional e atuação em arbitragens. Não existe a profissão de árbitro. O árbitro exerce uma missão²³ específica e ocasional outorgada pelas partes. Em razão dessas características, na quase totalidade das arbitragens os tribunais arbitrais são compostos por advogados e, em razão de suas atividades principais, é comum árbitros advogados atuarem em bancas de advocacia de diversos portes e especialidades. Em razão de pertencerem a sociedades de advogados, esses profissionais, ao serem indicados como árbitros devem efetuar verificação de eventual conflito de interesses, pois seu escritório pode estar patrocinando uma causa em outra área de atividade para uma das partes podendo gerar eventual conflito de interesses.

Para se aferir a existência de um conflito de interesses em relação ao árbitro há de se verificar, quanto aos atos indicados o *modo como foi exercido, a natureza e a frequência*. O objetivo consistiria em aferir a influência no espírito da pessoa que atuaria como árbitro, no sentido de influenciar sua decisão e interferir na sua imparcialidade no ato de julgar.²⁴ Seguindo esses critérios, o árbitro indicado pode identificar a existência de eventual conflito e, se for o caso, não aceitar a indicação. Essa tarefa de verificação e confirmação de impedimento poderá ser efetuada pelo órgão julgador de eventual impugnação do árbitro nas instituições de arbitragens, como será abordado a seguir.

Nítido conflito de interesses (teratológico) ensejou demanda judicial que afastou a cláusula compromissória inserida em contrato, cuja redação contou com a assessoria de escritório de advocacia, que indicou na cláusula compromissória serem os litígios dele decorrentes dirimidos por árbitra advogada integrante da própria banca de advocacia. Consoante acentua Mariana Cattell Gomes Alves “é inequívoca a falta de imparcialidade da árbitra indicada na cláusula compromissória” e “não se admite que árbitro aprecie conflito no qual atuou como advogado da parte”.²⁵

6. Diferença entre o conflito de interesses e interesses comuns

Neste ponto cumpre observar que há de se traçar a diferença entre o denominado conflito de interesses e os denominados interesses comuns.²⁶ O vínculo de interesses e o conflito de interesses devem ser analisados de formas distintas, pois o vínculo de interesse é factual e o conflito de interesse constitui uma qualificação (interesse econômico, por exemplo). É possível ter vínculos de interesses sem se vislumbrar uma situação de conflito de interesses.²⁷

O conflito de interesses pode ser econômico, direto ou indireto. Pode ser intelectual, afetivo ou funcional. Por exemplo, é o caso de um árbitro indicado por uma das partes em uma arbitragem, em que este árbitro é também consultor ou atua em outras arbitragens como advogado em parceria com escritório de advocacia da outra parte. Este fato deve ser revelado. Há conflito de interesses e o árbitro indicado não poderá atuar como árbitro, salvo se todas as partes cientes desse fato entenderem por manter o árbitro indicado.

Por sua vez a menção a interesses comuns que não se qualificam como conflito de interesses seria o caso, por exemplo, de professores que integram o mesmo departamento de uma universidade, um deles estar atuando como advogado e indicar o outro professor do mesmo departamento para atuar como árbitro. Também situações em que o árbitro indicado por uma das partes participa em uma mesma mesa de conferência com o advogado que o indicou, ou o caso de árbitros e advogados que integram uma determinada associação profissional. Em todos esses casos há interesses comuns em torno da atividade profissional que exercem, mas não há conflito de interesses. O árbitro não está isolado da comunidade profissional que integra.

7. Motivos de impedimento do árbitro. Legislação brasileira e regulamentos de instituições de arbitragem

Cumpre esclarecer que para a arbitragem não existe a dicotomia entre motivos de suspeição e motivos de impedimento, tal como disciplinado no Código de Processo Civil -  CPC. Para a arbitragem ambas as situações se referem a impedimentos, pois assim está disciplinado no art. 14 da LArb: “Estão *impedidos* de

funcionar como árbitros (...)."

A primeira questão que surge ao se analisar as causas de impedimentos dos árbitros é saber em que medida os motivos de suspeição e de impedimentos dos juízes são transportados para a arbitragem, haja vista a menção no art. 14 da LArb:

Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimentos ou suspeição dos juízes, aplicando-se lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

Enquanto as regras de impedimento e suspeição são impostas e de aplicação obrigatória no processo civil, na arbitragem podem ser estas relativizadas.²⁸ Acentua Pedro Batista Martins, que as hipóteses previstas na legislação processual não são de impedimento absoluto.

Ao contrário, as hipóteses da lei revelam, meramente, uma predisposição ao impedimento do árbitro que pode, validamente, ser afastadas pelas partes. São, basicamente, casos de parcialidade evidente que, muito embora afirme um constrangimento na atuação do árbitro, não impedem, por outro lado, que as partes os desconsiderem e, mesmo nessas situações, confirmem a pessoa do árbitro, dada a sua qualidade ética e moral. De todo modo, a regra é a de que boa parte das circunstâncias listadas na Lei de Arbitragem por referência ao diploma processual civil inibirá a atuação do árbitro, por questões lógicas e morais.²⁹

A razão da diferença de aplicação desses conceitos do processo civil reside na base estrutural da arbitragem, que regulada em lei, faculta as partes elegê-la e discipliná-la como desejarem, observado os princípios do devido processo legal (art. 21, § 2.º). Ou seja, ontologicamente a arbitragem está alicerçada no princípio da autonomia da vontade e é permitido às partes contemporizarem os motivos de impedimentos e suspeição dos juízes, tanto para flexibilizarem os motivos de impedimentos, como para imporem outros que inexistem no processo judicial.³⁰

René David acentuou ser efetivamente inadequado invocar com absoluto rigor no âmbito da arbitragem as mesmas causas de impedimentos indicadas na legislação processual para os juízes. A razão para isso é que na arbitragem a relação que se trava entre as partes e o árbitro por elas eleito está calcada na confiança que nele depositam.³¹

Rafael Francisco Alves analisando a questão também sob o enfoque do art. 20, *caput*, da LArb esclarece que "todas essas presunções – sejam elas suspeições, sejam impedimentos – são relativas, ou seja, todas estão sujeitas à livre disposição das partes".³² Porém, para que isso ocorra, as partes devem estar cientes desses fatos e com eles concordar. A denominada "ciência-anuência" é de aplicação obrigatória.

"Portanto, chegamos ao ponto importante a ser ressaltado: a imparcialidade do árbitro, entendida como a equidistância do julgador em relação às partes, está no campo da autonomia privada no direito brasileiro. Assim, é possível, por exemplo, que até mesmo um parente de uma das partes seja árbitro do conflito existente entre elas, deste que presente o binômio ciência-anuência (ambas as partes conhecem o vínculo e mesmo assim concordam expressamente com a nomeação). Esta situação seria absolutamente inconcebível no processo judicial, por se tratar de impedimento, que constitui presunção absoluta de parcialidade nesta esfera."³³

No que concerne aos regulamentos de instituições de arbitragem estas podem estabelecer critérios que não estão dispostos nos arts. 144 e 145 do NCPC. Note-se que mesmo essas restrições das instituições de arbitragem, ainda que mais rígidas do que as dispostas na legislação processual, podem ser afastadas pelas partes, desde que cientes da restrição concordem com a nomeação do árbitro. Há de estar presente o binômio "ciência-anuência", mencionado por Rafael Alves.

Salienta Carlos Eduardo S. Elias, que "o único caso concebível em que a renúncia das partes não surtiria efeito seria aquele em que houvesse identidade *total* entre árbitro e parte".³⁴ Pois, *nemo iudex in causa propria*. Há outras situações que também o árbitro não poderia ser aceito, como no caso de inimigo capital de uma das

partes. Por outro lado, a imparcialidade do árbitro não será maculada, mesmo sendo amigo de ambas as partes, pois os valores éticos e morais, em tese, se sobrepõem à amizade.³⁵

Note-se, que a nova lei de mediação, Lei 13.140/2015, no art. 7.º, veda expressamente aquele que atuou como mediador seja indicado como árbitro do mesmo conflito. Todavia, melhor teria agido o legislador se tivesse deixado às partes envolvidas decidirem. Poderiam ter estabelecido que “salvo convenção em contrário das partes, o mediador não poderá ser árbitro em conflito que tenha atuado”. As legislações comparadas assim dispõem. Não se justifica, em questões de livre disposição das partes, a vedação imposta pelo legislador. O mediador poderia ter todos os atributos de um bom árbitro, preponderantemente a confiança das partes.

8. O procedimento de impugnação de árbitro e suas fases

Consoante acentuado na introdução deste artigo, o procedimento de impugnação de árbitro se processa paralelo ao procedimento arbitral, ou seja, representa um incidente processual (exceção do árbitro) prévio à formação do tribunal arbitral ou no curso da arbitragem.

É importante destacar que neste procedimento paralelo não se instaura um contencioso entre partes e árbitros. É procedimento peculiar e diferente. Tem características próprias, em que se instaura um “contencioso” limitado, restrito e rápido.

É um procedimento peculiar, pois o árbitro não apresenta uma defesa (no sentido processual do termo), mas presta informações referentes aos fatos suscitados como motivadores de impedimentos. Não se acusa o árbitro, mas se demonstra que para aquele caso ele supostamente não poderia atuar como árbitro e tais argumentos serão avaliados pela instituição de arbitral, pelos demais membros do tribunal arbitral (arbitragem *ad hoc*) ou pelo judiciário (em legislações estrangeiras que assim dispõem, tais como, a belga, a suíça etc.).

No caso da legislação brasileira, todo processo de impugnação de árbitro está concentrado extrajudicialmente, ou seja, na fase arbitral. A impugnação pode se dar no início da formação do Tribunal Arbitral ou em qualquer fase da arbitragem, lembrando que é com a sentença arbitral ditada e decorrido o prazo de Pedido de Esclarecimentos que o árbitro finaliza seu mister (art. 30 da LArb.). Após, finalizada a arbitragem, os árbitros não têm mais jurisdição e a matéria poderá ser abordada em ação de anulação da sentença arbitral pelo motivo previsto no art. 32, II (“emanou de quem não poderia ser árbitro”).

O procedimento de impugnação de árbitro pode observar duas formas. A primeira, quando se está diante de arbitragem *ad hoc*, ou seja, a arbitragem não se processa perante uma instituição arbitral. A impugnação do árbitro será apreciada pelos demais membros do tribunal arbitral, tal como disposto no art. 15:

A parte interessada em arguir 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 apresentado as provas pertinentes. Parágrafo único. Acolhida a exceção, será afastado o árbitro suspeito ou impedido, que será substituído, na forma do art.16 desta Lei”.

Em arbitragens *ad hoc* as partes podem prever na cláusula compromissória que uma instituição de arbitragem efetue o procedimento de recusa/impugnação do árbitro, mesmo não sendo a arbitragem institucional, desde que esteja no escopo da instituição arbitral assim proceder.³⁶

O mais comum na arbitragem institucional é a Câmara de Arbitragem constituir um Comitê formado pelos integrantes do corpo de árbitros. Assim dispõe o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP no item 7.3:

Arguido o impedimento ou a suspeição do árbitro, a qualquer tempo, será concedido prazo para que o árbitro impugnado manifeste-se, bem como as partes se assim desejarem. A matéria será decidida por um comitê formado por 03 (três) integrantes do Quadro de Árbitros da Câmara, designado pelo Presidente da Câmara.

O Regulamento do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil Canadá – CAM/CCBC, no item 5.4:

As partes podem impugnar os árbitros por falta de independência, imparcialidade, ou por motivo justificado no prazo de 15 (quinze dias) do conhecimento do fato, sendo a impugnação julgada por Comitê Especial constituído por 3 (três) membros do Corpo de Árbitros nomeados pelo Presidente do CAM/CCBC.

9. Requerimento de impugnação de árbitro. Comitê julgador. Decisão do comitê

Tomemos como referência os regulamentos de arbitragem do CAM-CCBC e da CAM CIESP/FIESP que indicam a constituição do comitê julgador, mas não disciplinam o procedimento de impugnação a ser seguido por esse comitê, para avaliar e julgar a impugnação de árbitro. Dessa forma, o recomendável e possível diante das características presentes neste procedimento especial em que, como ressaltado, não se instaura um “contraditório”, mas a apresentação das alegações da parte que pretende impugnar o árbitro pelos motivos abordados nas seções precedentes, deve fazê-lo endereçado ao presidente da instituição arbitral.

Esse requerimento de impugnação de árbitro deve ser redigido de forma objetiva, esclarecendo os motivos da impugnação em redação precisa, com urbanidade e elegância. Estará desconforme com os objetivos do instituto da impugnação atacar o árbitro de forma agressiva e desproporcional, para demonstrar que ele não pode ser árbitro ou continuar como árbitro. O árbitro, por óbvio, não é o *ex adverso* da parte. O árbitro *está* árbitro. Esse mister não é sua profissão. Está naquele caso específico atuando e exercendo *munus publicum* temporário.

Para o árbitro, como acima mencionado, não há nenhum demérito em ser impugnado, pois faz parte do sistema arbitral verificar a possibilidade ou não dele poder atuar naquele caso específico, em razão das partes, da matéria tratada, em decorrência de suas atividades profissionais pregressas etc. Também quando um árbitro diante de uma impugnação apresenta sua renúncia, em nenhuma hipótese a sua renúncia poderá ser considerada com aceitação dos fatos alegados na impugnação.

Ao receber a impugnação, a Câmara deve dar ciência aos demais árbitros e as partes. Neste momento, o árbitro impugnado deverá seguir o que for estabelecido pela Câmara, que poderá de imediato conceder prazo para o árbitro e a outra parte se manifestar, ou determinar que isso seja efetuado diretamente ao Comitê julgador a ser constituído.

Seja nesse momento prévio à instituição do Comitê, seja na manifestação do árbitro posterior, ele deve ater-se a prestar informações sobre os fatos alegados pela parte que o impugnou, bem como ter em mente que não está redigindo uma defesa, mas apenas prestando informações pontuais, esclarecendo os fatos mencionados pela parte.

O papel do árbitro nesse momento, repise-se, não é de se defender. Ele não está sendo acusado. Foram-lhe apresentados motivos que supostamente o impediriam de permanecer como árbitro naquele caso específico. Com a serenidade necessária deve somente prestar as informações solicitadas, por mais veementes (e às vezes indelicadas) que sejam as palavras lançadas pela parte que o impugna (em total desalinho, reitere-se, com o instituto da impugnação do árbitro). É esta postura isenta que garantirá a manutenção da independência e imparcialidade do árbitro. Como acentua Carmona “o árbitro, como se vê, terá que mostrar habilidade, tranquilidade e preparo para lidar com a delicada situação”.³⁷

Por ser um procedimento célere – que não tem o objetivo de ser um procedimento parasita que obstaculize mais do que o tempo mínimo necessário o processamento regular da arbitragem –, o Comitê, se entender possui todos os elementos para decidir, exarará sua decisão opinando pela manutenção ou afastamento do árbitro.

Pode também o Comitê entender ser adequado conceder prazo para que todos, partes e árbitro impugnado se manifestem novamente. Esse rito deve ser disposto previamente pelo Comitê numa resolução ou ordem esclarecendo o procedimento e conceder às partes e ao árbitro impugnado o direito de se manifestar. Poderia, por exemplo, conceder o prazo de 10 (dez) dias para o árbitro apresentar suas informações e, em igual período, solicitar às partes, caso queiram, apresentar novamente suas razões. Em seguida, no prazo de 30 dias (ou em outro prazo) o Comitê expedirá sua decisão fundamentada. Se a impugnação for acolhida, a parte que

indicou o árbitro que foi impugnado será convidada a indicar novo árbitro. Se o árbitro impugnado for mantido, a arbitragem retorna seu regular processamento. A decisão do comitê julgador não comporta revisão ou recurso e é terminativa.

10. Conclusão

A previsão de impugnação de árbitro tem como objetivo garantir que todos os integrantes de um tribunal arbitral sejam independentes e imparciais e que estes tenham a confiança das partes. Este sistema funciona e atende às necessidades da prática arbitral.

A impugnação de árbitro não se presta para outros objetivos, tais como quando a parte observa que provavelmente a sentença não lhe será favorável, procura criar incidentes para dar azo à impugnação de árbitro. Na doutrina estrangeira, menciona Tamar Cavalieri, a ocorrência de impugnações frívolas, ataques espúrios à independência do árbitro, e a adoção de táticas frequentes denominadas de *"black art challenges"*: impugnações levantadas com escusos intuitos de protelar a arbitragem ou de privar a parte contrária do árbitro de sua escolha³⁸, devem ser severamente coibidas. Constituem a violação dos princípios mais básicos de boa-fé³⁹ e da lealdade processual. Essas patologias devem ser afastadas.

Por fim, verifica-se que a independência e a imparcialidade do árbitro, o dever de revelação e a impugnação (e recusa) do árbitro, conceitos adequadamente dispostos e utilizados, outorgam a segurança necessária à arbitragem, garantem às partes instrumentos para controlar a atuação do julgador e para este, o árbitro, a certeza de exercer seu mister consoante determinado na Lei de Arbitragem (arts. 13, § 6.º e 21, § 2.º).

Pesquisas do Editorial

- IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO DO ÁRBITRO: O DEVER DE REVELAÇÃO, de Fernando Silva Moreira dos Santos - RArb 35/2012/35
- DEVER DE REVELAÇÃO DO ÁRBITRO: EXTENSÃO E CONTEÚDO. INEXISTÊNCIA DE INFRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL, de Luiz Olavo Baptista - RArb 36/2013/199
- O DEVER DE REVELAÇÃO DO ÁRBITRO, O CONCEITO DE DÚVIDA JUSTIFICADA. QUANTO A SUA INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE (ART. 14, § 1.º, DA LEI 9.307/1996) E A AÇÃO DE ANULAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL (ART. 32, II, DA LEI 9.307/1996), de Selma Maria Ferreira Lemes - RArb 36/2013/231
- EL DEBER DE REVELACIÓN DEL ÁRBITRO , de Carlos Alberto Matheus López - RIDP 2/2015/249