



VIVIANE TOZZI MORO

**O DIREITO DE APONTAR O ÁRBITRO DE PARTE E A
INDEPENDÊNCIA DESTA**

Dissertação com vista à obtenção do grau
de mestre em Direito, na especialidade de
Direito Forense e Arbitragem.

Orientadora:

Doutora Maria Helena Brito, Professora da Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Março de 2019



VIVIANE TOZZI MORO

**O DIREITO DE APONTAR O ÁRBITRO DE PARTE E A
INDEPENDÊNCIA DESTE**

Dissertação com vista à obtenção do grau
de mestre em Direito, na especialidade de
Direito Forense e Arbitragem.

Orientadora:

Doutora Maria Helena Brito, Professora da Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Março de 2019

DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO ANTI PLÁGIO

Declaro por minha honra que a presente dissertação é original e que todas as citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grande falta ética e disciplinar.

Lisboa, 15 de março de 2019.



Viviane Tozzi Moro

DEDICATÓRIA

Aos meus pais e irmão, cujo apoio e amor são a maior fonte de inspiração diária. Ao meu querido avô Paulo, cujo ideal de justiça e a crença no direito fizeram com que eu me tornasse advogada.

AGRADECIMENTOS

Desde o término da graduação, em 2013, sonhei com a possibilidade de estudar no exterior e cursar o mestrado em outro país. Durante os quatro anos em que sonhei com este momento, até a conclusão desse trabalho, devo expressar a minha gratidão por pessoas que contribuíram para que esse sonho se tornasse realidade.

À Professora Doutora Maria Helena Brito, orientadora da dissertação, pela dedicação, apoio e troca de ideias durante a elaboração dessa dissertação e por aceitar o desafio de me orientar à distância. Pelo compromisso diário com à excelência desde as aulas ministradas nas cadeiras de Direito Processual Europeu e International Commercial Arbitration, que me incentivaram a escrever essa tese com todo afinho e dedicação. Sempre me lembrarei com carinho do conhecimento compartilhado dentro e fora da sala de aula.

Aos meus queridos pais que me apoiaram neste projeto internacional e que compartilharam dos períodos mais difíceis dessa jornada, sempre auxiliando para que eu realizasse esse sonho. Ao meu querido irmão por muitas vezes acreditar mais no meu potencial do que eu mesma e ser um eterno incentivo para que eu seja uma pessoa melhor.

Aos queridos amigos da Rua Antonio Pedro, por terem me proporcionado a melhor experiência internacional e me apresentado com um verdadeiro lar fora do meu país.

Aos meus queridos amigos brasileiros residentes em Lisboa, por me lembrarem constantemente do nosso querido Brasil e por todo apoio durante essa jornada. A minha querida amiga Maria Rita, por embarcar neste projeto junto comigo e por ser minha família durante o período do mestrado.

À Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, todos os funcionários, professores e colegas de turma do mestrado, pelo acolhimento e compreensão na resolução dos problemas e principalmente pela troca de conhecimento durante o período de aulas do mestrado.

EPÍGRAFE

“Most studies of arbitration are devoted to discussions about the applicable law or the various procedural rules. It seems far more important to try to analyze how and why arbitrators make up their minds”.

**Robert Coulson, President
American Arbitration Association, 1990.**

MODO DE CITAR E OUTRAS CONVENÇÕES

As referências bibliográficas seguem as normas de estilo das Normas Portuguesas n.ºs 405-1 e 405-4 do Instituto Português da Qualidade. Cumpre prestar os seguintes esclarecimentos:

– Os elementos bibliográficos consultados serão referidos em nota de rodapé, conforme os números inseridos no texto em expoente. Na bibliografia aparecerá uma identificação completa desses elementos, organizados por ordem alfabética e, no caso das obras do(s) mesmo(s) autor(es), por ordem cronológica do mais antigo ao mais recente.

– No texto, a primeira referência bibliográfica de monografias conterà com APELIDO(s), Nome(s), *Título da Obra*, vol./ed. (se aplicável), local, ano de publicação, p./pp.. As seguintes apresentarão APELIDO(s), Nome(s), *Título da Obra (abreviado)*, cit., p./pp.. Referências idênticas para teses, dissertações e outros trabalhos académicos.

– Caso a referência bibliográfica no texto diga respeito a partes, volumes ou contribuições em monografias, a primeira referência conterà com APELIDO(s), Nome(s), “Título”, *in Título da Obra*, vol./ed. (se aplicável), local, ano de publicação, p./pp.. Nas referências de publicações periódicas aparecerá APELIDO(s), Nome(s), “Título”, *Título da publicação*, local e vol./n.º (se aplicável), ano de publicação, p./pp.. As seguintes incluirão APELIDOS(s), Nome(s), “Título (abreviado)”, cit., p./pp..

– Os livros ou artigos eletrônicos seguirão as especificações enunciadas *supra*, consoante o tipo de documento, com exceção para a inclusão da expressão “[Em linha]”.

– Os recursos eletrônicos incluídos ao longo do texto conterão a ligação <URL> da página da internet específica e uma menção à data de consulta. Na bibliografia aparecerá a ligação <URL> da página da internet geral e a menção à data da última consulta.

- As referências bibliográficas em nota de rodapé serão apresentadas por ordem cronológica, do mais antigo ao mais recente. Caso duas ou mais referências bibliográficas apresentem a mesma data (mês e/ou ano), será feita uma apresentação por ordem alfabética dessas mesmas referências. Além disso, por uma questão de economia textual, as referências bibliográficas do mesmo autor na mesma nota de rodapé serão apresentadas de forma seguida.
- As citações de obras estrangeiras, realizadas ao longo deste trabalho, serão realizadas na língua original. Sempre que se figure necessário, a autora esclarecerá as citações.
- As citações de obras de língua portuguesa serão realizadas de forma integral e sem alterações, mesmo as que são redigidas de acordo com o antigo acordo ortográfico.
- Na redação desta dissertação será utilizado o novo acordo ortográfico, em vigor desde 2009.
- Devido à limitação do número de caracteres, a presente dissertação conta com uma lista de abreviaturas, acrónimos e siglas que serão utilizados ao longo do texto.

LISTA DE ABREVIATURAS, ACRÔNIMOS E SIGLAS

al.	alínea
als.	alíneas
art.	artigo
arts.	artigos
CCI	Câmara de Comércio Internacional (<i>International Chamber of Commerce</i>)
CAC	Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa
IBA	International Bar Association
ICSID	International Center for Settlement of Investment Disputes
LCIA	London Court of International Arbitration
SIAC	Singapore International Arbitration Centre
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>)
cf.	conferir
Consult.	Consultado(a)
coord.	coordenação de, coordenador(a)
dir.	direção, dirigido(a) por
ed.	edição, editado(a) por
<i>et. al.</i>	e outros
<i>Ibidem</i>	no mesmo lugar
<i>Idem</i>	o mesmo, da mesma maneira
<i>in</i>	em
n.º	número
n.os	números
Op. Cit.	Opere Citato

org.	organização, organizado(a) por
p.	página
pp.	páginas
publ.	publicação
RArb	Revista de Arbitragem
reimp.	reimpressão
ss.	seguintes
<i>supra</i>	acima
Vol.	Volume

DECLARAÇÃO DE NÚMERO DE CARACTERES

Declaro por minha honra que o corpo da presente dissertação apresenta 121.005 caracteres de texto, incluindo notas de rodapé e espaços.

Declaro ainda que o resumo, na sua versão em língua portuguesa, ocupa 1.095 caracteres, incluindo espaços, e 1.141 caracteres na sua versão em língua inglesa.

Lisboa, 15 de março de 2019.



Viviane Tozzi Moro

RESUMO

Um dos pressupostos da arbitragem, e uma de suas vantagens, é a possibilidade de as partes decidirem livremente acerca da forma como conduzirão o procedimento, o número de árbitros e quais os árbitros que irão apreciar o litígio, desvinculando-se das regras pré-estabelecidas e da morosidade do sistema judiciário estatal.

Após a formação do tribunal arbitral, os árbitros têm o dever de independência e imparcialidade em todo o julgamento. A prática revela, no entanto, que nem sempre as partes confiam integralmente na imparcialidade e independência do árbitro que foi indicado pela outra parte. O árbitro pode, ainda, se sentir tentado a defender a parte que lhe indicou, principalmente com a emissão de votos dissidentes, na qual demonstra não concordar com toda ou parte da sentença arbitral. Este trabalho se propõe a analisar o direito das partes indicarem seu árbitro, bem como a relação de confiança das partes no tribunal arbitral e a imparcialidade e independência dos árbitros.

Palavras-chave: Arbitragem; Escolha dos árbitros; Imparcialidade; Independência; Votos Dissidentes.

ABSTRACT

One of the features of arbitration, and one of its advantages, is the possibility for the parties to decide on how they will conduct the procedure, choose the number of arbitrators and which arbitrators will judge the dispute, dissociating themselves from the pre-established rules and the slowness of the state judicial system.

After the arbitral tribunal formation, the arbitrators have the duty of independence and impartiality throughout the trial. Practice shows, however, that the parties do not always fully rely on the impartiality and independence of the arbitrator who has been appointed by the other party. It may also occur that the arbitrator is tempted to defend the party that has appointed him, mainly by issuing dissenting opinions, which shows that he or she does not agree with all or part of the arbitral award. This thesis analyzes the right of the parties to appoint their arbitrator, as well as the relationship of trust of the parties in the arbitral tribunal and the impartiality and independence of the arbitrators.

Key-words: Arbitration; Choice of arbitrators; Impartiality; Independence; Dissenting opinions.

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO

1. Considerações gerais: Essa dissertação tem como objeto de estudo o direito de as partes indicarem os árbitros dentro de um procedimento arbitral, e a relação dessa indicação com o alcance dos princípios da imparcialidade e independência do árbitro.

A escolha do tema dessa dissertação relaciona-se com as minhas experiências, observações e críticas, primeiro como estudante de direito e participante de *moot courts* e, posteriormente, como advogada, à maneira como os árbitros são selecionados para compor o tribunal arbitral, as expectativas das partes com o procedimento arbitral e a confiança de ambas as partes no tribunal arbitral.

A arbitragem é um meio alternativo de resolução de conflitos e seu consolidado sistema é louvável, principalmente no Brasil, em que o número de processos judiciais cresce exponencialmente, sem que os servidores públicos consigam responder satisfatoriamente à crescente demanda.

Internacionalmente, a ferramenta da arbitragem possibilitou o acesso de investidores em mercados estrangeiros, e confere as empresas e Estados um meio internacional para resolução dos litígios, que inspira maior confiança e autonomia às partes.

A forma de composição do tribunal arbitral inspirou o meu interesse principalmente pela possibilidade de as partes escolherem as pessoas que irão proferir a sentença que colocará fim ao litígio, bem como por essas mesmas partes serem as responsáveis, direta ou indiretamente, pelo pagamento da remuneração desses árbitros, características inexistentes nas cortes estatais.

Muito embora seja um sistema consolidado, a arbitragem não está imune às críticas e deturpações, inerentes ao processo de desenvolvimento da mesma. Nesse

aspecto, a atuação como advogada, me fez observar certos comportamentos, como a indicação reiterada de alguns árbitros, os chamados “árbitros profissionais”, e até mesmo a pesquisa realizada pelas partes com o objetivo de indicarem o melhor árbitro para o caso, fatores que despertaram certa curiosidade.

Posteriormente, nas aulas do mestrado, tive a oportunidade de ouvir a professora Catherine Rogers, da Universidade Queen Mary de Londres, lecionando acerca do forum shopping de árbitros, das indicações reiteradas de árbitros e da proposta de alguns doutrinadores de extinção da escolha unilateral dos árbitros.

Após essa aula, meu interesse pelo estudo da forma como o tribunal é composto, das razões de escolha dos árbitros pelas partes e da relação entre o árbitro e a parte aumentaram. Ademais, me intrigava a questão da confiança das partes no tribunal arbitral como um todo, além de questionar se as partes realmente depositavam sua confiança em todos os membros do tribunal arbitral, inclusive aqueles indicados pela parte contrária.

No âmbito desta dissertação e com base nas observações descritas acima, foi delimitada a seguinte questão principal de investigação: O direito de as partes escolherem seus árbitros é um direito fundamental? A relação entre as partes e os árbitros é compatível com os princípios da independência e imparcialidade exigidos dos árbitros?

Partindo desse questionamento, analisei livros e artigos sobre a escolha dos árbitros pelas partes, selecionando materiais tanto a favor como contra a extinção da possibilidade de escolha dos árbitros. Além disso, pesquisei sobre os princípios da imparcialidade e independência e os padrões de cumprimento esperados tanto dos árbitros indicados pelas partes, como dos árbitros presidentes.

Quando iniciei a pesquisa do tema, acreditava que existia uma contradição entre a forma com a qual os árbitros eram convidados a participar do tribunal e o cumprimento dos princípios da imparcialidade e independência pelo árbitro. Durante a pesquisa, encontrei dados e julgados que demonstram que em algumas ocasiões o

árbitro encontra certa dificuldade em manter o necessário distanciamento das partes, com vistas a manter sua neutralidade.

A partir da análise dos princípios da imparcialidade e independência, e do estudo da formação do tribunal arbitral, encontrei dados estatísticos e pesquisas relacionadas ao comportamento dos árbitros dentro do tribunal arbitral e a questão da parcialidade do árbitro de parte.

Com relação a parcialidade do árbitro de parte, também foi objeto da investigação dessa dissertação a emissão de votos dissidentes pelos árbitros de parte, sua frequência e abrangência tanto na arbitragem comercial como nas arbitragens de investimento.

Para os efeitos desse trabalho de investigação, procurei não limitar as legislações objeto de análise, porém são citados em maior número de vezes a Lei Modelo UNCITRAL e o Regulamento da CCI. No entanto, a pesquisa buscou referências tanto nos regulamentos das principais câmaras de arbitragem e exemplos das mais diversas legislações, conforme o enquadramento no tema abordado.

Na realização desse trabalho deparei-me com questões delicadas e um tanto subjetivas que envolvem a relação do árbitro com a parte que o indicou. Foi desafiador estudar os motivos que levam às partes a escolher determinados árbitros, e as expectativas que as partes depositam quando optam pela arbitragem ao invés do acesso aos tribunais estaduais.

A pesquisa também envolveu certa dificuldade pela limitação de materiais que exploram a questão da parcialidade do árbitro de parte. Para muitos juristas a possibilidade de extinção da escolha unilateral dos árbitros parece uma medida drástica e injustificável, muito embora existam demonstrações da parcialidade dos árbitros de parte e as consequências desastrosas desses comportamentos. Ao que parece, partes, advogados e árbitros estão realmente apegados ao costume de indicação do árbitro, e não pretendem desvencilhar-se desse costume.

2. Estrutura da dissertação: Por se tratar de tema relativamente abrangente e subjetivo, buscou-se conduzir a pesquisa e investigação de modo a possibilitar ao leitor a compreensão dos principais aspectos relacionados ao tema com a organização do estudo em três capítulos principais.

O capítulo II analisará os pressupostos gerais que envolvem a prática de as partes escolherem seus árbitros, os argumentos favoráveis à manutenção dessa possibilidade e os argumentos daqueles que defendem a mudança da forma como o tribunal arbitral é composto. Além da análise dos argumentos, o capítulo contará com um subitem dedicado às estatísticas das pesquisas relacionadas ao comportamento das partes ao escolherem os árbitros, além do comportamento das partes com relação às recusas dos árbitros apontados pela parte contrária. O capítulo também contará com uma sessão acerca da viabilidade de manutenção dos apontamentos unilaterais.

O capítulo III versará sobre os princípios da imparcialidade e independência dos árbitros, a análise dos mecanismos que garantem a aplicação dos mesmos, notadamente do dever de revelação dos árbitros e apresentará uma comparação entre a aplicação desses princípios aos juízes estatais e aos árbitros e a aplicação dos princípios dentro do tribunal arbitral, entre os árbitros de parte e o presidente do tribunal arbitral. O capítulo ainda contará com uma análise das diretrizes trazidas pela *International Bar Association (IBA)*.

Como consequência da aplicação dos princípios da imparcialidade e independência, o capítulo IV analisará a frequência da emissão de votos dissidentes pelos árbitros e se os mesmos constituem uma ferramenta que deflagra a parcialidade do árbitro de parte, bem como se esse instrumento tem alguma relação com a formação do tribunal arbitral. Além disso, o capítulo também terá uma breve análise dos votos dissidentes no âmbito da arbitragem de investimento, com comentários acerca da frequência da utilização desses votos nos procedimentos arbitrais.

O Capítulo V, por fim, cuidará das conclusões do trabalho, descrevendo os principais elementos que foram objeto da investigação e uma síntese da resposta à questão principal.

CAPÍTULO II

O DIREITO DE INDICAR O ÁRBITRO: DIREITO FUNDAMENTAL?

A arbitragem tem como pressuposto a autonomia da vontade das partes. É através do exercício dessa autonomia que as partes decidem confiar a resolução de um litígio à terceiros, árbitros, que serão responsáveis pela emissão de uma sentença com a mesma força executiva daquelas proferidas pelos Tribunais Estatais.

A autonomia da vontade das partes é um dos princípios norteadores do procedimento arbitral, porém encontra certas limitações no princípio da igualdade das partes¹. É dizer: muito embora conferida autonomia para que as partes decidam como irão conduzir o procedimento arbitral, a igualdade entre as partes deve ser assegurada.

Uma das expressões da autonomia das partes é justamente o direito de as mesmas escolherem seus árbitros, os chamados árbitros de parte. A liberdade conferida às partes para que escolham as pessoas que irão decidir seu caso é um dos principais atrativos da arbitragem. Em grande parte dos procedimentos, os tribunais arbitrais são compostos por três membros, sendo que dois foram indicados pelas partes.

Segundo a pesquisa “2012 International Arbitration Survey” conduzida pela escola de arbitragem internacional da Universidade de Londres Queen Mary, patrocinada pelo escritório White & Case, 76% dos entrevistados consideram que o apontamento unilateral do árbitro pelas partes, seja a melhor forma de seleção dos árbitros, em tribunais compostos por três árbitros.²

Mario Raposo afirma que: “Um dos ‘mistérios’ da arbitragem estará precisamente em que um árbitro unilateralmente designado passa a ser árbitro das duas

¹ Tanto a Lei Brasileira de Arbitragem como a Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa são expressas ao assegurar a igualdade das partes em todo o procedimento arbitral (art. 21, §2º e art. 30, 1, b, respectivamente).

² 2012 International Arbitration Survey. Disponível em:

http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2012_International_Arbitration_Survey.pdf. Consulta em: 21.1.2019.

partes, em inteiro pé de igualdade”³.

Ao escolherem um árbitro as partes podem considerar uma série de fatores que pensam ser essenciais para a participação do profissional no tribunal. É comum que as partes procurem profissionais que sejam favoráveis às posições que as mesmas vão defender, o que não significa que as partes poderão contar com um verdadeiro advogado dentro do painel julgador.

A possibilidade de escolher o árbitro responsável pelo julgamento do conflito dá a parte a sensação de que tem um maior controle dos riscos envolvidos na arbitragem e uma maior confiança no instituto como um todo. A confiança que as partes depositam no instituto é essencial, principalmente para que a parte aceite uma possível sentença desfavorável aos seus interesses.

Nesse contexto, ainda mais relevante o questionamento proposto por Mario Raposo uma vez que, após a constituição do tribunal arbitral, as partes devem confiar em todos os profissionais, inclusive naquele apontado pela parte contrária. Ao árbitro caberá julgar de forma independente e imparcial, sem se deixar influenciar pela indicação que o colocou naquela posição.

Após a instalação do conflito entre as partes, é comum que essas empreguem esforços para provar que estão certas, e a escolha do árbitro com a missão de julgar o litígio torna-se ainda mais relevante. Sob esse aspecto, parece ilusório crer que as partes depositem a mesma confiança no árbitro por elas indicado e no árbitro escolhido pela parte contrária.

A observação do comportamento das partes com relação à escolha de seus árbitros e as expectativas que essas depositam no árbitro, criou espaço para que se questionasse acerca do direito de escolha dos árbitros, ou seja, se o mesmo consiste em um direito fundamental ou se poderia ser extinto.⁴

³ RAPOSO, Mario, *O estatuto dos árbitros*, in Revista da Ordem dos Advogados, 2007 (Vol. II), set.2007, disponível em www.oa.pt.

⁴ “*A doutrina francesa considera ilusório esperar que, ao escolher unilateralmente um membro do colégio arbitral, a parte não procure nele senão um advogado exclusivamente encarregado de defender sua posição, pelo menos um árbitro favoravelmente disposto a seu favor*”. Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999, p. 590.

Aliado às questões psicológicas inerentes aos motivos que levam às partes escolherem seus árbitros, a prática demonstrou que em muitas situações os árbitros de parte agem como verdadeiros advogados das partes que os indicaram, gerando uma desconfiança acerca da imparcialidade e independência do árbitro escolhido pela parte contrária. Ademais, alguns doutrinadores enxergam na indicação unilateral apenas um expediente que favorece a atuação de partes mal-intencionadas ou mal informadas, desvirtuando a instituição da arbitragem como um todo.

A indicação unilateral dos árbitros também denuncia uma prática comum na arbitragem doméstica e internacional: a formação de grupos de árbitros que buscam favorecer às partes que os indicaram, para receber indicações para trabalhar em outros procedimentos arbitrais, posteriormente.

Carlos Alberto Carmona cita a formação de grupos em que impera a troca de favores e que abrigam os chamados “árbitros profissionais” de parte (que são indicados frequentemente pelo advogado da parte), em que passa a existir praticamente uma relação de clientela entre o árbitro e a parte. O Autor ainda diferencia esses grupos do chamado “country club”, que o Autor define como “círculos fechados de árbitros que estabeleceram relação mútua de confiança em virtude da conduta exemplar que demonstraram em casos anteriores, tratando-se, em oposição à barganha de influências, de barganha de virtudes em que a moeda de troca é o capital simbólico detido por seus integrantes”.⁵

Diferente do quanto defendido pelo aclamado Autor, a formação de grupos de árbitros, seja de árbitros profissionais ou do seletivo “country club” mencionado, enfraquece a arbitragem como um todo, revelando a fragilidade da forma de escolha

⁵ “Sob uma concepção negativa, existem os conchavos, grupos em que impera a barganha de influências e onde transitam os “árbitros profissionais” de parte (ou os árbitros que são indicados com frequência inapropriada pelo advogado da parte), pautados por trocas de favores, em relação quase clientelista. Por outro lado, há os country clubs, círculos fechados de árbitros que estabeleceram relação mútua de confiança em virtude da conduta exemplar que demonstraram em casos anteriores, tratando-se, em oposição à barganha de influências, de barganha de virtudes em que a moeda de troca é o capital simbólico detido por seus integrantes. Enquanto os conchavos geram painéis viciados, em que os árbitros padecem do pecado da gula arbitral e comportam-se de modo a angariar novas indicações entre seus pares (para presidir painéis, o que os leva à contemporização ou, por vezes, à leniência no trato de determinados argumentos), a indicação com base na confiança e em experiências anteriores conduz a uma experiência positiva, em que imperam a confiança recíproca e a discussão honesta da causa, sem o objetivo de inflar o ego de outros membros do painel (presidente do tribunal em relação aos coárbitros) ou de favorecer a parte que indicou o julgador (coárbitro em relação a algum dos litigantes).” (CARMONA, Carlos Alberto. *Os sete pecados capitais do árbitro*. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 52/2017. p. 391-406).

dos árbitros.

Muito embora o tema seja delicado, e demonstre uma certa fragilidade do procedimento arbitral, para alguns Autores a melhor forma de prevenir os comportamentos desleais por parte dos advogados e das partes é alterar a forma de composição dos tribunais arbitrais, ou seja, extinguir o direito das partes de escolha dos árbitros.

A possibilidade de suprimir a escolha dos árbitros divide grande parte da doutrina internacional, sendo que os defensores da escolha unilateral dos árbitros acreditam que se trata de um direito fundamental e seria inviável abolir essa escolha.

Buscou-se analisar os principais argumentos favoráveis à manutenção da escolha unilateral dos árbitros, além dos argumentos que defendem a extinção da prática. Ademais, colaciona-se dados estatísticos que demonstram desde a preferência dos usuários da arbitragem, até o comportamento dos árbitros nos tribunais, com o objetivo de ao final responder a questão acerca da viabilidade de extinção da escolha unilateral dos árbitros e seus possíveis desdobramentos no âmbito da comunidade arbitral.

2.1 O direito de as partes escolherem os árbitros

O direito de escolha dos árbitros pelas partes consta na maioria das leis de arbitragem nacionais, bem como foi adotado pela lei modelo da UNCITRAL. Esse direito é apontado por muitos doutrinadores como uma das vantagens da arbitragem em comparação aos tribunais estatais, bem como uma expressão da autonomia da vontade das partes. Além disso, como descrito acima, a escolha unilateral dos árbitros é o método preferido entre os advogados e as partes, quando questionados acerca das formas de composição do tribunal arbitral.

O principal argumento daqueles que defendem a escolha dos árbitros pelas partes refere-se à confiança das partes no tribunal, característica essencial na arbitragem.

Ao escolherem se submeter ao procedimento arbitral, as partes têm expectativas. Especificamente com relação à escolha dos árbitros, as partes geralmente defendem a opção justamente por criarem duas expectativas: (1) a sensação de um maior controle e confiança no procedimento arbitral; (2) a ideia de que o árbitro apontado atue como um tradutor cultural, auxiliando o tribunal na compreensão de questões culturais ligadas ao litígio.

A defesa do direito de apontar unilateralmente o árbitro pode ser justificada pelo desejo, consciente ou inconsciente, das partes e dos advogados de manterem um controle maior dos resultados do litígio. Essa é uma vantagem importante da arbitragem em relação ao procedimento nas cortes judiciais, a escolha da pessoa que irá julgar o litígio aproxima às partes do procedimento, logo, aumenta a confiança das mesmas no procedimento como um todo.⁶

⁶ *“But unilateral appointments serve a broader purpose: by appointing an arbitrator, the parties – rightly or wrongly – get a sense of proximity with the process. Unilateral appointments give the parties the impression that they control the arbitration, and that is an important difference between arbitration and court litigation. The parties’ trust in the arbitral process is not the arithmetical addition of each individual party’s own trust in its own appointee; it is more a matter of collective trust in the system as a whole, a trust which rests on a variety of factors, amongst which the perception of proximity and control is an important one. From that perspective, little comparison can be drawn between arbitration and the experience of international courts.”* (MOURRE, Alexis. Part I: International Commercial Arbitration, Chapter 20: Are Unilateral Appointments Defensible? On Jan Paulsson’s Moral Hazard in International Arbitration’, in Stefan Michael Kroll, Loukas A. Mistelis, et al. (eds), International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution, Kluwer Law International, 2011, pp. 381-386.

A expectativa de que o árbitro apontado pela parte possa garantir um melhor entendimento do caso e da cultura da parte pelos demais membros do tribunal arbitral tem grande relevância no âmbito da arbitragem internacional. Bishop and Reed apontam que:

*“It is also generally recognized that the party-appointed arbitrators may ‘serve’ the appointing party in the limited sense –consistent with deciding the case impartially – of ensuring that the presiding arbitrator selected will not be inimical to the party’s case, ensuring that the party’s case is understood and carefully considered by the panel, ‘translating’ the party’s legal and cultural system (and occasionally the language) for the benefit and understanding of the other arbitrators, and ensuring that the procedure adopted by the panel will not unfairly disadvantage the appointing party”.*⁷

Seria inapropriado supor que, podendo escolher, a parte optasse por um árbitro contrário ao direito defendido. No entanto, as expectativas depositadas no árbitro podem revelar uma fragilidade do procedimento arbitral, bem como causar sérios riscos de incumprimento do dever de imparcialidade e independência do árbitro. Mesmo dentro daqueles autores que defendem a continuidade da escolha dos árbitros pelas partes, existem críticas à presunção de que os árbitros devem agir como “tradutores culturais” das partes.

Ao assumir que os árbitros indicados pelas partes possuem um papel de “tradutor cultural”, existe um risco de desequilíbrio entre os árbitros apontados. Em sua grande maioria, as regras aplicadas ao procedimento arbitral não preveem este comportamento especial, logo, um dos árbitros pode agir dessa determinada forma e o outro não, gerando um desequilíbrio no tribunal. Neste diapasão, em que a confiança das partes é essencial ao procedimento, qualquer aparência de parcialidade poderá comprometer o procedimento como um todo.⁸

⁷ BISHOP and REED. *Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party- Appointed Arbitrators in International Arbitration*, p. 405.

⁸ Nesse sentido: *“There is a tension between ensuring that a party’s case is properly understood and appreciated by the co-arbitrators and the requirement to stay independent and impartial. The slightest appearance of impropriety may destroy the confidence of the other members of the tribunal”*. (LEW, MISTELIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, par. 11-51.

Além dos benefícios com relação à confiança das partes na arbitragem, Gary Born defende a escolha dos árbitros pelas partes com a finalidade de que os objetivos da arbitragem internacional sejam alcançados. Esses objetivos incluem árbitros competentes, experientes e disponíveis, que poderão adotar procedimentos arbitrais genuinamente internacionais e neutros, ao invés de conduzir o processo de acordo com os interesses e expectativas de uma das partes. O autor defende que a melhor forma de deixar isso acontecer é através da escolha unilateral dos árbitros pelas partes, que são as maiores interessadas nessa escolha e que possuem as informações que justificam a escolha.⁹

Catherine Rogers defende que a indicação de árbitros pelas partes também auxilia na constante provocação do tribunal, incentivando e propondo novas soluções ao litígio, o que pode ajudar nas deliberações, prevenindo que os árbitros sejam vítimas de um fenômeno descrito como “groupthink”. A Autora¹⁰ explica que o conceito foi desenvolvido pelo psicólogo Irving Janis, o qual demonstrou que o fenômeno poderia ocorrer quando as capacidades de tomada de decisão de um painel são afetadas pela sutil pressão dos pares em busca de unanimidade.”¹¹.

A indicação unilateral dos árbitros seria mais benéfica do que a simples escolha de árbitros pelas instituições arbitrais ou proveniente de uma lista previamente preparada pelos centros de arbitragem, justamente por formar um tribunal diversificado, com diferentes ideias e propenso a uma melhor solução do litígio.

Neste sentido, as alterações promovidas na Lei de Arbitragem Brasileira (Lei nº 13.129/2015) incluíram a possibilidade de as partes afastarem a escolha dos árbitros restrita à lista de nomes disponibilizada pelas câmaras de arbitragem¹².

⁹ BORN, Gary. “*International Commercial Arbitration*”. 2nd edition, Kluwer Law International, 2014, pp. 1636-1961.

¹⁰ ROGERS, Catherine A., “*Ethics in International Arbitration*”, Oxford University Press, 2014, Chapter 8, par.8.53.

¹¹ Em seu livro, a Autora Catherine Rogers cita uma passagem do livro de Irving L. Janis, “*Victims of Groupthink*”, Houghton Mifflin, 1972.

¹² Art. 13, § 4º da Lei nº 13.129/2015: As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável.

A escolha dos árbitros pelas partes é uma prática consolidada na arbitragem, seja ela nacional ou internacional, sendo certo que essa escolha remonta o período da Grécia antiga. Muito embora traduza uma das facetas da autonomia da vontade das partes, existe uma linha tênue entre as condutas do árbitro que são aceitáveis e apropriadas e aquelas que podem colocar em risco a confiança das partes no tribunal como um todo, o que não se coaduna com os princípios gerais do instituto.

2.2 Supressão da possibilidade de indicação unilateral dos árbitros

Como apontado anteriormente, a prática da escolha unilateral dos árbitros pelas partes trouxe questionamentos acerca da real intenção das partes ao defenderem essa possibilidade, da real função do árbitro indicado pela parte e de sua imparcialidade e independência. Muitas vezes a indicação do árbitro deixa de expressar a autonomia da vontade das partes e uma das maiores vantagens do procedimento arbitral, e torna-se fonte de desconfiança das partes no procedimento.

O professor Jan Paulsson é um dos principais defensores da abolição da prática, defendendo que as partes não possuem o direito de indicar um árbitro, muito menos que esse direito é fundamental e insubstituível. O Autor defende que o conceito que permite que as partes escolham seus árbitros nasce da confiança que ambas as partes possuem no Tribunal Arbitral. Nesse aspecto, o Autor acredita ser ilusório considerar que uma parte teria confiança no árbitro indicado por seu oponente.¹³

Especificamente em relação a confiança das partes nos árbitros selecionados e a sensação de maior controle do procedimento arbitral, Jan Paulsson argumenta que:

“This sounds good, especially to anyone who has experienced the anguish of facing a generalist judge who has an insufficient understanding of a highly specialised legal problem. Yet the answer does not lie in unilateral appointments. It would be naïve to think that Party A will appoint an arbitrator having particular qualifications in order to make Party B feel better about the whole thing. The reality is that everything a party does once a dispute has broken out is focussed on winning. Party A may insist the dispute requires the insights of someone well versed in assessing the critical path of an engineering project, while Party B asserts that the true relevant expertise lies in the purely legal subject of fraud in the inducement under the law of Erewhon. The answer, once again, does not lie in unilateral appointments”.

¹³ PAULSSON, Jan. *Moral Hazard in International Dispute Resolution*, Miami (2010), disponível em https://www.arbitration-icca.org/media/4/69377396990603/media012773749999020paulsson_moral_hazard.pdf.

Considerando que, uma vez surgido o litígio, as partes estão menos dispostas a cooperação e mais focadas em provar que estão corretas, a escolha dos árbitros pode se transformar em uma oportunidade para que as partes tentem exercer controle na constituição do tribunal arbitral, fazendo valer a sua vontade, desvirtuando o real conceito do apontamento unilateral dos árbitros.

A relação das partes com a indicação dos árbitros, com a ilusão de que possuem mais chances de que o árbitro apontado vote em seu favor, ajudando a ganhar o caso, também é ilusória. Nos tribunais compostos por três árbitros, o voto de minerva sempre é do presidente do tribunal.

Nesse sentido, Jennifer Kirby, que trabalhou durante 5 anos na CCI, ao narrar as práticas observadas durante o trabalho desenvolvido na instituição, aponta que existem apenas três tipos de decisões tomadas pelo tribunal arbitral: (1) a decisão unânime, onde todos os árbitros concordam e (2) a decisão pela maioria do tribunal, em que o presidente e o árbitro indicado pela parte vencedora concordam, e o árbitro indicado pela parte que perdeu costuma divergir; e (3) a decisão tomada apenas pelo presidente do Tribunal, com a discordância de ambos os árbitros de parte. Essa possibilidade está presente em diversos regulamentos de Câmaras Arbitrais, que entendem que, caso a maioria não concorde, o voto que prevalecerá será do presidente do Tribunal. Essa é a conduta, por exemplo, na London Court of International Arbitration (LCIA)¹⁴, Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (CAC)¹⁵, CCI¹⁶, Singapore International Arbitration Centre (SIAC)^{17,18}

As ponderações da Autora demonstram que nenhum árbitro apontado pela parte irá apresentar um voto dissidente de uma sentença que favoreça a parte que o

¹⁴ Art. 26.5 das Regras de Arbitragem: “Where there is more than one arbitrator and the Arbitral Tribunal fails to agree on any issue, the arbitrators shall decide that issue by a majority. Failing a majority decision on any issue, the presiding arbitrator shall decide that issue.”

¹⁵ Art. 34.º (Deliberações do tribunal arbitral) – (...) 2 – No caso de não se formar maioria, a decisão cabe ao presidente do tribunal arbitral.

¹⁶ Article 32: Making of the Award: 1) When the arbitral tribunal is composed of more than one arbitrator, an award is made by a majority decision. If there is no majority, the award shall be made by the president of the arbitral tribunal alone.

¹⁷ Art. 32 – The award – 32.7 Where there is more than one arbitrator, the Tribunal shall decide by a majority. Failing a majority decision, the presiding arbitrator alone shall make the Award for the Tribunal.

¹⁸ KIRBY, Jennifer. *With Arbitrators, Less Can be More: Why the Conventional Wisdom on the Benefits of having Three Arbitrators may be Overrated*, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International 2009, Volume 26, Issue 3, pp. 337-355.

indicou. Tampouco parece provável que os árbitros indicados pelas partes iriam se juntar para publicar uma sentença da qual o presidente do Tribunal discorde, muito embora não existam proibições nos regulamentos das câmaras de arbitragem e nas leis nacionais.

Portanto, o voto do presidente do tribunal será decisivo para toda a arbitragem, logo, a parte que “ganhar” esse voto, será a parte vencedora. Esse argumento é utilizado na defesa dos tribunais compostos por apenas um árbitro, o que poderia ser uma solução mais econômica para as partes.

As partes também têm a crença de que os árbitros por elas indicados podem influenciar o presidente do tribunal de uma maneira mais efetiva que os árbitros escolhidos pela parte contrária. Essa crença, em grande parte dos casos, não traduz a prática do tribunal, uma vez que os presidentes costumam desconsiderar as opiniões de co-árbitros que parecem agir como advogados das partes que os indicaram¹⁹.

Ademais, ao tentar introduzir no tribunal um árbitro que esteja engajado na defesa dos interesses da parte, o próprio presidente pode duvidar da boa-fé e integridade da parte, fazendo com que a tentativa tenha um efeito contrário ao desejado.

Além de um possível desequilíbrio no tribunal, Alfonso Gómez Acebo indica outra situação desconfortável que deriva da presunção de um papel especial dos árbitros indicados pelas partes, qual seja, uma maior dedicação do árbitro para compreender o caso exposto pela parte que o indicou, sem a mesma dedicação e atenção para o caso apresentado pela parte contrária.²⁰

¹⁹ Op. Cit. 6, pags. 404-05 “noting that, “when a party-appointed arbitrator crosses the line and acts as an advocate for the appointing party, the other arbitrators, particularly the presiding arbitrator, will discount or disregard the views of such an advocate arbitrator, and thus, such conduct will rarely be successful” (citações internas omitidas).

²⁰ “An impartial and independent party-appointed arbitrator who believes that he must perform the special role of making sure that the other members of the tribunal properly understand the case of the party who appointed him may reasonably wish to first make sure that he thoroughly understands that case; and, given that a day has twenty-four hours for everyone, this may easily lead him to devote more time and attention to the ‘case’ of the party who appointed him than to the other party’s one. Whilst both party-appointed arbitrators may be genuinely impartial and see such a special role just as an allocation of tasks within the arbitral tribunal, the differences between the two party-appointed arbitrators may introduce a bias in the arbitral process, a kind of consequential bias, in the form of an advantage for the party who chooses the most intelligent, diligent or zealous arbitrator”. (GÓMEZ-ACEBO, Alfonso. “*Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*”, International Arbitration Law Library, Volume 34, Kluwer Law International, 2016, pp. 97-144).

O autor concluiu ponderando que, caso não acordado entre as partes, não se deve presumir que as mesmas esperam um tratamento diferenciado de seus árbitros, cabendo aos árbitros agirem de maneira imparcial e independente, dedicando igual atenção ao caso como um todo e garantindo que o caso de ambas as partes seja igualmente analisado e ponderado.

Os argumentos utilizados para defender a manutenção da escolha unilateral dos árbitros, de que as partes possuem uma sensação de controle e confiança quando do exercício dessa escolha, parecem constituir uma percepção falaciosa do que realmente acontece na prática, podendo mascarar apenas intenções egoístas das partes, tentando angariar vantagens antes mesmo do início do procedimento arbitral.

Como salientado acima, existe também uma percepção que o árbitro da parte supostamente possa funcionar como um tradutor cultural das partes, auxiliando os demais membros a compreenderem peculiaridades do caso e prestando uma atenção especial ao caso da parte que o apontou. A percepção de que o árbitro possa ser um tradutor cultural, ajudando com que a parte obtenha vantagens no julgamento, parece, novamente, pôr em xeque a seriedade da arbitragem, resultando nos mesmos problemas tratados com relação à confiança das partes no Tribunal.

A preocupação das partes em ter um tradutor cultural dentro do tribunal arbitral parece enfraquecer a instituição da arbitragem, muito mais do que fortalecê-la. Parece, no entanto, que essa necessidade pode estar atrelada apenas ao inconsciente desejo da parte angariar vantagens quando da composição do tribunal arbitral.²¹

Se para a defesa da continuidade da escolha unilateral dos árbitros as partes argumentam que se sentem mais confiantes com a possibilidade da escolha, por confiarem no profissional por elas indicado, não conseguindo se desvincular dessa possibilidade, parece ilusório esperar que qualquer confiança seja depositada no árbitro

²¹ Sobre o tema: *“Have our expectations really sunk so low that we derive confidence and satisfaction in the process because we think one of the three adjudicators will attend to our case carefully and give it the attention it is due? After all, the implicit suggestion is that one can have no confidence in the attentiveness, neutrality, and impartiality of anyone on the tribunal apart from one’s own appointee, ironic as that may sound. I do not understand this because it runs counter to the most basic expectation of neutrality and impartiality that is surely fundamental to the arbitral process.”* (MENON, Sundaresh. 'Adjudicator, Advocate, or Something in Between? Coming to Terms with the Role of the Party-appointed Arbitrator', *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2017, Volume 34, Issue 3, pp. 347-372).

escolhido pela parte contrária.

Jan Paulson alerta para uma questão psicológica que poderia justificar a necessidade de um tradutor cultural: o medo de ser tratado como um estrangeiro dentro do Tribunal. O Autor pondera que a escolha unilateral do árbitro não resolveria o problema, uma vez que somente um Tribunal verdadeiramente neutro e que tem a confiança de ambas as partes poderia diminuir esse risco, o que, segundo o Autor, não acontece quando as partes apontam seus árbitros. Olvida-se do objetivo principal: a busca por um árbitro em que ambas as partes confiem.²²

Existe, ainda, a crença de que os tribunais compostos por três árbitros, sendo que dois deles escolhidos unilateralmente, trazem mais benefícios ao caso concreto, relacionando a quantidade de árbitros com a qualidade do julgamento, e, conseqüentemente, da sentença arbitral.

A observação e pesquisa dentro da CCI, conduzidas pela jurista Jennifer Kirby, apontou que diversos árbitros de parte assumem uma posição de defesa da parte que os indicou, com a utilização de expedientes durante os procedimentos arbitrais com intuito de favorecer uma das partes. A autora nomeia esses profissionais como “*arbitres terroristes*”, e cita como exemplos desse tipo de conduta a comunicação do árbitro com a parte que lhe indicou, alegando que está indisponível ou doente, pouco tempo antes das audiências, afirmando que foi excluído das deliberações, encorajando a parte que o indicou à impugnar a sentença ou as indicações da parte contrária, liberando informações confidenciais para a parte que o indicou, atrasando a publicação de uma sentença por não assiná-la ou enviando cópia dessa sentença à parte que o indicou, no caso de não concordar com a sentença, se demorando meses para emitir um voto dissidente ou, por fim, emitindo um voto dissidente que pode comprometer a executoriedade da sentença, tema que será tratado no último capítulo dessa dissertação.²³

²² Op. Cit. 13: “Now this is a matter of the highest importance, but unilateral appointments are more likely to exacerbate the problem than to resolve it. The real answers lie in ensuring that the arbitration process is inclusive, so that no one is “a foreigner,” and in enhancing the confidence both sides have in the institutions charged with the essential task of ultimately appointing truly neutral and able arbitrators”.

²³ Op. Cit. 18, pp. 344-45.

A Autora defende que em muitos procedimentos os árbitros indicados pelas partes relegam grande parte do trabalho ao presidente do tribunal, não agindo de acordo com as expectativas das partes. Ademais, essas atitudes ameaçam a qualidade, aumentam os custos e a duração do procedimento e podem prejudicar a execução da sentença arbitral. Os problemas apontados pela Autora não ocorrem nos tribunais compostos por apenas um árbitro, ou não ocorreriam se a maneira de composição do tribunal fosse alterada.

Essas informações, somadas ao fato de que o voto crucial dentro do tribunal é do presidente, indicam que a percepção acerca das vantagens em se ter um tribunal composto por três árbitros podem estar distorcidas e representarem apenas um costume do qual as partes não pretendem se abster por comodidade.

A escolha unilateral dos árbitros, que em princípio demonstrava uma vantagem do procedimento arbitral em comparação aos tribunais estatais, também revelou a prática de árbitros que trocam favores por nomeações futuras.

A Lei Brasileira de Arbitragem foi alterada em 2015. Ao comentar as alterações na lei brasileira de arbitragem, José Rogério Cruz e Tucci apontou justamente para a verdade inconveniente que muitos juristas insistem em ignorar:

“Seja como for, é fato que em muitas arbitragens, sobretudo em boa parte daquelas que se desenrolam em São Paulo, a experiência tem demonstrado o hábito de que quando um determinado árbitro é escolhido, já se presume, de antemão, quem será o presidente e vice-versa, quando aquele que antes fora apontado como presidente, é eleito árbitro, já se sabe, com muita probabilidade, quem irá presidir o painel arbitral.(...) E isso sem mencionar outras hipóteses ainda mais constrangedoras, de o mesmo profissional atuar ora como árbitro, ora como advogado, coincidindo, quase sempre, os idênticos protagonistas. A reiteração dessa situação, que já se tornou verdadeiro “costume”, também tem chamado a atenção e merecido incontáveis críticas negativas, a despeito da inegável idoneidade e capacidade dos árbitros.”²⁴

²⁴ TUCCI, José Rogério. *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. - Coord. Caio Cesar Vieira Rocha e Luis Felipe Salomão. 2015. Pp. 211-217.

Jan Paulsson sugere ao menos três alternativas à possibilidade de indicação dos árbitros pelas partes: (1) a seleção dos árbitros de maneira conjunta pelas partes; (2) a escolha dos árbitros restrita as listas previamente disponibilizadas pelas instituições; e (3) uma escolha às cegas, em que os árbitros não saibam qual das partes os indicou.²⁵

Essas soluções não estão isentas de críticas. Alexis Mourre²⁶ reconhece que os árbitros escolhidos unilateralmente pelas partes geralmente adotam uma postura para que os argumentos da “sua parte” sejam analisados e compreendidos, porém defende que simplesmente banir a escolha unilateral dos árbitros poderia acarretar em consequências indesejadas, como por exemplo, o distanciamento da comunidade arbitral e os usuários da arbitragem. Os árbitros poderiam olhar menos para as partes e mais para as instituições, que também possuem suas políticas internas e burocracias.

O Autor ainda aponta para o risco de evolução da cultura dos árbitros, que hoje se encontram mais perto de serem prestadores de serviços às partes, mais preocupados com as necessidades e pedidos das partes, passando para algo próximo aos servidores públicos ou, ainda pior, para árbitros políticos.²⁷

A primazia da vontade das partes na composição do tribunal arbitral não justifica a manutenção de práticas que desvirtuem a arbitragem e coloquem em risco os princípios do devido processo legal e da igualdade das partes, o qual justamente limita o alcance da autonomia da vontade das partes. Tampouco deve se considerar aceitável que tais práticas sirvam para encobrir ações que comprometem a imparcialidade, independência e neutralidade do árbitro.

²⁵ Op. Cit., p. 13.

²⁶ Op. Cit. 6, p. 385.

²⁷ Op. Cit. 6, p. 385.

2.3 Dados estatísticos

Como já citado, a escola de arbitragem internacional da universidade de Londres “Queen Mary” conduziu em 2012 pesquisa acerca das práticas e preferências referentes aos procedimentos arbitrais, com patrocínio do escritório White & Case.

Especificamente sobre a seleção dos árbitros, a pesquisa revelou que em tribunais compostos por três membros, 76% dos entrevistados preferem a escolha unilateral dos árbitros. Essa forma de seleção prevaleceu entre todos os grupos entrevistados, sendo que 71% dos advogados e 66% dos árbitros também demonstraram essa predileção.

Segundo a pesquisa *“Interviewees explained that they prefer unilateral party appointments of the two co-arbitrators for the following reasons: (i) it gives the parties control over the constitution of the tribunal and inspires confidence in the arbitral process, which consequently raises the legitimacy of the final award; (ii) parties are better placed to know what skills and knowledge are required for resolving the dispute; and (iii) many interviewees expressed some distrust in arbitral institutions selecting arbitrators. In particular, they were concerned about the small and static pool from which some institutions pick their arbitrators, and of the fact that not all institutions are paying sufficient attention to the availability of arbitrators.”*²⁸

Com relação a seleção do presidente do tribunal o inverso foi constatado: 54% dos entrevistados preferem a seleção por acordo entre as partes, 27% preferem a seleção pela instituição arbitral ou por uma autoridade e apenas 10% preferem a seleção pelas partes.

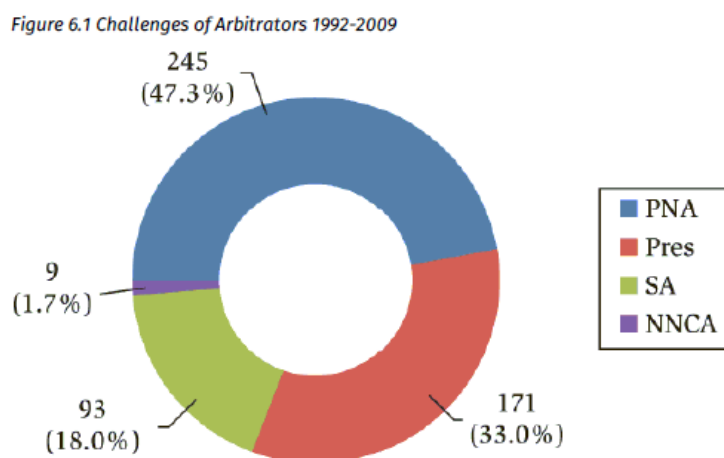
Os pesquisadores apontam que: *“The fact that there is less desire for party autonomy when selecting the sole arbitrator or chair (54%) when compared to selecting the co-arbitrators (76%) may be explained by the difficulties parties can face when seeking to agree on an arbitrator with their opposing party. Interestingly, the release of party autonomy was almost entirely in favour of selection by an arbitral*

²⁸ Op. Cit. 2.

institution or appointing authority. This method, which was preferred by only 7% for the selection of the co-arbitrators, was preferred by 27% for the selection of the sole arbitrator or the chair.”²⁹

Alfonso Gómez Acebo em seu livro “Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration”³⁰ conduziu uma pesquisa analisando resultados das recusas de árbitros apresentadas na CCI entre o período de 1992 a 2009, analisando 518 recusas no total, com intuito de obter dados do comportamento das partes em relação aos árbitros.

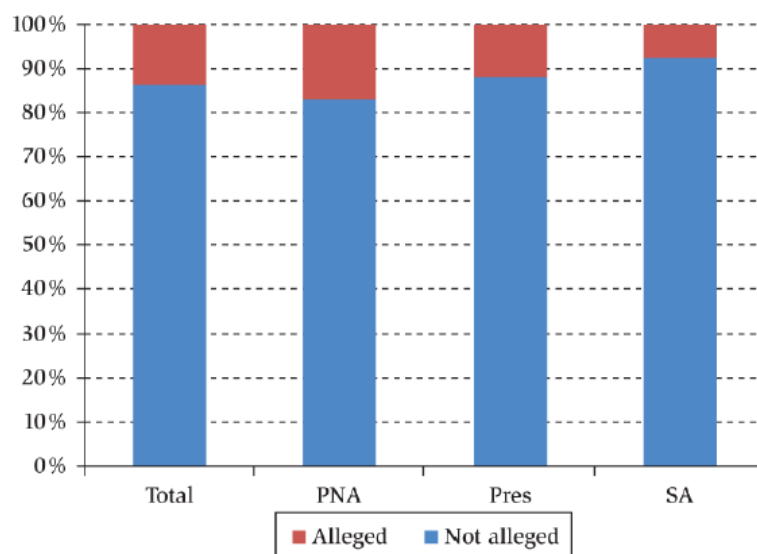
Alguns dados interessantes são mostrados pelo Autor, como por exemplo, que o número absoluto de recusas contra árbitros apontados pelas partes é maior em comparação com os pedidos apresentados contra presidentes e árbitros únicos. Os árbitros de parte foram objeto de recusa em 47,3% dos casos; os presidentes em 33% dos casos e os árbitros únicos em 18% dos casos:



Em outro gráfico, o autor demonstra a quantidade de vezes em que uma falha no dever de revelação foi utilizada para justificar a recusa do árbitro, motivo invocado em 13,7% dos casos. Esse motivo é mais frequente nas recusas apresentadas contra os árbitros indicados pelas partes (17, 1% dos casos). Em casos envolvendo os presidentes, a falha no dever de revelação é apresentada em 11,7% dos casos e nos casos de árbitros únicos em 7,5% dos casos:

²⁹ Op. Cit. 2.

³⁰ Op. Cit. 20 – Chapter 6, pp. 145-174.



O Autor demonstra que, em grande parte dos casos, a motivação do pedido de recusa são os contatos pessoais mantidos entre os árbitros e as partes. No caso de árbitros apontados pelas partes, a motivação corresponde a 91,3% dos casos; 66,6% com os presidentes e 66,6% com árbitros únicos. O segundo motivo para o pedido de recusa é a falha no dever de revelação. Esse motivo aparece em 52,2% dos pedidos de recusa de árbitros escolhidos pelas partes; 44,4% dos presidentes e 33,3% dos árbitros únicos.

2.4 O direito de apontar o árbitro não é fundamental

A Convenção de Haia sobre a Resolução Pacífica de Controvérsias Internacionais, ocorrida em 1907, previa que “International arbitration has for its object the settlement of disputes between States by Judges of their own choice and on the basis of respect for law”³¹. O texto é comumente referido como o primeiro acerca da resolução internacional de litígios e arbitragem. Gary Born sustenta que os participantes descreveram o direito das partes de escolherem os árbitros como “a right which is the very essence of arbitral justice”³².

Não se ignora a importância da autonomia das partes na arbitragem, tampouco que a escolha do árbitro é uma expressão da mesma, mas não se pode deixar de apontar que a supressão desse direito não fere os princípios do devido processo legal, da igualdade das partes ou da autonomia das mesmas, portanto, não se trata de um direito fundamental.

Apegadas cegamente à ideia e aos benefícios que a indicação unilateral proporciona, seja em relação ao controle, a confiança ou a aceitação do resultado do procedimento, as partes deixam de enxergar que a escolha unilateral dos árbitros pode ter um efeito inverso ao pretendido.

Muito embora as alternativas à escolha unilateral dos árbitros e as denúncias de graves casos em que se demonstrou a parcialidade dos árbitros de parte, a comunidade arbitral, em geral, também se mantém relutante às alternativas propostas pelos defensores da abolição dos apontamentos unilaterais.

Como demonstrado pela pesquisa conduzida pela Universidade Queen Mary de Londres, os usuários da arbitragem enxergam no apontamento unilateral um padrão e não pretendem modificá-lo. Mesmo assim, as partes podem adotar posturas com intuito de amenizar os efeitos provocados pela zona de conforto criada na comunidade arbitral e que é objeto de severas críticas.

É preciso alinhar as expectativas das partes com relação à escolha dos árbitros,

³¹ *Convenção de Haia sobre a Resolução Pacífica de Controvérsias Internacionais* – disponível em: <https://bo.io.gov.mo/bo/ii/2012/12/aviso10.asp#ptg> – acesso em 20.1.2019.

³² Op. Cit. 9, p. 1639 (quoting James SCOTT, *The Proceedings of the Hague Peace Conference, Translation of the Official Texts*, II The Conference of 1907, Meetings of the First Commission 2 (1921)).

principalmente com relação ao papel do árbitro dentro do tribunal, esclarecendo o que se espera do tribunal arbitral e dos deveres do árbitro que não poderá atuar como advogado das partes.

As partes também podem considerar a indicação de árbitros que tragam conhecimento sobre o tema objeto do litígio, e não simplesmente a indicação dentro do seletivo grupo de árbitros que atuam no contexto nacional ou internacional, especialistas em questões processuais. Não se ignora as grandes contribuições que esses nomes dão ao procedimento, mas aponto que o presidente do tribunal, em grande parte dos casos, já é indicado justamente por deter esse conhecimento. Logo, as partes possuem nas mãos a possibilidade de indicar profissionais ligados ao tema posto em debate, e que poderão acrescentar em muito nas questões substantivas do procedimento.

O impacto positivo que um profissional que detém conhecimentos sobre determinada matéria pode ter sobre o presidente do tribunal arbitral poderá ser maior e mais efetivo, além de acrescentar significativamente ao julgamento e à sentença. Ressalte-se que essa possibilidade se coaduna com as vantagens da arbitragem em relação aos tribunais estatais: a possibilidade de ter um juiz que é especialista na matéria do litígio e não simplesmente um especialista na aplicação da lei.

As partes também podem substituir a indicação de profissionais mais experientes, aqueles que pertencem aos clubes de árbitros mencionado por Carmona, por profissionais mais jovens e que estão no começo da carreira. Profissionais mais novos, muito embora não tenham a mesma experiência ou expertise, costumam ser mais engajados com relação aos documentos, argumentos e podem colaborar com a qualidade das audiências e da sentença. Ademais, alguns profissionais, apesar da pouca idade, já contam com o respeito de outros árbitros.

A máxima francesa afirma que: “*a arbitragem vale o que valem os árbitros*”, logo, a escolha desses árbitros é uma das decisões mais importantes dentro do procedimento arbitral. Contando que a comunidade arbitral não está aberta à mudança com relação ao direito das partes em indicarem seu árbitro, cabe aos árbitros e instituições um controle rigoroso acerca das expectativas das partes, a avaliação de condutas suspeitas e o comprometimento com os princípios da imparcialidade e da independência.

CAPÍTULO III

O DEVER DE INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DOS ÁRBITROS

3.1 Os princípios da independência e imparcialidade

Os princípios de independência e imparcialidade do árbitro são aceitos universalmente. O art. 10 da Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas, de 1948, estabelece que: *“Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.”*

Desde as suas primeiras versões, as Regras de Arbitragem e a Lei Modelo da UNCITRAL já previam os deveres de independência e imparcialidade para todos os árbitros. Esses padrões são garantidos através de dois mecanismos: o dever de revelação de qualquer evento que possa comprometer a imparcialidade ou a independência do árbitro, bem como a possibilidade de impugnação, por qualquer uma das partes, do árbitro nomeado.

O conceito de imparcialidade e independência não é unânime. Entre as várias tentativas de se definir e diferenciar os princípios da imparcialidade e da independência, destacam-se duas teorias: a abordagem “objetiva/subjetiva” e a abordagem segundo a “matéria/partes”.

Na abordagem “objetiva/subjetiva” afirma-se que a independência se refere às conexões externas mantidas pelos árbitros e que podem interferir na sua autonomia para participar no tribunal arbitral. A ausência de independência, portanto, poderia ser constatada em situações objetivas que possam afetar a liberdade de julgamento do árbitro.

A imparcialidade, por outro lado, compreende situações subjetivas e de difíceis constatação e prova. A imparcialidade é quase um estado de espírito, uma predisposição do árbitro em relação ao litígio ou as partes na arbitragem.

A imparcialidade é um estado psíquico de difícil aferição, sendo que para alguns autores a “*independência é pré-requisito da imparcialidade.*”³³ Explica-se: a independência do árbitro supõe que o mesmo seja livre de vínculos com as partes, o que garante a liberdade de julgamento do árbitro e sua imparcialidade. Caso a independência não seja constatada, através de situações objetivas, a imparcialidade do árbitro também estará prejudicada. Para esses doutrinadores, portanto, o princípio da independência é um pré-requisito do princípio da imparcialidade.

Muito embora grande parte da doutrina aceite o fato de a imparcialidade ter um caráter subjetivo e de a independência ter um caráter objetivo, no julgamento do caso Piersack³⁴, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos entendeu que o princípio da imparcialidade poderá ser classificado através de um critério subjetivo e um critério objetivo. O critério subjetivo relaciona-se com a convicção pessoal de um juiz em um caso concreto. O critério objetivo refere-se a este mesmo juiz oferecer as garantias suficientes para afastar qualquer dúvida razoável a respeito de sua imparcialidade.

Segundo a teoria que classifica os princípios da independência e da imparcialidade de acordo com o critério “matéria/partes”, a imparcialidade é a ausência de conexão com a matéria do litígio e a ausência de comportamentos parciais do árbitro. A independência é a ausência de certos relacionamentos entre as partes e o árbitro. Essa classificação foi adotada pelo Código de Ética da International Bar Association (IBA), de 1987, ao distinguir os conceitos³⁵.

³³ LEMES, Selma Ferreira. *O procedimento de impugnação e recusa do árbitro, como sistema de controle quanto à independência e a imparcialidade do julgador*. Revista de Arbitragem e Mediação – Rarb, ano 13, nº 50, jul./set. 2016, p. 369/386 citando JÚDICE, José Miguel. RArb. nº 22, jul./set., 2009, p. 135.

³⁴ Neste caso, o julgador da causa havia participado na investigação dos mesmos fatos pelo Ministério Público, ensejando o pedido para que fosse reconhecida ausência de imparcialidade do julgador no caso. A Corte de Direitos Humanos entendeu pela violação do art. 6º, §1º da Convenção, constatando que o princípio da imparcialidade possui dois critérios: um subjetivo e um objetivo: “A distinction can be drawn in this context between a subjective approach, that is endeavouring to ascertain the personal conviction of a given judge in a given case, and an objective approach, that is determining whether he offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect.” Decisão disponível em: <http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/caso-piersack-v.-belgica.doc>. Acesso em 28.2.2019.

³⁵ “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

As teorias que buscam diferenciar a imparcialidade e a independência do árbitro devem ser vistas como complementares. Nesse sentido, Lew, Mistelis and Kröll combinam ambas abordagens quando definem os princípios da imparcialidade e independência:

“Impartiality requires that an arbitrator neither favours one party nor is predisposed as to the question in dispute. In so far as this is a state of mind it is a fairly abstract and subjective standard which is hard to prove. [...] Independence requires that there should be no such actual or past dependant relationship between the parties and the arbitrators which may or at least appear to affect the arbitrator’s freedom of judgment. While impartiality is needed to ensure that justice is done, independence is needed to ensure that justice is seen to be done.”³⁶

Seja pela abordagem “objetiva/subjetiva”, “matéria/partes” ou pela junção de ambas, ao indicarem um árbitro as partes depositam neste a confiança de que o litígio será julgado de forma justa e equânime. A imparcialidade e independência são padrões de comportamento esperados do árbitro desde sua nomeação e durante todo o procedimento arbitral. Ao árbitro cumpre diligenciar para manutenção desses princípios, devendo sempre revelar os fatos que sejam de seu conhecimento, bem como aqueles que possam comprometer sua atuação em decorrência de sua atividade profissional ou de suas relações pessoais.

Grande parte das legislações adotou o modelo da UNCITRAL, fazendo constar a exigência de que os árbitros fossem independentes e imparciais. No entanto, outros ordenamentos mencionam apenas o princípio da independência ou apenas o princípio da imparcialidade. É o caso do English Arbitration Act (imparcialidade)³⁷; do Swiss

relação entre o árbitro e uma das partes ou uma pessoa estritamente vinculada a elas.” Acrescente-se que o Código de Ética da IBA de 1987 está em vigor no que se refere ao texto acima reproduzido, mesmo com a publicação das Diretrizes sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional editada pela mesma instituição em 2004, com versão revisada em 2014. cf: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx - acesso em 15.11.2018.

³⁶ LEW, Julian D. M., MISTELIS, Loukas A. and KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2003) par. 11-11 and 11-19.

³⁷ Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23> - acesso em 28.2.2019.

Private International Law Act (independência)³⁸ e do Swedish Arbitration Act (imparcialidade).³⁹

³⁸ Disponível em:

https://www.swissarbitration.org/files/34/Swiss%20International%20Arbitration%20Law/IPRG_english.pdf - acesso em 28.2.2019.

³⁹ Disponível em: <https://sccinstitute.com/media/37089/the-swedish-arbitration-act.pdf> - acesso em 28.2.2019.

3.2 O dever de revelação

Como mencionado anteriormente, um dos mecanismos que garante a imparcialidade e independência do árbitro é o dever de revelação. Ao árbitro cabe revelar às partes informações ou relações atuais, passadas ou futuras que possam comprometer sua imparcialidade e independência. Esse dever se estende durante todo o procedimento arbitral, não apenas quando da nomeação do árbitro.

O dever de revelação garante o cumprimento dos princípios da independência e da imparcialidade, e isso não se discute. Questão que gera maiores dúvidas refere-se à extensão do que deve ser revelado. O comportamento ideal esperado do árbitro internacional, ao cumprir o seu dever de revelação, é de se tornar o máximo possível isento à ideias, conceitos e aspectos culturais pretéritos.

Não se ignora que o árbitro é um ser humano e que possui relações, ideologias e opiniões anteriores a sua nomeação. No entanto, e para que o procedimento arbitral cumpra sua finalidade da melhor forma possível, é esperado que as crenças e tradições do árbitro não sejam verdades absolutas que o impeçam de exercer sua função.

Ao cumprir o dever de revelação o árbitro deverá revelar os fatos considerados relevantes aos seus olhos e fazer um juízo de valor sobre fatos que poderiam interessar às partes, ou seja, deve o árbitro se colocar no lugar das partes, e revelar os fatos que seriam relevantes também sob aquela perspectiva. Esse é o parâmetro exigido, por exemplo, pela CCI⁴⁰.

O conteúdo e a extensão do dever de revelação não são universais, logo, o sistema jurídico e cultural em que o árbitro está inserido poderá influenciar este dever, fato que ganha ainda mais relevo no âmbito da arbitragem internacional. João Bosco Lee e Maria Cláudia De Assis Procópiak afirmam que, no geral, os juristas de

⁴⁰ Art. 11, 2 do Regulamento de Arbitragem da CCI: “*Antes da sua nomeação ou confirmação, a pessoa proposta como árbitro deverá assinar declaração de aceitação, disponibilidade, imparcialidade e independência. A pessoa proposta como árbitro deverá revelar por escrito à Secretaria quaisquer fatos ou circunstâncias cuja natureza possa levar ao questionamento da sua independência aos olhos das partes, assim como quaisquer circunstâncias que possam gerar dúvidas razoáveis em relação à sua imparcialidade. A Secretaria deverá comunicar tal informação às partes por escrito e estabelecer um prazo para apresentarem os seus eventuais comentários.*”

formação em *commom law* costumam ter uma noção mais ampla do dever de revelação que os juristas de *civil law*.⁴¹

Nesse sentido, cabe ao árbitro ter um cuidado maior e realizar um esforço para indicar todas as situações que poderiam impedir sua atuação como árbitro. Este cuidado deve levar em consideração possíveis impedimentos ligados às partes envolvidas na arbitragem, bem como impedimentos ligados aos grupos societários que estão vinculados às partes. No caso de advogados, os mesmos devem se esforçar para verificar relacionamentos prévios entre o escritório e os profissionais que lá atuam e as partes que possam impedir a atuação do árbitro ou causar um conflito de interesse com a matéria que será julgada.

O fato de o dever de revelação poder sofrer influências culturais, nomeadamente com relação à sua extensão, não significa que não se possa esperar uma conduta mínima dos árbitros, bem como um cuidado com relação a apuração das informações que podem ser relevantes no caso concreto.

O dever de revelação também constitui uma obrigação contratual entre o árbitro e as partes, e a quebra desse dever poderá dar lugar a responsabilidade civil do árbitro. A falha do dever de revelação compromete o direito de defesa da parte, pois a impede de exercer a recusa do árbitro em momento adequado.

No entanto, após exercido o dever de revelação pelo árbitro, em que as partes tiveram ciência dos fatos revelados e das relações discriminadas pelo árbitro, e julgaram que aquele árbitro é independente e imparcial, é vedado arguir a imparcialidade ou independência do árbitro com relação aos fatos que foram revelados anteriormente. Com isso, não poderá a parte em qualquer momento arguir a quebra dos deveres de imparcialidade e independência do árbitro, operando-se a preclusão do

⁴¹ “Em traços gerais sabe-se que os juristas de formação em *commom law* possuem um conceito muito mais amplo do disclosure que os juristas de *civil law*. É impossível negar que existirão diferenças na concepção de cada um com relação àquilo que deve ou não ser revelado. Mesmo que em uma arbitragem internacional os árbitros devam se desapegar de certos costumes e usos internos, é difícil imaginar que eles consigam estar completamente indiferentes às suas formas de proceder. E isso nem mesmo demonstra um nacionalismo exacerbado ou um apego aos seus próprios conceitos como se fossem absolutos, mas simplesmente por ser a forma como essas pessoas foram formadas e como sempre procederam. É a própria concepção de revelação que se diferencia de um sistema para outro.” (BOSCO LEE, João e ASSIS PROCOPIAK, Maria Claudia de. “A obrigação de Revelação do árbitro – Está influenciada por aspectos culturais ou existe um verdadeiro standard universal?” Revista Brasileira de Arbitragem – 2007, Vol. IV, issue 14, pp. 9-22).

direito, caso não exercido em momento oportuno⁴². Nesse sentido, a impugnação do árbitro será válida apenas se novos fatos e circunstâncias forem revelados, que justifiquem uma impugnação.

A confiança das partes no tribunal arbitral é essencial, sendo certo que a confiança depositada por uma das partes no árbitro escolhido pela outra parte, se existir, é muito frágil. Nesse sentido, a ausência de revelação de algum fato que é descoberto posteriormente por uma das partes prejudica a confiança das mesmas no tribunal arbitral e no árbitro. Para alguns autores, muitas vezes o teor dos fatos descoberto não é tão relevante, porém o segredo mantido pelo árbitro com relação àquela circunstância afeta a confiança das partes no tribunal.⁴³

Selma Ferreira Lemes aponta que *“se o pulmão da arbitragem é mantido pela independência e imparcialidade do árbitro, é o dever de revelação que o oxigena.”*⁴⁴ O dever de revelação desempenha papel fundamental na composição do Tribunal Arbitral, afinal é através desse dever que as partes podem avaliar e depositar sua confiança nos árbitros, principalmente os nomeados pela parte contrária, julgando as informações reveladas e depositando sua confiança em um julgamento equânime e justo.

⁴² Nesse sentido, o art. 20 da Lei de Arbitragem Brasileira: Art. 20. A parte que pretender arguir 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.

⁴³ Nesse sentido, Ahmed S. EL-KOSHERI e Karim Y YOUSSEF: *“Na atualidade é largamente reconhecido que o que importa na grande maioria dos casos não é a existência de relações de negócios ou pessoais, mas a declaração, pelo árbitro, da existência dessas relações. É o segredo que coloca o problema.”* (EL-KOSHERI, Ahmed S. e Y YOUSSEF, Karim, L’ independance des arbitres internationaux: le point de vue d’ un arbitre, Bulletin de La Cour Interationale d’ Arbitrage da CCI, L’indépendance de l’arbitre, Supplément spécial 2007, p. 54).

⁴⁴ LEMES, Selma Ferreira, A Independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação. “III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)”, Coimbra: Almedina, 2010, 41/57.2009.

3.3 A independência e imparcialidade dos árbitros e dos juízes estatais

O dever de independência e imparcialidade dos árbitros, inclusive aqueles designados pelas partes, é considerado um princípio aceito universalmente no âmbito da arbitragem internacional. É recorrente, no entanto, a comparação entre a independência e a imparcialidade que são esperadas dos juízes estatais e dos árbitros.

Em algumas legislações nacionais os mesmos padrões de imparcialidade e independência são exigidos dos árbitros e dos juízes nacionais. É o caso da Inglaterra e da França, que já consolidaram esse entendimento inclusive em algumas decisões.⁴⁵

Para alguns doutrinadores, no entanto, a imparcialidade e independência dos árbitros não deverá ser a mesma esperada dos juízes estatais, até quando a legislação indica que os mesmos critérios são utilizados para recusar árbitros e juízes. Segundo Redfern e Hunter, os juízes possuem responsabilidades inerentes à função pública que exercem, diferente dos árbitros, que cujas funções podem ser extintas pelas partes ou pela instituição arbitral que conduz o procedimento.⁴⁶

A comparação entre os princípios da imparcialidade e independência exigidos dos juízes e dos árbitros desconsidera as principais diferenças entre o trabalho exercido por ambos. Em primeiro, o árbitro exerce sua função por um período limitado e os juízes de maneira constante e exclusiva.

Os árbitros são apontados pelas partes na maioria das vezes após uma extensa pesquisa e escolha acurada, que leva em consideração a experiência profissional, as opiniões e trabalhos publicados pelo árbitro ou especialização no assunto, bem como prévio contato com as partes ou seus advogados, o que muitas vezes é crucial para que o árbitro seja recomendado para determinada arbitragem.

Ademais, uma sentença arbitral não é objeto de revisão pela segunda instância, diferente das sentenças judiciais que estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição. A

45 Inglaterra: *AT&T Corp. v. Saudi Cable Co.*(2002) 2 Lloyd's Rep. 127, 135 (English Court of Appeal); França: *Judgement of 14 of November 1990, Société Graine d'élite Clause v.Gérin*, 1991 Rev. arb.75 (French Cour de cassation civ 2e.).

46 REDFERN, Alan and HUNTER, Alan. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4ª Edição, London, Thomson, 2004, p. 199.

realidade é que as peculiaridades do procedimento arbitral demandam a aplicação de parâmetros próprios, diferentes daqueles aplicados aos tribunais estatais e aos servidores públicos.⁴⁷

As peculiaridades que envolvem a arbitragem internacional justificam que os padrões de independência e imparcialidade dos árbitros sejam diferentes daqueles esperados dos juízes estatais, até mesmo porque, ao optarem pela arbitragem, as partes trocam os benefícios e proteções garantidos às cortes nacionais pelos benefícios e proteções que são garantidos na arbitragem, principalmente a arbitragem internacional.

Seria contraditório esperar que os árbitros atuassem exatamente da mesma maneira que os juízes estatais, com a consequente aplicação dos mesmos padrões de imparcialidade e independência em ambos os casos, principalmente diante da soberania da autonomia da vontade das partes inerente ao procedimento arbitral.

⁴⁷ Nesse sentido, Gary Born salienta que: *“The protections in national constitutions are directed towards national courts and governmental institutions, not towards consensual dispute resolution mechanisms, between commercial parties, governed by special national and international legal regimes. (...) Applying constitutional protections designed for domestic governmental actors (principally courts and administrative agencies), based on domestic legal traditions, either prescribes an inapposite set of standards for international arbitration or results in treating these domestic standards at such a level of abstraction as to render them largely meaningless in dealing with the arbitral process.”* BORN, Gary. *International Commercial Arbitration* (Second Edition), 2nd edition (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2014, page 1506.)

3.4 A imparcialidade e independência dos árbitros indicados pelas partes e do presidente do tribunal arbitral

A imparcialidade e independência esperadas dos árbitros não coincide com aquela dos juízes estatais. Quanto aos árbitros de parte e aqueles que não são designados pelas partes, em geral os presidentes do tribunal arbitral, a questão merece uma análise mais cuidadosa.

A análise de grande parte das legislações indica que a independência e a imparcialidade são esperadas de todos os árbitros envolvidos no procedimento, não havendo distinção pela maneira com a qual são convidados a compor o tribunal arbitral. Esse é o caso da lei modelo da UNCITRAL, das legislações brasileira, portuguesa, inglesa, entre outras.

Na arbitragem doméstica norte americana é feita uma exceção. Com efeito, o *Code of Ethics*, aprovado pela American Bar Association e pela American Arbitration Association, contém uma “*Note on Neutrality*”, com uma sugestão de que todos os árbitros sejam imparciais e independentes, mas ressaltando que as partes podem escolher árbitros não-neutros nas arbitragens domésticas⁴⁸.

Muito embora a análise da legislação permita concluir que os parâmetros de independência e imparcialidade exigidos dos árbitros de parte e do presidente sejam os mesmos, a observação da realidade demonstra que os árbitros indicados pelas partes possuem especificidades que devem ser levadas em consideração, o que tem sido apontado por alguns doutrinadores.

Fouchard, Gaillard e Goldman apontam para uma nova vertente europeia que está denunciando uma suposta hipocrisia por trás da esperança de que os árbitros

⁴⁸ “*The sponsors of this Code believe that it is preferable for all arbitrators – including any party-appointed arbitrators – to be neutral, that is, independent and impartial, and to comply with the same ethical standards. This expectation generally is essential in arbitrations where the parties, the nature of the dispute, or the enforcement of any resulting award may have international aspects. However, parties in certain domestic arbitrations in the United States may prefer that party-appointed arbitrators be non-neutral and governed by special ethical considerations. These special ethical considerations appear in Canon X of this Code.*” Disponível em https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/dispute/commercial_disputes.pdf - acesso em 14.11.2018.

apontados pelas partes sejam completamente independentes e imparciais.⁴⁹

Constata-se que a partir do momento em que a parte pode escolher um dos juízes que decidirá o litígio, existe uma inclinação para que a escolha seja de um juiz o mais simpático possível às posições que são defendidas pela parte, o que não pode ser ignorado na comunidade arbitral.

Como apontado por Fouchard, Gaillard e Goldman, uma vez dada a possibilidade de as partes escolherem um dos responsáveis pelo julgamento de seu litígio, fosse exigido que a escolha seja de alguém que defende posições diametralmente opostas àquelas defendidas por elas, seria hipocrisia. Caso essa situação fosse desejada pelos legisladores, não seria necessário sequer dar essa possibilidade de escolha dos árbitros às partes.

Quando as partes optam pela arbitragem e decidem pela escolha unilateral de um dos árbitros, querem que seja escolhido um árbitro favorável à posição que defendem, assim como seus advogados partilham da mesma expectativa.

Na arbitragem internacional o papel do árbitro indicado pela parte ganha especial relevância pois existe a expectativa de que esse profissional atue de maneira a garantir que particularidades relacionadas a cultura, costumes, leis ou língua do mercado em que a parte está inserida sejam propriamente entendidas e levadas em consideração pelos demais membros do tribunal arbitral.

Muito embora a seleção cuidadosa de um árbitro seja esperada, bem como é legítima a expectativa de que esse árbitro seja simpático à posição defendida pela parte, não se pode esperar que o mesmo atue como próprio advogado da parte, influenciando os demais árbitros para obter decisões favoráveis à parte que o apontou.

A linha entre o que a parte poderá esperar do árbitro por ela escolhido e as atitudes do árbitro que possam configurar a quebra do dever de imparcialidade e independência é tênue. A possível proximidade cultural do árbitro e das partes, faz com que se espere que o árbitro indicado pela parte tenha atenção para especificidades do caso concreto, tais como diferenças culturais, linguísticas ou de costumes,

⁴⁹ GAILLARD, FOUCHARD AND GILL, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, pp. 590.

garantindo que os demais membros do tribunal arbitral compreendam o caso em sua totalidade. No entanto, essa proximidade não impede que o árbitro atue com diligência com relação aos fatos e provas apresentados também pela parte contrária, esforçando-se para compreender também essas particularidades.

A prática demonstra que a indicação de árbitros que atuam de maneira parcial, influenciando o tribunal para que seja proferida uma decisão mais favorável à parte que o indicou, poderá ter um efeito contrário ao desejado, em grande parte porque os demais árbitros conseguem identificar tal comportamento, desacreditando das posições defendidas pelo árbitro parcial.

Todos os árbitros devem agir com imparcialidade e independência. No entanto, a forma que os árbitros são convidados à compor o tribunal arbitral pode influenciar os padrões de imparcialidade e independência exigidos dos árbitros que são indicados pelas partes e do árbitro que preside o tribunal arbitral.

Com efeito, o árbitro indicado pela parte tem uma função diferente daquela do árbitro presidente, e é esperado que o árbitro indicado pela parte detenha características próprias que justificam sua indicação, como por exemplo a nacionalidade, idioma, experiência, trabalhos anteriores, etc. Essas características que justificam a indicação do árbitro também acabam por aumentar as chances de um comportamento parcial por esse mesmo profissional⁵⁰.

Não obstante todas as peculiaridades que envolvem a escolha de um árbitro de parte, o árbitro também deve estar preparado para proferir uma sentença desfavorável à parte que lhe apontou. Neste ponto, a atuação imparcial e independente do árbitro de parte consiste na necessidade do árbitro ser receptivo ao pleito de ambas as partes, podendo decidir o caso de acordo com o devido processo legal, com a lei e com os fatos apresentados.

A escolha de árbitros aptos a exercer sua função, com respeito aos princípios da imparcialidade e independência, bem como com as expectativas que as partes detêm,

⁵⁰ Nesse sentido: “Put differently, and in the language of the UNCITRAL Model Law, the risks of bias that are justifiable for a co-arbitrator are slightly, but importantly, different from those for a sole or presiding arbitrator. The law does and should recognize that a co-arbitrator may have closer national, cultural, professional and personal connections with a party or its counsel than a presiding arbitrator.” (Op. Cit. 8 - para. 11-51).

torna-se uma tarefa primordial e que poderá comprometer todo o procedimento arbitral.

É recomendável que a parte, ao se deparar com a escolha de um árbitro, pondere as qualificações do árbitro, estudos anteriores, bem como sua cultura e o sistema jurídico ao qual o árbitro está inserido, avaliando os princípios que pretende adotar e se os mesmos se coadunam com aqueles defendidos pelo provável árbitro.

3.5 Diretrizes da IBA relativas a Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional

Diante da dificuldade de definir a extensão do dever de revelação, principalmente pelo caráter subjetivo que envolve esse dever e pela influência de fatores inerentes a pessoa do árbitro e sua cultura, a *International Bar Association* publicou, primeiro em 2004 e depois uma edição revisada em 2014, diretrizes para auxiliar na resolução de impasses gerados por conflitos de independência e imparcialidade.

A elaboração desse material contou com um grupo de 19 profissionais, de 14 nacionalidades diferentes, especialistas em arbitragem internacional, provenientes de sistemas de *common* e *civil law*. Ressalte-se que as diretrizes não têm caráter de lei ou regulamento, sendo que sua aplicação não é mandatória.

As Diretrizes da IBA relativas a Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional são divididas em duas sessões: a primeira que contém recomendações gerais sobre imparcialidade e independência e uma segunda parte com a aplicação prática dessas recomendações gerais.

A classificação trazida nesta segunda sessão aponta situações prováveis, possíveis ou aparentes em que a independência e a imparcialidade podem ser prejudicadas concretamente. O guia aponta uma divisão dessas situações em três listas:

- (a) Vermelha: casos que ensejam conflito de interesses e que comprometem a independência e imparcialidade do árbitro. Essa lista é dividida em duas sessões: *waivable red list* e *non waivable red list*. Nesta última lista estão incluídos casos em que o árbitro não poderá participar da composição do tribunal arbitral, devendo renunciar sua nomeação, sob pena de ser juiz em causa própria.
- (b) Laranja: situações que podem ensejar algum conflito, aos olhos das partes, e que deverão ser reveladas. Após serem reveladas, as partes decidem se as mesmas serão objeto de impugnação ou não sob pena de preclusão do direito de alegar esse impedimento posteriormente.

(c) Verde: situações que não configuram conflito de interesses, sob uma perspectiva objetiva, não ensejando o dever de revelação pelo árbitro.

Especificamente com relação ao dever de revelação, as Diretrizes propõem que o árbitro realize um exame duplo no momento de cumprir o mesmo. Em primeiro, avalia-se objetivamente fatos e situações que poderiam ensejar alguma desconfiança em qualquer terceiro de compreensão razoável (*reasonable third person*). Em um segundo momento, deverá o árbitro realizar um julgamento subjetivo de situações que poderiam causar alguma desconfiança aos olhos das partes envolvidas no litígio (*in the eyes of the parties*).

As situações expostas nas diretrizes não ficaram isentas de críticas, em muito porque são utilizadas com excesso e sem critério. Ademais, indaga-se se as diretrizes elaboradas por um grupo privado de juristas poderiam substituir as normas previstas em legislações nacionais acerca do exame da imparcialidade e independência do árbitro. A verdade é que as diretrizes cumprem uma função pedagógica e sua aplicação deve ser considerada pertinente em cada caso concreto.

Exemplo de tema que causa controvérsia no âmbito das Diretrizes refere-se às múltiplas indicações do árbitro. De acordo com as diretrizes, nem todas as múltiplas indicações de um árbitro enquadram-se na Lista Laranja, que garante que a informação será revelada às partes. A inclusão dependerá do número de vezes em que o árbitro foi apontado e do período transcorrido entre uma indicação e a indicação sujeita a análise. O guia também leva em consideração quem fez a indicação, se a parte ou o advogado da parte. As múltiplas indicações que não preenchem esses requisitos são consideradas da lista verde, ou seja, não precisam necessariamente ser reveladas.

Quando se avalia a frágil confiança que será depositada no Tribunal Arbitral pelas partes, principalmente nos árbitros que não foram apontados pelas partes, conclui-se que todas as nomeações anteriores são relevantes e devem ser do conhecimento das partes. Não cabe ao árbitro decidir se transcorrido um ou três anos a informação deixa de ter alguma relevância aos olhos da parte para gerar conflitos de interesse.

A organização de diretrizes para um padrão universal de revelação é louvável, mas deve ser analisada com cuidado. Embora esteja colaborando com os juristas, árbitros e usuários da arbitragem internacional ao trazer padrões concretos que ensejam ou não conflitos, é evidente que mesmo os padrões previstos nas Diretrizes são atingidos pela discricionariedade em sua aplicação, notadamente quando da avaliação da ocorrência de situações que geram conflitos de independência e imparcialidade, o que nem sempre reflete a melhor prática na arbitragem internacional.⁵¹

⁵¹ Segundo João Bosco Lee e Maria Claudia De Assis Procopiak: “*A elaboração dos guidelines pelo International Bar Association foi uma tentativa de minimizar essas diferenças existentes e criar um standard universal no que diz respeito à revelação, isto é, foi a tentativa de uma uniformização internacional no que diz respeito ao que deve ser revelado.*”

De acordo com suas próprias palavras o grupo de trabalho entende que esses guidelines refletem a melhor prática internacional atual. No entanto, mesmo que seja notável o trabalho realizado na elaboração dessas diretrizes, o objetivo, criação de um standard universal, é bastante ambicioso e dificilmente atingível. (Op. Cit. 41, pp. 9-22).

CAPÍTULO IV

A PARCIALIDADE DOS ÁRBITROS DE PARTE NOS VOTOS DISSIDENTES

Ao iniciar o procedimento arbitral, as partes depositam nos árbitros a confiança de resolução do conflito instaurado entre elas, esperando que após a submissão de suas razões, a realização de audiências e a fase instrutória, os árbitros profiram uma sentença unânime, ou ao menos majoritária, que seja fundamentada e aponte os motivos que levaram os árbitros a decidirem daquela forma.

Na grande maioria dos casos, mesmo que um dos árbitros não concorde totalmente com a decisão, acaba por assinar a sentença junto com os demais, ou seja, mesmo possuindo entendimentos diferentes da maioria, o árbitro não os declara, sendo enviada uma sentença única para as partes e advogados.

A exceção à essa regra ocorre quando um árbitro não concorda total ou parcialmente com a sentença proferida, manifestando essa discordância ao não assinar sentença ou emitindo um voto dissidente que poderá ser anexado à sentença ou enviado às partes separadamente.

O conteúdo do voto dissidente poderá variar: o árbitro poderá ressaltar apenas sua discordância com a maioria, poderá registrar sua opinião acerca de questões de fato ou de direito, ou pior: utilizar a oportunidade para revelar detalhes das deliberações dos árbitros.

Necessário diferenciar os votos dissidentes das “*concurring opinions*”. Essas são emitidas pelos árbitros que concordam com o resultado final da sentença, mas que discordam das razões ou da forma pela qual a sentença foi formulada⁵².

A arbitragem comercial internacional dialoga tanto com características do *commom law* como do *civil law*, especialmente pela tendência da globalização.

⁵² BLACKABY, Nigel, PARTASIDES, Constantine, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration - 'Chapter 9. Award'*, 6th edition (© Kluwer Law International; Oxford University Press 2015), pp. 545-546.

Tradicionalmente, nos países que utilizam o *civil law*, existem certas restrições à emissão de votos dissidentes. Já nos países do *common law* a prática é usual e auxilia na alteração e construção da legislação, o que não ocorre nos países do *civil law* em que as leis são codificadas.

Alguns autores ressaltam que os votos dissidentes são um presente do *common law* dentro da arbitragem. No entanto, uma distinção fundamental existe entre os votos emitidos nas cortes nacionais e no tribunal arbitral: o fato do tribunal arbitral se reunir apenas uma vez, para a solução de um único litígio, com a reunião de partes e árbitros de diferentes nacionalidades.

A ocorrência dos votos dissidentes é uma exceção nas arbitragens comerciais internacionais, e mais comuns nas arbitragens de investimento. A maior parte das legislações nacionais e dos regulamentos das câmaras de arbitragem não regulam a possibilidade de emissão desses votos, tampouco seus efeitos após ter sido proferida a sentença. A lei brasileira de arbitragem inovou ao regular a possibilidade de emissão de votos dissidentes no parágrafo 2º do art. 24⁵³.º As regras da UNCITRAL preveem que a assinatura da sentença pela maioria dos árbitros é suficiente, desde que a razão da omissão de uma ou mais assinaturas seja justificada⁵⁴.

Muito embora a emissão de votos dissidentes na arbitragem comercial internacional seja a exceção, em alguns casos convertem-se no meio pelo qual o árbitro vencido poderá criticar a argumentação da sentença revelando detalhes acerca das deliberações do tribunal que podem comprometer a credibilidade e executoriedade da sentença.

Alguns doutrinadores, no entanto, defendem que a possibilidade de emissão do voto dissidente é uma das prerrogativas do árbitro ao exercer a função jurisdicional, proporcionando às partes uma sentença motivada⁵⁵.

A questão primordial que deve ser abordada refere-se a real utilidade dos votos

⁵³ Lei Brasileira de Arbitragem: Art. 24.§ 2º O árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado.

⁵⁴ Regras UNCITRAL: Art. 31.º Forma e conteúdo da sentença 1 – A sentença é feita por escrito e assinada pelo árbitro ou pelos árbitros. Num processo arbitral com mais de um árbitro, serão suficientes as assinaturas da maioria dos membros do tribunal arbitral, desde que seja mencionada a razão da omissão das restantes.

⁵⁵ BORN, Gary B.. *International Commercial Arbitration*. vol. II, Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 250.

dissidentes dentro do cenário da arbitragem internacional, dado que nesses casos esses votos não irão contribuir para modificar as leis, como nos países do *common law*, indagando se a emissão desses votos deveria ser desencorajada porque podem denunciar uma parcialidade dos árbitros que os emitiram ou deveria ser regulada e mantida.

4.1 A doutrina internacional sobre os votos dissidentes

A credibilidade e a necessidade dos votos dissidentes na arbitragem internacional comercial são alvos de críticas positivas e negativas. A real utilidade dos votos dissidentes foi objeto de discussões já nas reuniões referentes à Convenção de Haia de 1899. Nesta oportunidade, restou decidido que os árbitros poderiam gravar seus votos dissidentes, mas a liberação do voto dissidente escrito não foi permitida, pelo receio de que cada caso tivesse duas sentenças, bem como pelo receio de tornar público desentendimentos dos árbitros durante as deliberações.⁵⁶

As principais críticas à emissão dos votos dissidentes aduzem que (i) os votos dissidentes enfraquecem a sentença e a instituição da arbitragem como um todo, podendo fomentar pedidos de anulação da sentença; (ii) prejudicam a manutenção do sigilo das deliberações; (iii) podem fornecer argumentos à parte que perdeu para tentativa de anular a sentença nas cortes nacionais; e (iv) deflagram a parcialidade dos árbitros indicados pelas partes, argumento que se relaciona com o objeto do estudo dessa tese, e que será abordado em separado.

Muito embora exista um entendimento geral de que a arbitragem vale o mesmo que os árbitros, mais que a reputação dos árbitros, a reputação e a confiança das partes no sistema julgador é objeto de consternação. Os árbitros são investidos com a função jurisdicional para julgamento daquela única causa, um sistema delicado e muito diferente do já consolidado sistema das cortes nacionais. A aceitação da sentença depende não só da reputação dos árbitros, mas também da reputação do sistema jurídico em que a sentença está inserida.

Na arbitragem comercial internacional o tribunal arbitral é muitas vezes composto por três árbitros de diferentes nacionalidades, que podem ser juristas ou não, e de sistemas legais diferentes, que estão juntos naquela oportunidade para discussão daquele caso particular, e que se comprometem a trabalhar juntos para obter uma sentença arbitral que coloque fim ao litígio entre as partes, de maneira imparcial e independente.

⁵⁶ SCOTT, James Brown (coord.). *“The Proceedings of the Hague Conference for Peace: the conference of 1899.”* (1920). Disponível em http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Hague-Peace-Conference_1899.pdf

Para que alcancem uma decisão, esses árbitros precisam trabalhar em conjunto e discutir as peculiaridades do caso concreto, com o objetivo de preparar uma sentença arbitral unânime. Essas deliberações são mantidas em sigilo e, por regra, não deveriam chegar ao conhecimento das partes.

O sigilo das deliberações do tribunal é visto por alguns autores como um princípio fundamental da arbitragem e um dos norteadores do procedimento arbitral, assim como de todas as decisões judiciais.⁵⁷ O caso CME v. República Tcheca é um exemplo da quebra do sigilo das deliberações através de um voto dissidente: a maioria do tribunal decidiu em favor da CME, e o árbitro apontado pela República Tcheca apresentou um voto dissidente, no qual expôs detalhes das deliberações⁵⁸. Esse voto dissidente foi utilizado para impugnar a validade da sentença arbitral perante a Corte de Svea, na Suécia. Durante esse procedimento, diversos árbitros foram chamados perante a Corte para testemunharem sobre as deliberações e os fatos mencionados no voto dissidente que ensejaram a ação no tribunal local.⁵⁹

Alan Redfern aponta para as consequências de um possível voto dissidente na confiança dos árbitros em relação aos seus pares:

“It would be difficult, if not impossible, for arbitrators to have a frank and open exchange of views, to advance ideas and proposals, to change their mind and then perhaps to change it back again, if what they had said and what they had not said, what they had thought and what they had not thought, was to become known to the parties – particularly in a

⁵⁷ DE BOISSÉSON, Maitre “Le Droit Français de l’Arbitrage National et International (1990), p.296.

⁵⁸ No voto dissidente o árbitro Dr. Jaroslav Hándl alega que “The mistakes and errors in the legal conclusions have been caused basically by the fact that the two arbitrators seem to have firstly agreed upon the final decision as it is expressed in the Award and only thereafter they looked for the arguments to the favour of the Claimant. The basis of their decision was, and this was their only target, to condemn the Czech Republic and the two arbitrators adapted all their legal conclusions to this target.”.

O árbitro ainda afirma que foi discriminado pelos seus colegas em outro trecho do voto dissidente: “This has been done by them only for the reason to exclude me from any discussion as to the merits of the case itself, contrary to the customs and ethics of the arbitration proceedings. After all I had no more time for preparing my standpoint to the draft of the Award than 5 working days. Naturally it was for me not possible to give my comments to all important questions and details of these questions mentioned in the draft. The above described circumstances are an unequivocal proof of discrimination of my person as arbitrator by the other two arbitrators.” – voto disponível em <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0179.pdf> - consulta em 12.3.2019.

⁵⁹ Czech Republic v. CME Czech Republic BV, Case No T 8735-01, 87-90 (May 15,2003), 42 ILM 919 (Svea Court of Appeals), disponível em http://ita.law.uvic.ca/documents/CME2003-SveaCourtOfAppeal_000.pdf. The annulment application was rejected.

situation in which two of the three members of the tribunal are chosen by the parties themselves.”

O autor, que se posiciona contra a emissão dos votos dissidentes, classifica os votos dissidentes em três categorias: os bons, que permitem que o árbitro demonstre sua discordância de maneira curta, educada e restrita; os ruins que carecem de bons argumentos jurídicos; e, por fim, aqueles que são horríveis em que o árbitro utiliza a oportunidade para criticar seus pares ou a forma como o procedimento arbitral foi conduzido, revelando detalhes das deliberações do tribunal, e a intenção de prevalecer sua opinião sobre os debates ocorridos no tribunal.⁶⁰

A ausência de regulação dos votos dissidentes nas leis nacionais e em grande parte dos regulamentos das câmaras de arbitragem autoriza os árbitros a utilizarem esse instrumento da forma como lhes for convencional, ou seja, abre a oportunidade para que se depare com votos dissidentes bons, ruins ou horríveis, como classificado acima, expondo particularidades do processo decisório que poderão inspirar recursos de anulação da sentença arbitral, além da exposição desnecessária dos árbitros.

O risco de o voto dissidente demonstrar uma inclinação do árbitro para a causa da parte contrária também deve ser considerado. No caso *Klöckner v. Camarões*, Camarões foi vencedor, com a emissão de um voto dissidente repleto de detalhes sobre as deliberações, emitido pelo árbitro apontado por Klöckner. A parte insatisfeita, Klöckner, ajuizou ação de anulação da sentença. O pedido foi julgado procedente⁶¹. Klöckner, então, iniciou novo procedimento arbitral e perdeu novamente, porém com uma sentença bem menos favorável para Camarões. O caso é revelador porque o árbitro que emitiu o voto dissidente no primeiro procedimento arbitral, foi advogado de Klöckner na segunda arbitragem.

⁶⁰ REDFERN, Alan. *Chapter 18: Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad and the Ugly*, in Julian D. M. Lew and Loukas A. Mistelis (eds), *Arbitration Insights: Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration, Sponsored by Freshfields Bruckhaus Deringer, International Arbitration Law Library, Volume 16* (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2007) pp. 367 – 392.

⁶¹ Neste caso, Klöckner requereu o pagamento integral de uma fábrica de fertilizantes construída em Camarões. Insatisfeito com o resultado da arbitragem, Klöckner requereu a anulação da sentença arbitral, a qual foi concedida porque o Tribunal entendeu que ocorreu o uso excessivo do poder e na falta de fundamentação da sentença. *Klöckner v. Cameroon*, ICSID Case No. ARB/81/2 (Oct. 21, 1983) (Decision on the Application for Annulment Submitted by Klöckner), disponível em http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC665_En&caseId=C127.

Diferente dos países da *common law* e das arbitragens de investimento, nas arbitragens internacionais comerciais as sentenças não são publicadas e não têm o objetivo de auxiliar na alteração e atualização da legislação sobre os temas.

Para Bernhard Berger⁶² a emissão de votos dissidentes é contraditória com o princípio da confidencialidade das deliberações do tribunal. Não obstante, os votos dissidentes se tornaram uma prática comum na arbitragem internacional. O autor ainda defende que, se as partes não excluíram totalmente essa possibilidade, o tribunal deverá decidir acerca da necessidade de disponibilização do voto dissidente para as partes.

Alguns autores ainda ponderam para a questão econômica, já que a emissão de um voto dissidente aumenta os custos do procedimento arbitral.

Todavia, todos esses sinais não levam automaticamente à conclusão de que a independência e a imparcialidade são inatingíveis, ou que todo voto dissidente é uma manifestação da parcialidade dos árbitros de parte.

Uma das atribuições dos árbitros é dar ao litígio uma sentença motivada, que contenha as razões que levaram o tribunal a decidir pela procedência, parcial ou total, ou improcedência do pedido. Sobre essa perspectiva, a emissão de um voto dissidente pode ser considerada uma das prerrogativas do árbitro ao exercer sua função jurisdicional e uma colaboração para que a sentença seja melhor. Rubino Sammartano entende que o árbitro deve ser livre para expressar sua opinião sobre o caso por meio de um voto dissidente⁶³

Alguns autores argumentam que o voto dissidente fortalece as deliberações do tribunal arbitral. A maioria, ao encarar um voto divergente fundamentado, poderá rever seu posicionamento ou até corrigir eventuais falhas apontadas no documento, garantindo a executoriedade da sentença como um todo⁶⁴. Para que isso ocorra, no entanto, é essencial que o árbitro encaminhe aos seus pares o voto dissidente com a antecedência necessária.

⁶² BERGER, Bernhard. 'Rights and Obligations of Arbitrators in the Deliberations', ASA Bulletin, (© Association Suisse de l'Arbitrage; (Kluwer Law International 2013, Volume 31 Issue 2) pp. 244 – 261.

⁶³SAMMARTANO, Mauro Rubino. International Arbitration Law and Practice. 2001, p.766.

⁶⁴ A Juíza Ginsburg da Suprema Corte Americana afirma que: “*there is nothing better than an impressive dissent to lead the author of the majority opinion to refine and clarify her initial circulation*”. Hon. Ruth Bader Ginsburg, ‘The Role of Dissenting Opinions’, 95 Minn. L. Rev. 3 (2010).

Nesse sentido, merece menção o sistema instituído na CCI, que através da Corte da CCI⁶⁵, tem acesso à sentença antes que essa seja enviada às partes. Assim, a Corte funciona como um verdadeiro órgão revisor, que poderá não aprovar uma sentença com fundamento no conteúdo do voto dissidente, incentivando a emissão de uma sentença melhor e exequível pelo Tribunal. Ressalte-se que esse mecanismo já foi utilizado pela CCI para recusar sentenças⁶⁶.

Outra questão controvertida acerca dos votos dissidentes refere-se à disponibilização do mesmo às partes. Por regra, as sentenças proferidas nos casos de arbitragem comercial internacional não são publicadas. De acordo com o “Final Report on Dissenting and Separate Opinions” elaborado pela CCI em 1988⁶⁷, quando o árbitro resolve pela formulação do voto, também indicará se pretende enviar esse voto às partes ou apenas disponibilizá-lo aos árbitros e à Câmara de Arbitragem. No entanto, é ressaltado que a Corte da CCI poderá decidir sobre a não publicidade do voto dissidente às partes nos casos em que a Corte concluir que a legislação do lugar da arbitragem proíba essa comunicação ou poderiam levar ao não reconhecimento da sentença⁶⁸.

O relatório também aponta que existiu uma discussão entre os membros da comissão sobre a necessidade da Corte da CCI revisar os votos dissidentes, assim como fazem com a sentença. Alguns membros da Comissão entendiam que o voto dissidente é uma parte da sentença. A maioria dos presentes, no entanto, entendia que a sentença era composta pela parte dispositiva e as razões da maioria do tribunal

⁶⁵ Regulamento CCI: Art. 33: Exame prévio da sentença arbitral pela Corte: Antes de assinar qualquer sentença arbitral, o tribunal arbitral deverá apresentá-la sob a forma de minuta a Corte. A Corte poderá prescrever modificações quanto aos aspectos formais da sentença e, sem afetar a liberdade de decisão do tribunal arbitral, também poderá chamar a atenção para pontos relacionados com o mérito do litígio. Nenhuma sentença arbitral poderá ser proferida pelo tribunal arbitral antes de ter sido aprovada quanto a sua forma pela Corte.

⁶⁶ SOONS. Liber. Amicorum A.H.A. *What's Wrong with International Law?* Boston: Brill Nijhoff: 2015, p.131.

⁶⁷ Disponível em:

http://library.iccwbo.org/content/dr/COMMISSION_REPORTS/CR_0003.htm?11=Bulletins&12=ICC+International+Court+of+Arbitration+Bulletin+Vol.+2%2FNo.1+-+Eng – acesso em 8.3.2019.

⁶⁸ “(...) *exceptionally, a dissenting opinion should not be notified where the Court of Arbitration concludes that such communication is prohibited by law, or where the validity of the award may be imperilled, in the country in which the arbitration took place or in any country in which (so far as the Court can reasonably foresee) recognition or enforcement of the award is likely to be sought.*” - Final Report on Dissenting and Separate Opinions – Op. Cit. 66.

arbitral⁶⁹. Mesmo considerando que o voto dissidente não faz parte da sentença, os integrantes da comissão entenderam que a Corte da CCI também deveria revisar os votos dissidentes, desde que o voto seja disponibilizado junto com a sentença arbitral.

Uma forma de diminuir possíveis questionamentos e embaraços causados pelo conteúdo do voto dissidente, seria a ausência de revelação do autor do árbitro do voto dissidente. Em outras palavras, o voto seria disponibilizado às partes, mas sem a revelação do nome do árbitro dissidente.

O voto dissidente deverá ser proferido em situações excepcionais, em que o árbitro se depare com erros de conduta graves. Esses votos não podem se tornar a forma pela qual o árbitro expõe detalhes do procedimento arbitral ou da conduta de seus pares, o que já aconteceu. Ademais, a regulamentação desse instrumento pelas leis nacionais e regulamentos de arbitragem poderia auxiliar no controle do conteúdo dos mesmos.

⁶⁹ “A small number of members of the Commission present at the meeting on 23 October 1986 regarded a dissenting opinion as being part of the award. If this is correct, then there would be an obligation under the ICC Rules for the Court to scrutinise it as such. However, the majority view [Page34:] -which seems logical- is that the 'award' is comprised of the dispositive section and the reasons given by the majority arbitrators. Certainly the presence of any dissenting opinion is not necessary for the purposes of enforcement of the dispositive part of the award.” Op. Cit. 66.

4.2 A (im)parcialidade do árbitro ao emitir um voto dissidente

A frágil aparência de imparcialidade e independência do árbitro indicado por uma das partes poderá ser colocada à prova quando da emissão de um voto dissidente, que poderá afetar os princípios da imparcialidade e independência do árbitro de parte, já que este poderá se sentir pressionado a declarar seu apoio à parte que o indicou, garantindo sua indicação em futuros procedimentos.⁷⁰

Neste sentido, os dados publicados pela CCI no ano de 2017 indicam que de todas as sentenças publicadas pela Câmara neste ano, 45 casos foram decididos pela maioria do tribunal composto por três árbitros. Desses casos, 41 sentenças foram acompanhadas por um voto dissidente. Dos 41 votos dissidentes emitidos, em 36 casos foi possível identificar que o voto foi feito em favor da parte que indicou o árbitro, em 3 casos ambos os árbitros emitiram o voto em matérias separadas e em apenas um caso o presidente do tribunal foi o autor do voto.⁷¹

Em 2001, as mesmas estatísticas publicadas pela CCI apontaram que foram emitidos 24 votos dissidentes, sendo que em 22 deles foi possível identificar que o voto foi emitido em favor da parte que indicou o árbitro⁷². Muito embora a emissão de votos dissidentes não seja a regra, é possível observar o crescimento e popularidade que a prática está ganhando, também nas arbitragens comerciais internacionais.

Em outra pesquisa, em que se analisou as sentenças proferidas em arbitragens de investimento, constatou-se que 100% dos votos dissidentes foram emitidos em favor da parte que perdeu a arbitragem, pelo árbitro indicado por ela.⁷³

⁷⁰ O Juiz Richard Mosk e Tom Ginsberg afirmam que “*Although party-appointed arbitrators are supposed to be impartial and independent in international arbitrations, some believe that with the availability of dissent, arbitrators may feel pressure to support the party that appointed them and to disclose that support.*” Em “*Dissenting Opinions in International Arbitration*”, Liber Amicorum Bengt Broms, Finnish Branch of the International Law Association, Helsinki, 1999.

⁷¹ 2017 ICC Dispute Resolution Statistics. Disponível em <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/07/2017-icc-dispute-resolution-statistics.pdf>

⁷² Op. cit. 7.

⁷³ VAN DER BERG, Albert. ‘*Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration*’ in Arsanjani (ed.), *Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, 822, 824 (Brill, 2011) (‘van den Berg 2011’).

Os dados estatísticos são, ao menos, preocupantes, e pareceria ingênuo acreditar que a emissão dos votos dissidentes se deu por mera casualidade, uma vez que as partes escolhem árbitros que sejam simpáticos às posições defendidas por elas no procedimento arbitral. Ao que tudo indica, alguns árbitros preferem emitir votos dissidentes por sentirem um senso de lealdade à parte que os apontou, que é mais forte que os deveres de imparcialidade e independência.⁷⁴

Essa necessidade em se demonstrar uma prestação de serviço à parte que indicou o árbitro para o procedimento pode ter diversas razões, entre elas, o costume de que os árbitros de parte devem garantir que os argumentos da parte que lhe apontou foram corretamente compreendidos pelo tribunal ou ainda de que o árbitro deveria funcionar também como tradutor cultural da parte.

Maitre Boisséon alerta que

“Certain arbitrators, so as not to lose the confidence of the company of the state which appointed them, will be tempted, if they have not put their point of view successfully in the course of the tribunal’s deliberation, systematically to draw up a dissenting opinion and to insist that it be communicated to the parties.”⁷⁵

Para muitos autores as críticas direcionadas aos votos dissidentes não teriam fundamento, já que são uma prerrogativa dos árbitros e uma prática dentro dos tribunais nacionais, que auxilia no desenvolvimento da legislação.

A questão que merece destaque e que é debatida nesta tese refere-se justamente ao fato de os votos serem emitidos pelos árbitros de parte, em defesa dessa mesma parte. Diferente das cortes judiciais, o árbitro é escolhido pela parte, que também será responsável pelo pagamento das taxas e dos honorários dos árbitros, direta ou indiretamente, e que, dependendo do resultado do julgamento, poderá indicar esse mesmo árbitro nos próximos procedimentos arbitrais. Existe, portanto, e mesmo que muitos árbitros não assumam, uma preocupação em angariar futuros apontamentos pelas partes, o que gera uma relação de dependência entre os árbitros e as partes.

⁷⁴ Op. Cit. 7.

⁷⁵ Op. Cit. 56, p.802.

O exemplo descrito acima entre Klöckner v. Camarões ilustra também essa faceta dos votos dissidentes: a utilização pelo árbitro dessa ferramenta para fornecer argumentos para a parte que o indicou e perdeu, com objetivo de anular a sentença desfavorável, argumentos esses que não seriam disponibilizados à parte sem o voto dissidente.

Não se olvide que o custo de um voto dissidente que demonstre a parcialidade e o favoritismo do árbitro em relação à parte que o indicou, poderá causar efeitos negativos dentro do tribunal arbitral. A prática aponta que quando identificado pelos membros do tribunal comportamentos parciais dos árbitros de parte a tendência é que o próprio presidente do tribunal desconsidere essas opiniões. Mesmo assim, os dados estatísticos demonstram que os árbitros nem sempre consideram a repercussão negativa da emissão desses votos.

Os votos dissidentes não são tão comuns nas arbitragens comerciais internacionais como na arbitragem de investimento, no entanto, estão ganhando espaço e popularidade e não deixam de ensejar questionamentos acerca dos motivos que levam os árbitros à defenderem publicamente às partes que os indicaram, além de também serem um indicativo da necessidade de substituição do método de escolha dos árbitros de parte, evitando o desrespeito dos princípios da imparcialidade e independência quando da emissão dos mesmos.

4.3 Os votos dissidentes na arbitragem de investimento e suas peculiaridades

A arbitragem de investimento possui características únicas e envolve litígios entre um investidor estrangeiro e um país soberano, onde frequentemente são aplicadas leis de direito público internacional. O acesso às sentenças proferidas nestas arbitragens é simples, uma vez que todas as sentenças são públicas, devido aos princípios gerais de transparência e acesso irrestrito que governam assuntos relacionados ao Estado.

A maioria dos tratados que estabelecem a relação entre um investidor estrangeiro e um Estado soberano estabelecem que o investidor não poderá ser alvo de tratamento desigual ou injusto, sendo que os litígios entre os mesmos serão resolvidos de acordo com as regras do Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (ICSID).

Se na arbitragem comercial internacional poucos ordenamentos e regulamentos contêm regras claras acerca dos votos dissidentes, na arbitragem de investimento a previsão é expressa. As regras do ICSID preveem a possibilidade de emissão de um voto dissidente pelos árbitros, que será comunicado às partes e será parte da sentença:

Rule 47

The Award

(3) Any member of the Tribunal may attach his individual opinion to the award, whether he dissents from the majority or not, or a statement of his dissent.⁷⁶

Muito embora a presença de votos dissidentes em arbitragens de investimento não levante grandes questionamentos, o autor Albert Jan van den Berg conduziu uma pesquisa que mostrou dados alarmantes: das 150 sentenças analisadas, 34 possuíam votos dissidentes, sendo que 100% desses votos foram emitidos pelos árbitros de parte

⁷⁶ Regulamento ICSID, disponível em: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/partf-chap06.htm> (acesso em 8.3.2019).

e em favor das partes que apontaram os árbitros, o que causa questionamentos acerca da aparente imparcialidade do tribunal.

Para alguns autores, no entanto, os árbitros devem emitir os votos dissidentes, não se curvando à maioria para alcançar a unanimidade da sentença, justamente para ajudar a desenvolver a lei e demonstrar a sua forma de pensar para a comunidade arbitral⁷⁷.

A percepção de que os votos dissidentes auxiliam no desenvolvimento da lei e demonstram a percepção do árbitro sobre o caso não corresponde a realidade, uma vez que essas mesmas opiniões não são utilizadas em outros casos como precedentes.⁷⁸ Ou seja, o voto dissidente não possui o condão de precedente, servindo de ferramenta posteriormente em outros procedimentos arbitrais.

Albert Jan van den Berg concluiu que a causa dos problemas relacionados aos votos dissidentes está na forma como o tribunal arbitral é escolhido, defendendo que a escolha unilateral dos árbitros cria vínculos de dependência entre os árbitros e as partes de alguma forma, sugerindo que a solução possa estar na substituição dos apontamentos unilaterais pela escolha dos árbitros provenientes de uma lista, salientando, no entanto, que ainda existe um longo caminho até que a comunidade arbitral aceite essa mudança.

Os exemplos relatados neste capítulo demonstram a aparência de uma imparcialidade e independência dos árbitros de parte, que muitas vezes não se confirma na prática. Essas observações levam aos questionamentos acerca da viabilidade de alteração da forma da composição do tribunal arbitral.

A possibilidade de alteração da forma de indicação dos árbitros parece desagradar à maioria dos usuários da arbitragem e dos árbitros, mas ainda assim parece ser a escolha mais sensata quando se procura defender a manutenção dos princípios da imparcialidade e da independência.

⁷⁷ SHORE & FIGUEROA, Dissents, *Concurrences and a Necessary Divide Between Investment and Commercial Arbitration*, 3 *Global Arbitration Review*, 18, 20 (2008).

⁷⁸ Albert Jan van der Berg afirma que *"The argument that dissenting opinions contribute to the development of the law is also contradicted by the 150 reported investment arbitration awards. With one curious exception, 21 in none of the investment cases did the arbitrators refer to a dissent in a previous investment case"*. Op. Cit. 72.

CAPÍTULO V

CONCLUSÃO

Na introdução dessa dissertação, indagou-se acerca de um suposto direito fundamental de as partes indicarem os árbitros quando da formação do tribunal arbitral, bem como se a relação entre as partes e os árbitros é compatível com os princípios da independência e imparcialidade exigidos dos árbitros.

Partindo desses questionamentos, foram investigadas matérias relacionadas com a escolha dos árbitros pelas partes, a questão da confiança das partes no tribunal arbitral, a aplicação dos princípios da imparcialidade e independência aos árbitros de parte e ao presidente do tribunal arbitral, os comportamentos dos árbitros dentro do tribunal e a emissão de votos dissidentes e sua relação com a imparcialidade e independência dos árbitros.

A arbitragem, por sua natureza, pressupõe que as partes detenham autonomia e maior controle da forma como irão conduzir o procedimento arbitral. A possibilidade de escolha dos árbitros pelas partes é uma expressão desse pressuposto. No entanto, esse mesmo pressuposto encontra limitações no princípio da igualdade entre as partes. Mesmo sendo dada a possibilidade de escolha dos árbitros, é essencial que seja mantida a confiança das partes no tribunal arbitral, ou seja, que o árbitro escolhido também seja aceitável à parte contrária.

A escolha unilateral dos árbitros, portanto, é uma das decisões mais importantes dentro do procedimento arbitral, se não a mais importante. Especialmente porque quando da assinatura da cláusula compromissória as partes estão dispostas a cooperar. Após a instalação do conflito entre as partes, as mesmas não estão tão dispostas a pensar na parte contrária, tampouco em escolher um árbitro que seja aceitável para a parte contrária.

Teoricamente, deveria existir a cooperação e a tomada de decisão pensando no melhor para o procedimento arbitral, porém, quando nasce o conflito, as partes deixam de pensar coletivamente, e passam a defender seus interesses. Os dados estatísticos

coletados também demonstram que as partes não estão dispostas à abandonar a escolha unilateral dos árbitros, com intuito de aumentar a confiança das partes no tribunal.

O apego à escolha unilateral dos árbitros demonstra mais do que a simples vontade de manter o controle e a confiança no procedimento arbitral. Muitos autores ressaltam o papel de “tradutor cultural” inerente à função de árbitro de parte. Consciente ou inconscientemente, a parte deseja que o árbitro seja ao menos simpático às posições defendidas, quiçá leal àquele que o indicou.

Da parte do árbitro, existe um interesse em manter a simpatia da parte que o indicou, podendo obter novas indicações no futuro. Nesse aspecto, o interesse financeiro atrelado à indicação parece ir na direção oposta ao cumprimento dos princípios da imparcialidade e independência. A investigação para essa dissertação demonstrou que alguns doutrinadores afirmam que esperar que os árbitros escolhidos pelas partes sejam totalmente imparciais e independentes é uma ilusão.

Visando sanar as distorções inerentes à condição humana, que não contribuem para o aprimoramento da arbitragem e apenas colocam à prova sua reputação, surge a hipótese de banir a escolha unilateral dos árbitros, o que de fato parece ser o caminho para o abandono das práticas descritas acima.

Não se desconsidera os benefícios trazidos pelas indicações unilaterais, e que foram objeto de estudo nesta dissertação, tais como a colaboração de um tribunal mais diversificado, proveniente de diversos sistemas jurídicos e que enriquece as deliberações, ou até mesmo que detém maior confiança das partes.

No entanto, não me parece que o direito de indicação dos árbitros pelas partes seja um direito fundamental, tampouco que a extinção desse direito possa ferir os princípios do devido processo legal, da igualdade das partes ou da autonomia das mesmas, até porque em certas circunstâncias as partes são privadas do exercício desse direito, e a escolha do árbitro é feita por um juiz ou por membros da instituição de arbitragem.

Mesmo se tratando de um tema complexo e delicado, é necessário que se encare a questão da parcialidade dos árbitros de parte, não tratando o tema como um problema distante da realidade dos tribunais arbitrais. Ademais, as investigações acerca dos

princípios da imparcialidade e independência também demonstraram que existe a expectativa de que os árbitros de parte atuem de maneira diferenciada, ao menos quando as partes esperam que esses funcionem como tradutores culturais.

Nesse contexto, um dos mecanismos para se garantir o cumprimento dos princípios da imparcialidade e independência refere-se ao dever de revelação, que traduz o dever do árbitro em apontar situações ou relações atuais, passadas ou futuras que possam comprometer sua imparcialidade e independência. O dever de revelação, no entanto, não possui um conteúdo e extensão universais, cabendo ao árbitro a seleção de informações pertinentes tanto aos seus olhos, como aos olhos da parte.

Na tentativa de criar um padrão mínimo de comportamento, a IBA editou as Diretrizes da IBA relativas a Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional, um guia com uma série de situações que tentam diminuir as diferenças culturais inerentes ao dever de revelação e mostrar a melhor prática aos árbitros. Essa iniciativa busca justamente prevenir comportamentos contraditórios no âmbito da arbitragem internacional.

Ainda relacionado aos comportamentos dos árbitros de parte, foi objeto de análise a emissão dos votos dissidentes nas arbitragens comerciais e nas arbitragens de investimento. Os dados coletados demonstraram que praticamente em todos os casos os votos dissidentes são utilizados pelos árbitros indicados pelas partes quando essas não se consagram ganhadoras do procedimento arbitral.

A questão é ainda mais relevante porque os votos dissidentes não são mencionados na maioria dos regulamentos das câmaras de arbitragem e das legislações nacionais. Assim, o critério de utilização, a extensão e a disponibilização dos mesmos para as partes, são confiados à discricionariedade do árbitro.

O estudo demonstrou que na grande maioria dos casos o voto dissidente é elaborado pelo árbitro indicado pela parte que perdeu o procedimento. No caso da arbitragem de investimento, em 100% dos casos esses votos foram emitidos em favor da parte que indicou o árbitro, dados que são, no mínimo, preocupantes e que confirmam que o árbitro indicado pela parte vencedora não costuma emitir um voto dissidente contrário aos interesses da parte que lhe apontou.

Não bastassem os dados alarmantes, os votos dissidentes também se tornaram uma ferramenta para que alguns árbitros revelassem detalhes das deliberações, que posteriormente ensejaram a impugnação da sentença arbitral pela parte. Para alguns árbitros parece que o peso da lealdade à parte que o indicou é maior que aquele inerente à atividade de julgador desempenhada dentro do tribunal arbitral

Efetivamente com relação aos votos dissidentes, considero que o problema da utilização dos mesmos também está relacionado com a forma com a qual os árbitros são convidados a compor o tribunal arbitral.

As investigações conduzidas no âmbito dessa dissertação demonstram que a substituição do método de formação do tribunal arbitral poderá contribuir para procedimentos mais equânimes e neutros, características fundamentais quando se considera a função jurisdicional do tribunal arbitral.

Não se pretendeu neste estudo generalizar os comportamentos de todos os árbitros, advogados e usuários dos procedimentos arbitrais, no entanto, parece-me que a grande maioria dos usuários da arbitragem se sentem ao menos incomodados com as questões abordadas na dissertação.

Como alternativa à escolha unilateral dos árbitros, os métodos apontados pelo autor Jan Paulsson parecem solucionar a questão de maneira satisfatória. O autor defende a escolha conjunta dos árbitros pelas partes, a escolha dos árbitros provenientes de uma lista pré-aprovada ou a escolha sem que os árbitros saibam qual parte teria indicado seu nome. Essas alternativas também não estão isentas de críticas e aprimoramentos, mas parecem ao menos minimizar as ações relatadas neste estudo.

CAPÍTULO V
BIBLIOGRAFIA

ARROYO, Manuel, *Dealing with Dissenting Opinions in the Award: Some Options for the Tribunal*, ASA Bulletin, (© Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International 2008, Volume 26 Issue 3).

BARROCAS, Manuel Pereira. *Igualdade das partes no direito de escolha dos árbitros e a complexidade do seu exercício*, in João Bosco Lee and Flavia Mange (eds), *Revista Brasileira de Arbitragem*, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International, 2018, Volume XV Issue 58).

BATTISSON, Andrew; TEO, Cheryl, *The Call to Remove Unilateral Appointments: Seven Years On*. Julho, 2017. Disponível em: <URL: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/07/03/call-remove-unilateral-appointments-seven-years/>>.

BERGER, Bernhard, *Rights and Obligations of Arbitrators in the Deliberations*, ASA Bulletin, (© Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International 2013, Volume 31 Issue 2).

BLACKABY, Nigel, PARTASIDES, Constantine, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration - 'Chapter 9. Award'*, 6th edition (© Kluwer Law International; Oxford University Press 2015), pp. 545-546.

BORN, Gary, *International Commercial Arbitration (Second Edition)*, 2nd edition (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2014) pp. 1636 – 1961.

BREKOULAKIS, Stavros L. *Chapter 14: Systemic Bias and the Institution of International Arbitration: A New Approach to Arbitral Decision-Making*, in Tony Cole, *The Roles of Psychology in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, Volume 40 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International,

2017).

CALADO, Diogo; JÚDICE, José Miguel, *Independência e imparcialidade do árbitro: alguns aspectos polêmicos, em uma visão lusobrasileira*, Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International 2016, Volume XIII Issue 49), pp. 36–51.

CARMONA, Carlos Alberto. *Os sete pecados capitais do árbitro*. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 52/2017. p. 391-406.

CONTHE, Manuel, *Paulsson's Nirvana Fallacy*, Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje (© Club Español del Arbitraje; Wolters Kluwer España 2017, Volume 2017, Issue 29), pp. 43-61.

DE BOISSÉSON, Maitre, *Le Droit Français de l'Arbitrage National et International* (1990), p.296.

DI PIETRO, Domenico. *The Controversial Role of Dissenting Opinions In International Arbitral Awards*. Disponível em: <URL: <https://blogs.law.nyu.edu/transnational/2011/10/the-controversial-role-of-dissenting-opinions-in-international-arbitral-awards/>>.

DOLINGER, Jacob. *O Árbitro da Parte - Considerações Éticas e Práticas*, Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2005, Volume II, Issue 6), pp. 29 – 45.

EBER, Ana Carolina, PASCUZZO S., Carmine A. et al., *Challenging the “Splitting the Baby” Myth in International Arbitration*, Journal of International Arbitration, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2014, Volume 31 Issue 6).

EL-KOSHERI, Ahmed S. e Y YOUSSEF, Karim, *L' independance des arbitres internationaux: le point de vue d' un arbitre*, Bulletin de La Cour Interationale d' Arbitrage da CCI, *L'indépendance de l'arbitre*, Supplément spécial 2007.

ELSING, Siegfried H.; SHCHAVELEV, Alexander, *Chapter 8: The Role of Party-Appointed Arbitrators*, in Patricia Shaughnessy and Sherlin Tung (eds), *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2017).

FINA, A.A. de, *The Party Appointed Arbitrator in International Arbitrations - Role and Selection*. In *Arbitration International – Vol. 15 – Number 4*. Disponível em <https://academic.oup.com/arbitration/article-abstract/15/4/381/193902> by guest on 05 November 2018.

GAILLARD, FOUCHARD AND GILL, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 1999)

GÓMEZ-ACEBO, Alfonso, *Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*, *International Arbitration Law Library*, Volume 34 (© Kluwer Law International, 2016).

GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª ed. Editora Almedina. 2014.

ICC *Dispute Resolution Statistics*. 2017. Disponível em: <URL: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/07/2017-icc-dispute-resolution-statistics.pdf>>.

INTERNATIONAL ARBITRATION SURVEY, 2012. Disponível em: <URL: http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2012_International_Arbitration_Survey.pdf>. Acesso em: 21.01.2019.

JIMÉNEZ-BLANCO, Gonzalo; OSORIO ITURMENDI, Lucas, *'Los Llamados "Árbitros de Parte"'*, *Spain Arbitration Review*. Revista del Club Español del Arbitraje, (© Club Español del Arbitraje; Wolters Kluwer España 2013, Volume 2013, Issue 18), pp. 63-122.

- KIRBY, Jennifer. *With Arbitrators, Less Can be More: Why the Conventional Wisdom on the Benefits of having Three Arbitrators may be Overrated*, Journal of International Arbitration, (© Kluwer Law International, 2009, Volume 26, Issue 3).
- LEE, João Bosco; PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis, *A Obrigação da Revelação do Árbitro – Está Influenciada por Aspectos Culturais ou Existe um Verdadeiro Standard Universal?*, Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2007, Volume IV, Issue 14).
- LEITE, António Pinto, *Independência, Imparcialidade e Suspeição de Árbitro*, Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, 2010, Volume VII Issue 25).
- LEMES, Selma Ferreira, *Dos árbitros*”, *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*, Pedro B. MARTINS, Selma FERREIRA LEMES e Carlos A. CARMONA. São Paulo: Forense, 1999, p. 245. 2.
- LEMES, Selma Ferreira, *A Independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação*. “III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)”, Coimbra: Almedina, 2010, 41/57.2009.
- LEMES, Selma Ferreira, *O procedimento de impugnação e recusa do árbitro, como sistema de controle quanto à independência e a imparcialidade do julgador*. Revista de Arbitragem e Mediação – Rarb, ano 13, nº 50, jul./set. 2016, p. 369/386.
- LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A., et al. *Comparative International Commercial Arbitration* (© Kluwer Law International; Kluwer Law International, 2003).
- LIEBERMAN, Seth, *Something’s rotten in the state of party-appointed arbitration: healing ADR’s black eye that is “nonneutral neutrals”*. Cardozo J. of Conflict Resolution [Vol. 5:215]

LORD KERR OF TONAGHMORE. *Dissenting judgments - self indulgence or self sacrifice?* The Birkenhead Lecture - 8 October 2012. Disponível em: <URL: <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-121008.pdf>>.

MARQUES, Ricardo Dalmaso, *Breves Apontamentos sobre a Extensão do Dever de Revelação do Árbitro*, Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2011, Volume VIII, Issue 31).

MCLAREN, Douglas Earl. *Party-Appointed vs List-Appointed Arbitrators: A Comparison*, Journal of International Arbitration, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2003, Volume 20, Issue 3), pp. 233 – 245.

MENON, Sundaresh, *Adjudicator, Advocate, or Something in Between? Coming to Terms with the Role of the Party-appointed Arbitrator*, Journal of International Arbitration, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2017, Volume 34 Issue 3), pp. 347-372.

MOSK, Richard; GINSBERG, Tom, *Liber Amicorum Bengt Broms*, Finnish Branch of the International Law Association, Helsinki, 1999.

MOURRE, Alexis, *Is the Free- Market of Adjudication Dysfunctional?*, in Albert Jan van den Berg (ed), *International Arbitration: The Coming of a New Age?*, ICCA Congress Series, Volume 17 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International, 2013).

MOURRE, Alexis, *Part I: International Commercial Arbitration, Chapter 20: Are Unilateral Appointments Defensible? On Jan Paulsson's Moral Hazard in International Arbitration*, in Stefan Michael Kroll , Loukas A. Mistelis , et al. (eds), *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, (© Kluwer Law international; Kluwer Law International, 2011), pp. 381-386.

NAIRAC, Charles, *Due Process Considerations in the Constitution of Arbitral Tribunals*, in Andrea Menaker (ed), *International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity*, ICCA Congress Series, Volume 19 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International, 2017), pp. 119–141.

OLIVEIRA, Aécio Filipe Coelho Fraga de; CAPRUZZI, Sara, *Dissenting opinion em arbitragens comerciais internacionais e seus possíveis efeitos: estudo comparativo entre a doutrina internacional e o arcabouço jurídico do Brasil e da Itália*. Disponível em: <URL: <http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/A%C3%A9cio-Filipe-Oliveira-Dissenting-opinion-em-arbitragens-comerciais-internacionais-e-seus-poss%C3%ADveis-efeitos1.pdf>>.

PAULSSON, Jan. *Moral Hazard in International Dispute Resolution*, Miami (2010), disponível em: <URL: https://www.arbitration-icca.org/media/4/69377396990603/media012773749999020paulsson_moral_hazard.pdf>.

PLMJ Sociedade de Advogados, *100 ANOS DE ARBITRAGEM: os casos essenciais comentados*, António Júdice Moreira.. [et al.]. Coimbra Editora. 2015.

RAPOSO, Mario, *O estatuto dos árbitros*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2007 (Vol. II), set.2007, disponível em: <URL: www.oa.pt>.

REDFERN, Alan, *Chapter 18: Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad and the Ugly*, in Julian D. M. Lew and Loukas A. Mistelis (eds), *Arbitration Insights: Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration*, Sponsored by Freshfields Bruckhaus Deringer, International Arbitration Law Library, Volume 16 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International).

REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU. CONVENÇÃO DE HAIA. *Resolução Pacífica de Controvérsias Internacionais*. disponível em: <URL: <https://bo.io.gov.mo/bo/ii/2012/12/aviso10.asp#ptg>>.

- ROGERS, Catherine A., *Ethics in International Arbitration*, Oxford University Press, 2014, Chapter 8, par.8.53.
- SAMMARTANO, Mauro Rubino. *International Arbitration Law and Practice*. 2001, p.766.
- SCOTT, *The Proceedings of the Hague Peace Conference, Translation of the Official Texts*, II The Conference of 1907, Meetings of the First Commission 2 (1921).
- SHEPPART, Audley; KAPELIUK-KLINGER, Daphna. *Chapter 13: Dissents in International Arbitration*, in Tony Cole , *The Roles of Psychology in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, Volume 40 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International, 2017).
- SHORE & FIGUEROA, Dissents, *Concurrences and a Necessary Divide Between Investment and Commercial Arbitration*, 3 *Global Arbitration Review*, 18, 20 (2008).
- SOONS. Liber. Amicorum A.H.A. *What's Wrong with International Law?* Boston: Brill Nijhoff, 2015, p.131.
- STIPPL, Christoph; ÖHLBERGER, Veit, *Chapter IV: The Award - Rendering of the Award by Multipartite Arbitral Tribunals: How to Overcome Lack of Unanimity?*, in Christian Klausegger, Peter Klein et al. (eds), *Austrian Arbitration Yearbook 2008*, *Austrian Yearbook on International Arbitration*, Volume 2008 (© Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung; Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2008)
- SUSSMAN, Edna. *Arbitrator Decision-Making: Unconscious Psychological Influences and What You Can Do About Them*, *Revista Brasileira de Arbitragem*, (©Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2014, Volume XI Issue 42), pp. 76–105.
- TUCCI, José Rogério, *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. Coord. Caio Cesar Vieira Rocha e Luis Felipe Salomão. 2015. Pp. 211-217.

VAN DER BERG, Albert, 'Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration' in Arsanjani (ed.), *Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, 822, 824 (Brill, 2011) ('van den Berg 2011').

VAN DER BERG, Albert, *Chapter 30: Charles Brower's problem with 100% - Dissenting opinions by Party-Appointed arbitrators in Investment Arbitration. In Practicing Virtue: Inside International Arbitration*(Oxford University Press), 2015 (504-513). Disponível em: disponível em: <URL: <http://www.hvdb.com/publications/?a=ajvandenbergh>>.

WERNER, Jacques, *Dissenting Opinions: Beyond Fears*, *Journal of International Arbitration*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 1992, Volume 9 Issue 4).

Jurisprudência

KLÖCKNER V. CAMEROON, *ICSID Case No. ARB/81/2* (Oct. 21, 1983) (Decision on the Application for Annulment Submitted by Klöckner), disponível em: <URL: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=sHowDoc&docId=DC665_En&caseId=C127>.

CZECH REPUBLIC v. CME Czech Republic BV, *Case No T 8735-01, 87-90* (May 15, 2003), 42 ILM 919 (Svea Court of Appeals), disponível em: URL: http://ita.law.uvic.ca/documents/CME2003-SveaCourtOfAppeal_000.pdf >.

ÍNDICE

DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO ANTI PLÁGIO	iii
DEDICATÓRIA	iv
AGRADECIMENTOS.....	v
EPÍGRAFE.....	vii
MODO DE CITAR E OUTRAS CONVENÇÕES.....	viii
LISTA DE ABREVIATURAS, ACRÔNIMOS E SIGLAS	x
DECLARAÇÃO DE NÚMERO DE CARACTERES	xii
RESUMO	xiii
ABSTRACT.....	xiv
CAPÍTULO I.....	1
INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO II	6
O DIREITO DE INDICAR O ÁRBITRO: DIREITO FUNDAMENTAL?	6
2.1 O direito de as partes escolherem os árbitros	10
2.2 Supressão da possibilidade de indicação unilateral dos árbitros	14
2.3 Dados estatísticos	21
2.4 O direito de apontar o árbitro não é fundamental	24
CAPÍTULO III.....	26
O DEVER DE INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DOS ÁRBITROS.....	26
3.1 Os princípios da independência e imparcialidade.....	26
3.2 O dever de revelação	30
3.3 A independência e imparcialidade dos árbitros e dos juízes estatais.....	33
3.4 A imparcialidade e independência dos árbitros indicados pelas partes e do presidente do tribunal arbitral.....	35
3.5 Diretrizes da IBA relativas a Conflitos de Interesses em Arbitragem.....	39
Internacional	39
CAPÍTULO IV -A PARCIALIDADE DOS ÁRBITROS DE PARTE NOS VOTOS DISSIDENTES	42
4.1 A doutrina internacional sobre os votos dissidentes	45
4.2 A (im)parcialidade do árbitro ao emitir um voto dissidente	51
4.3 Os votos dissidentes na arbitragem de investimento e suas peculiaridades.....	54
CAPÍTULO V.....	56
CONCLUSÃO	56
BIBLIOGRAFIA.....	60