

Document information
Publication Revista Brasileira de Arbitragem
Jurisdiction Brazil
Court Superior Court of Justice of Brazil
Case date 19 April 2017
Case number Case No. 9.412/ US (2013/0278872-5)
Parties Claimant, Asa Bioenergia Holding Ltda. and outros Defendant, Adriano Giannetti Ometto and Adriano Ometto Agrícola Ltda.
Link(s) to Related Case(s) Asa Bioenergia Holding Ltda. and outros v. Adriano Giannetti Ometto and Adriano Ometto Agrícola Ltda., Superior Court of Justice of Brazil, Case No. 9.412/ US (2013/0278872-5), 19 April 2017
Bibliographic reference Ricardo de Carvalho Aprigliano, Vera Cecília Monteiro De Barros, et al., 'Note: Asa Bioenergia Holding Ltda. and outros v. Adriano Giannetti Ometto and Adriano Ometto Agrícola Ltda., Superior Court of Justice of Brazil, Case No. 9.412/ US (2013/0278872-5), 19 April 2017', in João Bosco Lee and Daniel de Andrade Levy (eds), <i>Revista Brasileira de Arbitragem</i> , (© Comitê Brasileiro de Arbitragem

Note: Asa Bioenergia Holding Ltda. and outros v. Adriano Giannetti Ometto and Adriano Ometto Agrícola Ltda., Superior Court of Justice of Brazil, Case No. 9.412/ US (2013/0278872-5), 19 April 2017

Ricardo de Carvalho Aprigliano; Vera Cecília Monteiro De Barros; Ricardo Ramhalo Almeida
 (1)

II Comentário

Introdução

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça indeferiu o pedido de homologação de duas sentenças arbitrais estrangeiras no emblemático e rumoroso caso envolvendo o grupo Abengoa. A decisão é bastante longa e trata de questões extremamente interessantes e relevantes para a comunidade arbitral, tendo como ponto principal a análise de suposta ofensa à ordem pública diante de alegada parcialidade do árbitro presidente do tribunal arbitral (1).

Desde que passou a ter competência para julgar os pedidos de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, em 30 de dezembro de 2004, o STJ indeferiu o pedido de homologação com fundamento em ofensa à ordem pública em pouquíssimos casos, que basicamente tinham como tema central a ausência da convenção arbitral ou de prova inequívoca da manifestação de vontade das partes em se submeterem ao juízo arbitral. As partes recorrentemente alegam ofensa à ordem pública na tentativa de impedir a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, mas o STJ não tem admitido alegações genéricas nesse sentido, mostrando um posicionamento firme e ponderado sobre o assunto (2).

É dentro deste contexto que a recente decisão do STJ se mostra ainda mais interessante e instigante, despertando o imediato interesse dos três autores em comentá-la.

Antes de se adentrar na análise propriamente dita dos temas abordados na referida decisão, apresentar-se-á, inicialmente, uma breve síntese do caso, para que se possa compreender com exatidão as suas nuances e peculiaridades.

Em apertada síntese, Asa Bioenergy Holding A. G., Abengoa Bioenergia Agrícola Ltda., Abengoa Bioenergia São João Ltda., Abengoa Bioenergia São Luiz e Abengoa Bioenergia Santa Fé requereram a homologação de duas sentenças estrangeiras proferidas em procedimentos arbitrais administrados pela Câmara de Comércio Internacional (CCI 16.176/JRF/CA e CCI 16.513/JRF/CA), que tiveram como partes requeridas Adriano Giannetti Dedini Ometto e Adriano Ometto Agrícola Ltda. As arbitragens correram, simultaneamente, em Nova Iorque e foram julgadas pelos mesmos árbitros (Guilherme Aguiar Alvarez, José Emílio Nunes Pinto e David Rivkin).

▲
P 109
●
▼

Foi objeto das arbitragens um contrato de compra e venda de quotas (SPA), por meio do qual Adriano Ometto (requerido) transferiu para a Asa Bioenergy (requerente) o controle do então denominado Grupo Dedini Agro (GDA) e, conseqüentemente, a propriedade de usinas produtoras de açúcar e etanol localizadas em São Paulo. As demais requerentes participaram do ajuste como intervenientes anuentes e o requerido, Adriano Ometto Agrícola Ltda., firmou o contrato na qualidade de garantidor das obrigações contraídas pelo vendedor.

A Asa Bioenergy alegou nas arbitragens que, após assumir o controle do grupo, sentiu-se lesada por entender que o vendedor (Adriano Ometto) teria manipulado e omitido diversas informações durante a auditoria e o processo de negociação, bem como violado as garantias por ele prestadas no momento da celebração do ajuste. De acordo com a Asa Bioenergy, Adriano Ometto teria afirmado possuir capacidade para moer cerca de 7,1 milhões de toneladas de cana por ano-safra, com valor médio de US\$ 100,00 por tonelada, não tendo tais informações se confirmado, constatando-se déficit na capacidade de moer de 1 milhão de toneladas, o que levou ao pedido indenizatório.

O tribunal arbitral reconheceu dolo acidental do vendedor e acolheu o pedido indenizatório. No Procedimento Arbitral CCI nº 16.176, os requeridos foram condenados ao pagamento de US\$ 9.437.865,73, mais juros de 9% ao ano; US\$ 3.562.227,32 de correção monetária, mais juros de 1% ao mês; e US\$ 1.380.713,00 de custas de arbitragem. Na Arbitragem CCI nº 16.513, por sua vez, os requeridos foram condenados ao pagamento de US\$ 100.000.000,00, mais juros à taxa de 9% ao ano; US\$ 14.415.312,10 de correção monetária, mais juros de 1% ao mês; e US\$ 2.636.426,00 a título de custas de arbitragem.

As requerentes requereram ao STJ a homologação das sentenças arbitrais estrangeiras. Citados, os requeridos alegaram, em síntese: (i) a parcialidade do árbitro presidente do tribunal arbitral, uma vez que seria sócio sênior de banca de advocacia (Debevoise & Plimpton LLP, em Nova Iorque) que teria representado as empresas requerentes em diversas causas, com o recebimento de honorários; (ii) a desconsideração de provas essenciais para a defesa; (iii) a violação dos princípios da reparação integral e da legalidade e o desrespeito, no momento da fixação da indenização, à lei acordada e aplicável à controvérsia (brasileira) objeto da Sentença CCI nº 16.513, que fixou condenação que extrapolaria o limite previsto no art. 944 do Código Civil, equivalendo a 1/3 do valor de aquisição do contrato. Alegaram, ainda, que, em decorrência de tais fatos, teria havido violação à ordem pública e aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da igualdade. Por fim, os requeridos requereram o indeferimento do pedido de homologação e juntaram pareceres de renomados profissionais (Carlos Alberto Carmona, Nelson Nery Jr., Fabio Ulhoa Coelho e Ruy Rosado de Aguiar Junior).

▲
P 110
●
▼
P 111

Em réplica, as requerentes se insurgiram contra as objeções levantadas e argumentaram que, em sede de homologação, a análise restringe-se a aspectos formais, sendo vedado o reexame da causa, que não teria havido violação ao dever de imparcialidade e que o procedimento se desenvolvera de forma regular. As requerentes também anexaram pareceres de renomados profissionais (Arnoldo Wald, Selma Lemes e João Bosco Lee).

O Subprocurador-Geral da República manifestou-se pela procedência do pedido de homologação, cabendo aqui a transcrição de parte de seu parecer em que faz oportuna análise acerca da ordem pública:

A análise da compatibilidade da sentença homologanda com a “ordem pública” – conceito jurídico plurissignificante – deve ser apenas a atos e efeitos jurídicos absolutamente incompatíveis com o sistema jurídico brasileiro. Para que eventual incompatibilidade com a “ordem pública” leve à não homologação da sentença estrangeira, esta deve ser flagrante, pungente, *primo actu oculi*.

O Relator originário, Ministro Felix Fischer, analisou todos os argumentos levantados pelos requeridos e votou pela homologação das sentenças. Acerca da alegada parcialidade do árbitro presidente do tribunal arbitral, o Ministro consignou que, em havendo suspeita da parcialidade do julgador, o STJ estaria impedido de homologar a sentença estrangeira, mas asseverou que, no caso concreto, a parcialidade foi inicialmente questionada perante o próprio tribunal arbitral (por meio de pedido de impugnação) e, posteriormente, perante a Justiça Federal norte-americana, onde foi proposta ação de anulação das sentenças arbitrais, tendo sido afastada nos dois âmbitos. No entendimento do Ministro, o STJ não poderia resolver a questão suscitada, uma vez que, se tratando de tribunal arbitral instaurado nos Estados Unidos, seria daquele Estado a competência para julgar a parcialidade do árbitro americano, sob pena de “ferir a soberania daquela nação”, salientando, ainda, que os procedimentos de homologação não possuem caráter recursal.

No que tange à alegada ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, sob o argumento de não terem sido consideradas provas que seriam essenciais para a defesa (correspondências eletrônicas), o Ministro Felix Fischer ponderou que a efetiva participação dos requeridos no procedimento arbitral restou comprovada em diversos momentos, mas que os árbitros entenderam que a documentação em questão estava resguardada pelo sigilo profissional. E quanto à suposta afronta ao princípio da reparação integral e da legalidade, no que diz respeito ao cálculo e à forma de aplicação da indenização, bem como quanto à alegação de que não teria sido aplicada a lei brasileira, o Ministro entendeu que referida tese não poderia ser discutida em sede de homologação, por se confundir com o próprio mérito das sentenças arbitrais.

▲
P 111
●
▼
P 112

Com base nesses argumentos, o Ministro afirmou não vislumbrar a ocorrência da ofensa à ordem pública e ressaltou que a demanda tem como tema de fundo a responsabilidade das partes em ajuste de compra e venda, cujo regramento foi pactuado de acordo com a vontade de ambos os contratantes. Assim, o Ministro entendeu que foram atendidos os requisitos indispensáveis à homologação das sentenças estrangeiras e votou pela sua homologação.

O Ministro João Otávio de Noronha abriu a divergência, ressaltando serem três os argumentos que, segundo os requeridos, impediriam a homologação das sentenças arbitrais estrangeiras: (i) a alegada parcialidade do árbitro presidente; (ii) o indeferimento de prova relevante para a defesa dos requeridos; e (iii) a fixação de indenização que extrapola a extensão dos danos. Ressaltou que o procedimento de homologação não autoriza o reexame do mérito da decisão homologanda, “excepcionadas as hipóteses em que se configurar afronta à soberania nacional, à ordem pública ou aos bons costumes”.

Com relação ao primeiro argumento, o Ministro Noronha entendeu que

o recebimento pelo escritório de advocacia do árbitro presidente de vultosa

quantia paga por uma das partes no curso da arbitragem, ainda que não decorrente do patrocínio direto de seus interesses, *mas com eles relacionado*, configura hipótese objetiva passível de comprometer a isenção do árbitro presidente, podendo ser enquadrada no inciso II do art. 135 do CPC.

O Ministro ponderou, ainda, que outros dois fatos lastreiam a alegação dos requeridos quanto à falta de confiança no árbitro presidente. O primeiro é que o escritório de advocacia do árbitro presidente representou a empresa Schneider Electric na operação de aquisição das ações que a Abengoa S/A detinha na companhia Telvent GIT S/A, avaliada em US\$ 2 bilhões. Além disso, em outra operação, o fundo de investimentos First Reserve, cliente habitual do escritório Debevoise, adquiriu, no curso da arbitragem, ações da sociedade Abengoa S/A, que é a *holding* controladora do grupo Abengoa. Nessa operação, avaliada em US\$ 400 milhões, o escritório do árbitro presidente igualmente prestou assessoria ao Departamento de Energia dos EUA para a aprovação da operação, com todos os envolvimento daí decorrentes.

Tais fatos, de acordo com o Ministro Noronha, evidenciam que o escritório do árbitro presidente teve contatos relevantes com sociedades do grupo Abengoa e com questões de alta importância para o grupo econômico no curso da arbitragem. Ponderou, ademais, que, ainda que não se trate de relações cliente-advogado, não podem ser desconsideradas, sobretudo se levados em conta os valores nela envolvidos, o que autoriza, no seu entender, o enquadramento na cláusula aberta de suspeição prevista no inciso V do art. 135 do CPC. O Ministro também destacou que o art. 13 da Lei de Arbitragem dispõe que pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que detenha a “confiança das partes”, expressão que, segundo ele, compreende, de um lado, a indicação de pessoa da sua confiança e, de outro, a aceitação de indicado pela parte adversa e de quem não tenha razão para desconfiar.

▲
P 112

▼
P 113

Dada sua origem contratual, o Ministro Noronha afirmou que a arbitragem põe em relevo a confiança fiducial e destacou trecho de parecer anexado aos autos, da lavra de Carlos Alberto Carmona, no sentido de que a “pedra de toque neste jogo de confiança-desconfiança é o dever de revelação”, o que, nas palavras do Ministro, “abrange aqueles fatos concretamente relacionados às partes ou à causa a ser julgada, passíveis de, razoavelmente, interessar às partes na avaliação da confiança que devam depositar no árbitro e que se constitui em elemento de validade da arbitragem”. Assim, restou evidenciada para o Ministro Noronha a presença de elementos objetivos aptos a comprometer a imparcialidade e independência do árbitro presidente, que não foram revelados às partes como determina a lei, não havendo, no seu entendimento, condições legais para homologar as sentenças arbitrais.

Com relação ao terceiro argumento, o Ministro Noronha manifestou que a afronta ao princípio da reparação integral e o conseqüente julgamento fora dos limites da convenção de arbitragem, que determinava aplicação da lei brasileira, também obstam a pretendida homologação da Sentença Arbitral nº 16.513, na parte em que condenou os requeridos na obrigação de pagar indenização fixada no montante de US\$ 100 milhões. O Ministro apontou que, tendo constatado capacidade de moagem das empresas inferior àquela declarada pelo vendedor, o tribunal arbitral reconheceu caracterizado o dolo acidental e fixou indenização com base em uma avaliação financeira do negócio. Ponderou, no entanto, que a lei brasileira dispõe, expressamente, que a indenização mede-se pela extensão do dano (art. 944 do Código Civil), que deve ser efetivo e estar comprovado nos autos, inexistindo previsão legal que ampare a obrigação de indenizar danos eventuais ou hipotéticos. Manifestou que o tribunal arbitral fixou a indenização adotando como critério o preço do negócio, o que, na sua compreensão, implica distorção do sistema brasileiro de responsabilidade civil.

O Ministro concluiu que, considerando que o Direito brasileiro, eleito pelas partes para regular a relação contratual e a arbitragem, não autoriza a condenação na obrigação de indenizar em valor que supere os efetivos prejuízos suportados pela vítima, a sentença arbitral extrapolou os limites da convenção de arbitragem, devendo ser recusada a pretendida homologação nessa parte, consoante prevê o art. 38, IV, da Lei de Arbitragem.

A Ministra Nancy Andrighi também pediu vista e analisou com profundidade a questão da alegada parcialidade do árbitro. Ponderou, inicialmente, que a imparcialidade do julgador não é matéria de mérito, mas pressuposto processual de validade da decisão jurisdicional. Ressaltou que, em qualquer ordenamento onde vigorem os princípios da isonomia e do devido processo legal, a imparcialidade do julgador é “pressuposto que deve estar presente para que o mérito de qualquer processo seja validamente por ele julgado”.

▲
P 113

▼
P 114

A Ministra também pontuou que a imparcialidade do julgador decorre de princípios e garantias constitucionais e é matéria de ordem pública, cognoscível a qualquer tempo, e que por certo pode ser examinada quando em curso o processo de homologação. Ela fez a análise detida da dimensão do dever de imparcialidade do árbitro, aplicando-a ao caso concreto, e entendeu que, nos termos do inciso II do art. 39 da Lei nº 9.307/1996, as sentenças arbitrais submetidas à homologação ofendem a ordem pública brasileira, em razão da sua incompatibilidade com o § 1º do art. 14 da Lei de Arbitragem e com o art. 1º, *caput* e inciso I, e art. 5º, incisos I, XXXVII e LIII, ambos da Constituição Federal. Votou pelo indeferimento da homologação.

O Ministro Herman Benjamin igualmente pediu vista dos autos e entendeu descabidos o segundo e terceiro argumentos apresentados pelos requeridos. Ponderou que não é fundamento para não homologação da sentença arbitral o entendimento de que os árbitros decidiram mal, seja quanto aos fatos, seja quanto à aplicação do Direito. Concordeu, entretanto, com o primeiro argumento, manifestando que “os episódios relativos ao Departamento de Energia e aquisição pelo First Reserve de participação no Grupo Abengoa geram a suspeição do presidente dos tribunais arbitrais, sendo que julgamentos proferidos com a participação de julgador suspeito violam a ordem pública brasileira”. Assim, acompanhou a dissidência inaugurada pelo Ministro Noronha e votou pela não homologação das sentenças.

Após os pedidos de vista, o Ministro Felix Fischer analisou detalhadamente os votos divergentes e reafirmou as razões pelas quais entendeu não haver óbice à homologação das sentenças. Os Ministros Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Raul Araújo acompanharam a divergência e, assim, a Corte Especial, por maioria, indeferiu o pedido de homologação das sentenças arbitrais estrangeiras.

Feita essa breve síntese do caso, necessária para a exata compreensão da análise que será realizada adiante, serão apresentadas, inicialmente, algumas questões relevantes acerca da homologação de sentença arbitral estrangeira, para que, em seguida, se adentre no exame propriamente dito de cada um dos pontos levantados na decisão anteriormente descrita.

1 Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira: Disciplina Legal Aplicável

P 114
P 115
O processo de homologação das sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil está regulado, primeiramente, pelo disposto nos arts. 34 a 40 da Lei Brasileira de Arbitragem (LBA). O art. 34 da LBA estabelece que a sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos da Lei Brasileira de Arbitragem. Em virtude de tal dispositivo, que está em perfeita harmonia com o § 3º do art. 960 do CPC/2015, o regime geral de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil é o da Convenção de Nova Iorque de 1958 (3), que foi internalizada no ordenamento jurídico nacional em julho de 2002.

Desde que promulgou a Convenção de Nova Iorque em 1958, considerada um instrumento de cooperação jurídica internacional que proporciona assistência mútua entre Estados e que garante estabilidade para as relações internacionais, o Brasil passou a integrar o grupo de países que cooperam para a efetividade da arbitragem comercial, conferindo segurança jurídica em seu território às decisões arbitrais proferidas no exterior (4). A Convenção, que já foi ratificada por 157 países (5), foi criada para assegurar a efetividade das sentenças arbitrais nos Estados signatários, mediante o compromisso expresso de reconhecer e dar execução a tais sentenças, respeitadas as regras processuais que se aplicam no território do país de reconhecimento.

P 115
P 116
A regra geral consagrada pela Convenção de Nova Iorque está prevista em seu art. III, que estabelece que cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e que as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada. A Convenção define, em seu art. IV, os documentos necessários para o pedido de homologação e, no seu art. V, estabelece as hipóteses de recusa do pedido de reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira, já que não pode desconsiderar postulados fundamentais dos Estados que a subscreveram. Vale notar que as situações previstas no art. V da Convenção, que objetivam preservar os princípios sobre os quais se assentam as ordens jurídicas nacionais, têm caráter de exceção à regra geral contida no art. III de obrigatoriedade do reconhecimento da sentença arbitral estrangeira pelo Poder Judiciário do Estado em que se busca tal reconhecimento e devem ser interpretadas restritivamente (6).

Cabe ressaltar, ainda, que em seu art. VII.1 a Convenção prevê que, havendo lei ou tratado no país em que se pleiteie o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira com normas mais favoráveis do que a própria Convenção, aquelas prevalecerão sobre esta (o chamado “princípio da máxima eficácia”). No caso do Brasil, a Lei de Arbitragem, em seus arts. 38 e 39, praticamente reproduziu os dispositivos da Convenção de Nova Iorque acerca das hipóteses de indeferimento do reconhecimento da sentença arbitral estrangeira, com mínimas alterações. De toda forma, havendo diferença mais favorável, essa prevalecerá sobre a Convenção (7).

Como dito, o art. III da Convenção de Nova Iorque delega ao Estado *ad quem* a atribuição de definir, de acordo com sua própria legislação, o regime procedimental do processo homologatório. Neste contexto, deve-se ponderar que, em seu art. 36, a Lei Brasileira de Arbitragem, que é a principal norma interna disciplinadora do procedimento para o reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras, faz remissão expressa ao art. 483 do Código de Processo Civil, que, em seu parágrafo único, delegava ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal a regulamentação da matéria. Depois de transferida a competência para homologação de sentenças estrangeiras ao Superior Tribunal de Justiça, este substituiu as normas internas do Supremo Tribunal Federal pelas contidas na Resolução nº 9/2005 (8) e, posteriormente, editou a Emenda Regimental nº 18, em 17 de dezembro de 2014, revogando a Resolução nº 9/2005 e alterando o seu Regimento Interno

quanto ao processo de homologação de sentenças estrangeiras.

Nesse cenário, desde então, o procedimento de homologação de uma sentença estrangeira segue o disposto nos arts. 216-A a 216-X do Regimento Interno do STJ (RISTJ), com as adaptações previstas pela Lei Brasileira de Arbitragem, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Civil. Cabe notar que, após a entrada em vigor do CPC/2015, a homologação das decisões estrangeiras está regulada nos arts. 960 a 965, que está em perfeita harmonia com o disposto no art. 34, *caput*, da Lei nº 9.307/1996, importando ● ressaltar que o § 3º do art. 960 também estabelece que a homologação das decisões arbitrais estrangeiras observará ao disposto em tratado e em lei, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do CPC/2015.

▲
P 116
P 117
▼

Deve-se observar, ainda, que, como se viu, com a ratificação da Convenção de Nova Iorque pelo Brasil, o processo de homologação de sentença arbitral estrangeira deve seguir os dispositivos da referida Convenção. O que se percebe, contudo, é que, apesar de o STJ vir aplicando de modo consistente o princípio de que o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras é a regra, a fundamentação está, na grande maioria dos casos, alicerçada na Lei de Arbitragem, e não no texto da Convenção de Nova Iorque (9). Isso decorre do fato de, como visto, a Lei de Arbitragem consagrar causas impeditivas de homologação semelhantes àquelas previstas na Convenção de Nova Iorque. No entanto, é importante que o STJ entenda as lides no contexto internacional e uniforme da Convenção de Nova Iorque e se valha da rica jurisprudência internacional construída à luz das normas convencionais. De todo modo, é certo que a grande maioria das decisões da Corte brasileira alinham-se com os ditames da Convenção de Nova Iorque, não trazendo grande prejuízo para a essencial segurança jurídica que reclama o comércio internacional.

Vale apontar que o Ministro Castro Meira, em voto proferido no julgamento da SEC 3.709, ressaltou a importância de se fazer referências à Convenção de Nova Iorque nas decisões:

Tive a oportunidade de examinar o voto de Sua Excelência com antecedência e estou de pleno acordo. Queria registrar apenas, aqui, a elogiável iniciativa do Relator de também se reportar à Convenção de Nova York. Sabemos que essa referência é importante para as decisões do STJ poderem repercutir fora do âmbito nacional, já que é a Convenção fundamental no que diz respeito à resolução dos conflitos que se reportam ao compromisso arbitral.

Apresentadas essas questões relevantes acerca da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, passa-se à análise propriamente dita dos pontos relevantes tratados na decisão.

2 Suposta Vinculação do STJ À Decisão da Justiça Norte-Americana

O primeiro aspecto que merece ser enfrentado, ainda que brevemente, refere-se à suposta vinculação do STJ à decisão da Justiça norte-americana. Isso porque, como mencionado anteriormente, ao analisar a questão da alegada parcialidade do árbitro presidente, o Ministro Felix Fischer entendeu não ser ● possível ao STJ resolver a questão já decidida pela Justiça norte-americana, uma vez que, se tratando de tribunal arbitral instaurado nos Estados Unidos, seria daquele Estado a competência para o exame da questão.

▲
P 117
P 118
▼

Não parece correto tal posicionamento do Ministro Felix Fischer, uma vez que a imparcialidade do julgador é matéria de ordem pública, que está sujeita à análise, pelo STJ, no julgamento de todo pedido de homologação de sentença estrangeira, ainda que essa questão já tenha sido tratada no país de origem. As decisões proferidas pela Justiça norte-americana não têm o condão de obstar a análise da questão pelo STJ. Como bem ponderado pela Ministra Nancy Andrighi em seu voto-vista, não é porque no país de origem da sentença estrangeira homologanda foi afastada a alegação de violação ao dever de imparcialidade do árbitro, que estaria o STJ impedido de analisar a questão, já que, como dito, se trata de matéria de ordem pública.

A ofensa à ordem pública impede a homologação de sentença arbitral estrangeira, conforme disposto no art. V (2) (b) da Convenção de Nova Iorque, que estabelece que a homologação de uma sentença arbitral estrangeira poderá ser recusada, caso se constate que o reconhecimento ou a execução da sentença é contrário à ordem pública do país onde se tenciona obter o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral. A Lei Brasileira de Arbitragem tem dispositivo semelhante (art. 39, II).

A imparcialidade do árbitro é da essência de sua função jurisdicional e é fundamental em qualquer arbitragem. O árbitro não pode ter nenhum interesse na causa e deve ser totalmente independente, sendo indispensável que seja mantida a equidistância entre o julgador e as partes. Deve ser recusada a homologação de sentença arbitral na qual se verifique que houve a parcialidade do árbitro, por ofensa à ordem pública (10), razão pela qual se entende ser possível, sim, e até necessário ao STJ, apreciar e resolver a questão, mesmo que já decidida pela Justiça norte-americana.

▲
P 118
P 119
▼

● Outra questão, bem diferente, é a de qual grau de exame deve ser feito no contexto da homologação de uma sentença estrangeira. Porque se, de um lado, cuida-se de juízo de deliberação, no qual os aspectos do mérito do litígio julgado pela sentença estrangeira não são passíveis de revisão; de outro lado, a contestação baseada em vícios processuais

são passíveis de revisão, de outro lado, a contestação baseada em vícios processuais exige cognição aprofundada do tema objeto da demanda de homologação. Se há alegação de falta de imparcialidade do árbitro, esse tema deve ser amplamente debatido e objeto de instrução probatória, recebendo julgamento no qual se realize cognição exauriente a respeito dos pontos que estão na base da impugnação ao reconhecimento da sentença arbitral estrangeira.

A consideração feita pelo Ministro Felix Fischer está equivocada, porque não pode haver a vinculação do Tribunal brasileiro às conclusões obtidas nos julgamentos estrangeiros. Tal não significa, porém, que as investigações realizadas, os depoimentos tomados na ação anulatória e demais elementos, caso tenham sido trazidos ao processo de homologação, como meios de prova, não devessem ser levados em consideração no julgamento, para se examinar concretamente a alegação de parcialidade do árbitro. Como será visto, as decisões proferidas nos Estados Unidos, que examinaram de forma aprofundada as alegações de parcialidade, concluíram em sentido negativo, validando a decisão do tribunal arbitral. Já a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que limitou seu exame a um dos aspectos da questão – a violação do dever de revelação – e não examinou com o mesmo grau de detalhe os fundamentos da causa, concluiu em sentido positivo, recusando a homologação.

Também nesse aspecto a decisão merece críticas, pois realizou a cognição da causa em grau mais superficial do que deveria.

3 O Controle da Ordem Pública Material e Processual Pelo STJ

O conceito de ordem pública não cessa de gerar perplexidade, sendo um lugar comum, na jurisprudência e na doutrina, manifestações de insegurança quanto à sua “indefinição” e “incerteza”. No entanto, é normal que assim seja, pois se trata de um princípio geral, que se manifesta como conceito jurídico indeterminado, variável no tempo e no espaço, e necessariamente mutável, conforme a evolução do sentimento de juridicidade prevalecente em cada ordenamento jurídico, em cada época.

O conceito, em si, é muito simples e singelo, pois consiste no núcleo irredutível das concepções jurídicas fundamentais, inderrogáveis, que propiciam coerência ética ao ordenamento. A sua utilidade, no contexto de reconhecimento e execução de decisões estrangeiras, é servir como um obstáculo, um freio à internalização de decisões estrangeiras cujos resultados e efeitos sejam gravemente chocantes à ordem pública nacional.

▲ P 119

● P 120 ▼

O princípio da ordem pública teve desenvolvimentos distintos no âmbito do Direito Civil e do Direito Internacional Privado, tratando-se de noção fundamentalmente similar, mas com aplicações distintas, no que respeita às relações jurídicas exclusivamente internas, que não apresentam qualquer elemento de estraneidade, e àquelas internacionais, a saber, as que, objetiva ou subjetivamente, dizem respeito a mais de uma jurisdição, por ultrapassarem os limites espaciais de vigência do ordenamento jurídico de um único Estado soberano.

No âmbito do Direito Civil, a violação à ordem pública é circunstância geradora de nulidade dos negócios jurídicos que contrariem norma imperativa (também dita *cogente*, ou seja, que não pode ser derogada pela vontade das partes) ou os bons costumes, conforme arts. 122, 606, parágrafo único, 1.125 e 2.035, parágrafo único, do Código Civil. Também é esse o princípio subjacente à hipótese de nulidade do negócio jurídico que “tiver por objetivo fraudar lei imperativa”, conforme dicção do art. 166, inciso VI, do mesmo Código.

Já, no campo do Direito Internacional Privado, a ordem pública, juntamente com a soberania nacional e os bons costumes (conceitos que, a rigor, são abrangidos pela primeira), funciona em duas dimensões principais. De um lado, nos casos em que o juiz nacional deva aplicar Direito estrangeiro, por força das normas de conflito de leis brasileiras, a ordem pública impede a aplicação de normas jurídicas estrangeiras que sejam gravemente ofensivas ao Direito brasileiro. De outra parte, no que respeita à produção de efeitos, no País, de situações jurídicas produzidas no exterior, a ordem pública impede o reconhecimento de atos ou declarações de vontade, ou, ainda, o reconhecimento e a execução de decisões estrangeiras, que produzam consequências aberrantes para o nosso ordenamento jurídico (art. 17 da LINDB).

No campo da homologação de decisões judiciais estrangeiras, o mesmo princípio é consagrado pelo art. 963, VI, do CPC e, no que diz respeito às sentenças arbitrais estrangeiras, pelo art. V, “b”, II, da Convenção de Nova Iorque e art. 39, inciso II, da Lei nº 9.307/1996.

Em virtude da similitude quanto à linguagem, à natureza e ao modo de operação do princípio da ordem pública nos dois domínios – o interno e o internacional –, pode acontecer de os respectivos contornos ficarem pouco discerníveis, dando margem a confusões. No entanto, a ordem pública de Direito Civil, chamada ordem pública “interna”, é claramente distinta da ordem pública de Direito Internacional Privado, chamada “ordem pública internacional”.

Essa distinção expressa de nomenclatura ainda não prevalece no Brasil, ao menos no que respeita à jurisprudência do STJ (não quanto à doutrina), mas é muito comum em outros

respeita a jurisprudência do STJ (não quanto a doutrina), mas é muito comum em outros ordenamentos jurídicos, onde, inclusive, está consagrada em lei (vide, por exemplo, em Portugal, o art. 56, “b”, ii, da Lei nº 63/2011, de 14 de dezembro; na França, o art. 1.514 do CPC).

▲
P 120

●
P 121
▼

A ordem pública interna é naturalmente menos tolerante do que a ordem pública internacional, pois não admite que negócios jurídicos entre particulares, sujeitos a um mesmo e único ordenamento jurídico, contravenham determinações imperativas da lei interna. Já a ordem pública internacional é mais liberal, pois, até certo ponto, tolera divergências nos regramentos legais prevalentes em ordenamentos jurídicos distintos, não repudiando a aplicação, pelo julgador estrangeiro (ou pelo julgador nacional, ao aplicar Direito estrangeiro), de normas de ordenamento jurídico estrangeiro, que sejam distintas das normas vigentes no nosso ordenamento, ainda que estas tenham caráter imperativo, no âmbito interno.

Um exemplo simples pode ser esclarecedor. O Código Civil brasileiro, em seu art. 192, proíbe a alteração dos prazos de prescrição por acordo entre as partes. Essa norma é indubitavelmente imperativa e eventual pactuação que lhe contrarie é considerada nula, devendo forçosamente prevalecer o prazo prescricional legalmente aplicável à hipótese. No entanto, se o negócio jurídico for de âmbito internacional e, mais, regido por lei estrangeira, e se essa lei estrangeira contemplar prazos prescricionais distintos dos nacionais ou permitir que as partes modifiquem tais prazos, livremente, por acordo, a sentença estrangeira que aplicar prazo prescricional diferente do brasileiro, ou reconhecer a validade do referido pacto das partes, à luz do direito aplicável, nem por isso será considerada ofensiva à ordem pública brasileira. Em suma, no âmbito de uma relação jurídica exclusivamente interna, deve prevalecer a norma cogente do ordenamento jurídico nacional; por outro lado, quando se tratar de relação jurídica internacional, a norma vigente no ordenamento interno, ainda que cogente, pode ceder o passo a um regramento distinto.

O Direito Internacional Privado é, por excelência, o direito da tolerância e da convivência entre diferentes ordenamentos jurídicos, em busca da pacificação social – escopo principal da jurisdição – também quanto às relações jurídicas que ultrapassam as fronteiras nacionais. Por isso, a aplicação do princípio da ordem pública, como óbice à homologação de sentença estrangeira, é mais nuançada, mais excepcional, mais rarefeita.

A aplicação que o Superior Tribunal de Justiça faz do princípio da ordem pública, no contexto da homologação de decisões estrangeiras, é compatível com a ordem pública internacional, ainda que tal nomenclatura não ocorra, de forma explícita, em sua jurisprudência. A distinção é corretamente aplicada, na prática, ao se fundamentar a rejeição a alegações de violação a normas legais, que são típicas da ordem pública interna.

▲
P 121

●
P 122
▼

Por exemplo, na SEC 3.035/FR, julgada em 19.08.2009 e relatada pelo Ministro Fernando Gonçalves, o voto-vista da Ministra Nancy Andrighi registrou que a aplicação, pela decisão homologanda, de uma convenção internacional ● ainda não ratificada, à época, pelo Brasil (a CISG), e não vigente nos países onde ambas as partes tinham domicílio, não significava, por si só, ofensa à ordem pública. Segundo a Ministra, “tendo os contratantes escolhido o direito de um terceiro país para a solução da controvérsia, as partes renunciaram à aplicação da lei interna de seu respectivo país, em prol da regulação da matéria por um sistema normativo estrangeiro”.

Outro exemplo em que ficou esboçada, ainda que não explicitada, a distinção entre ordem pública interna e internacional é a SEC 802/US, julgada em 17.08.2005 e relatada pelo Ministro José Delgado. Nesse caso, ficou decidido que a exceção do contrato não cumprido, prevista no art. 1.092 do Código Civil de 1916, “não tem natureza de ordem pública e não se vincula ao conceito de soberania nacional”.

Ingressando na análise do caso Abengoa, destaca-se a divergência entre o Relator original, Ministro Felix Fischer, e o prolator do voto-condutor, Ministro João Otávio de Noronha, a respeito da relevância, para a ordem pública internacional (novamente não explicitada nesses termos), da concepção brasileira de suspeição e impedimento.

Os Ministros estavam de pleno acordo quanto à indispensabilidade e à absoluta necessidade de que o julgamento fosse proferido por um julgador imparcial, o que significa que a imparcialidade do julgador é considerada uma exigência fundamental do Direito brasileiro, ao ponto de integrar a sua ordem pública internacional.

No entanto, o Relator original sustentou que a concepção de imparcialidade a ser aplicada ao caso concreto deveria ser a da lei aplicável à questão da independência e imparcialidade dos árbitros – a lei de Nova Iorque, *lex arbitri* do caso –, segundo a qual, conforme decisão proferida em ação anulatória naquele Estado americano, o vício da falta de imparcialidade só poderia ser reconhecido à vista de alguma evidência concreta de que o julgador teria agido com parcialidade. Já, a concepção brasileira, no entendimento de ambos os Ministros, dispensaria a demonstração da efetiva conduta parcial e se satisfaria com a existência de alguma circunstância que, em tese, pudesse dar ensejo a dúvidas sobre a imparcialidade do julgador, conjugada com a omissão do árbitro em revelar tal circunstância.

Segundo o entendimento que prevaleceu no acórdão ora comentado, não só a imparcialidade do julgador seria um valor fundante do ordenamento jurídico brasileiro, de fonte e *status* constitucional, como também estariam albergados pela ordem pública internacional brasileira os critérios e padrões do nosso Código de Processo Civil, quanto à verificação de impedimento ou suspeição.

P 122

P 123

Restou desacolhida, assim, a exigência de efetiva demonstração de comportamento parcial por parte do julgador, que prevalecera na jurisdição de origem das sentenças. Para a recusa à homologação da sentença estrangeira, bastou o descumprimento, ou cumprimento defeituoso, do dever de revelação por parte do árbitro e a existência, pelas circunstâncias do caso, de dúvida abstrata, no espírito de um observador externo, sobre a imparcialidade do árbitro, dadas as relações existentes entre o seu escritório de advocacia e o grupo empresarial da parte requerente da homologação.

O Tribunal não demonstrou, portanto, qualquer abertura, nessa matéria, às soluções legislativas de outras jurisdições, nem empreendeu uma análise comparativa, mas, unicamente, baseou-se nos critérios da lei brasileira e na doutrina e jurisprudência produzidas no Brasil sobre o tema, em contextos exclusivamente nacionais. A sua abordagem foi mais condizente com a ordem pública interna do que com a ordem pública internacional, pois levou em escassa consideração o caráter internacional das relações jurídicas subjacentes.

Passa-se, a seguir, à análise de tal entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, à luz dos fatos que lhe serviram de base.

4 Parcialidade do Árbitro

A recusa à homologação das sentenças arbitrais em questão foi fundamentada em três fatos, independentes entre si, relativos ao presidente do tribunal arbitral. Para melhor compreender o julgado, é preciso examiná-los com algum detalhe. Registre-se que a leitura do acórdão não indica todos os elementos fáticos discutidos pelas partes, de forma que a análise é complementada com o exame das peças processuais.

O árbitro presidente, David Rivkin, é sócio do escritório de advocacia Debevoise & Plimpton LLP, com sede em Nova Iorque e filiais em diversas outras partes do mundo. Segundo o relato do caso, o árbitro realizou a checagem do conflito, por ocasião da primeira arbitragem, não tendo identificado conflitos em relação às partes da arbitragem, Asa Bioenergy Holding A. G. e Adriano Giannetti Dediní Ometto, bem como seus controladores, suas filiais e suas subsidiárias. A segunda arbitragem, iniciada três meses depois, apesar de relacionada à mesma relação contratual, tinha partes adicionais: Abengoa Bioenergía Agrícola Ltda., Abengoa Bioenergía São João Ltda., Abengoa Bioenergía São Luiz, Abengoa Bioenergía Santa Fé e Andre Ometto. Ao ser nomeado, o árbitro presidente fez nova checagem de conflito, recebeu resposta negativa em seu escritório e aceitou o encargo. Constatou-se, posteriormente, que a área administrativa do escritório Debevoise não anotou corretamente aqueles conflitos em seus registros, gerando duas consequências. Uma, para os demais integrantes do escritório, a verificação posterior de conflitos não indicou que David Rivkin estava funcionando como árbitro presidente em demanda envolvendo o grupo Abengoa. Duas, que o próprio árbitro não foi informado acerca desses fatos subsequentes, o que foi inclusive demonstrado na ação anulatória que tramitou perante a Justiça de Nova Iorque, na qual o próprio árbitro foi arguido, sob juramento.

P 123

P 124

Três são as circunstâncias examinadas pelo acórdão, que serão mais bem explicadas nos subtópicos a seguir.

4.1 O pagamento de vultosos honorários pela Abengoa ao escritório do árbitro presidente

No caso, não foi disputado entre as partes que ocorreu o pagamento de honorários, durante o curso da arbitragem, por empresa do grupo Abengoa para o escritório Debevoise. Também restou incontroverso que o pagamento se deu por força de disposição legal específica, que impõe ao particular, interessado em obter licenciamentos e aprovações do Departamento de Energia do Governo americano, o dever de pagar os honorários do escritório de advocacia que o Governo escolhe para assessorá-lo.

Na situação concreta, a Abengoa Solar, que não era parte na arbitragem, mas que pertence ao mesmo grupo da Asa Bioenergy Holding A. G., contratou um outro escritório de advocacia para assessorá-la, enquanto que o Departamento de Energia escolheu o Debevoise. Ao final desse procedimento administrativo, a fatura de honorários que o Departamento de Energia devia ao seu escritório foi enviada para pagamento pela Abengoa Solar, daí resultando o incontroverso pagamento do grupo Abengoa para o Debevoise.

A questão foi objeto de alegação e prova na ação anulatória que tramitou perante o Poder Judiciário americano, a qual foi negada mediante a consideração de que (i) o fato do pagamento não significou o estabelecimento de uma relação advogado-cliente entre o escritório do árbitro e a parte da arbitragem, (ii) o árbitro não chegou a saber se seu escritório havia se envolvido naquela atuação profissional ou que recebeu honorários pagos pela Abengoa e, (iii) em qualquer caso, o Debevoise não atuou em favor do grupo Abengoa, mas em posição contrária, representando o Departamento de Estado. Assim, foi

afastada a alegação de parcialidade do árbitro presidente.

No Superior Tribunal de Justiça, o Ministro João Octávio de Noronha considerou, acolhendo alegação dos requeridos,

que a circunstância de tais honorários não decorrerem de assessoria direta ao grupo Abengoa é irrelevante para afastar a configuração da hipótese de suspeição do árbitro presidente, na medida em que os projetos bilionários submetidos pelo grupo Abengoa ao governo americano não o colocam, necessariamente, em posição de antagonismo com o ente governamental, mas numa posição de ● colaboração, que, aliás, se prolongará, inclusive, após a conclusão de eventual contrato. (11)

▲
P 124
P 125
▼

Ainda do voto, que acabou prevalecendo, extrai-se a seguinte afirmação:

O recebimento pelo escritório de advocacia do árbitro presidente de vultosa quantia paga por uma das partes no curso da arbitragem, ainda que não decorrente do patrocínio direto de seus interesses, mas com eles relacionado, configura hipótese objetiva passível de comprometer a isenção do árbitro presidente, podendo ser enquadrada no inciso II do art. 135 do CPC.

Em seu voto-vista, a Ministra Nancy Andriighi igualmente atribuiu relevância ao recebimento de honorários por empresa relacionada à parte da arbitragem, sem revelação às partes, “porque é evidente que o fato de o escritório de advocacia do qual o árbitro é sócio sênior receber expressivos honorários de empresa do mesmo grupo de uma das partes da arbitragem causa em qualquer pessoa, quando não fundada suspeição, ao menos, forte desconfiança ou séria dúvida, a respeito da imparcialidade do árbitro em questão”.

A esse mesmo respeito, o Ministro Herman Benjamin também considerou insuperável a objeção de que houve pagamento de honorários ao escritório do árbitro, por parte de empresa do grupo Abengoa.

O caso não é de simples tecnicismo, de interpretação literal da lei. A existência desses pagamentos por empresas do Grupo Abengoa ao escritório do presidente do tribunal arbitral é fator que certamente levaria qualquer um, se tivesse conhecimento deles, a questionar se o árbitro não seria de alguma forma influenciado por eles, mesmo que apresentado o argumento de que os pagamentos eram por serviços prestados ao Departamento de Energia. No mínimo, o chamado ‘homem médio’ certamente diria que, na dúvida, seria melhor o árbitro ser outra pessoa.

4.2 Aquisição de participação societária envolvendo o grupo Abengoa – O caso First Reserve

Outro fator de suspeição relaciona-se à compra de participação societária na empresa Abengoa S/A. A compradora, First Reserve, adquiriu do grupo Abengoa uma participação minoritária na sociedade Abengoa S/A. Dois outros escritórios de advocacia foram envolvidos na assessoria jurídica às partes. Pela compradora, atuou o escritório de advocacia Simpson Tacher, enquanto a vendedora contratou o DL Piper. A impugnação se deu por dois outros fatos. Primeiro, que a empresa compradora é também cliente do escritório Debevoise. Segundo, que o escritório do árbitro atuou na representação do Departamento ● de Energia para a aprovação daquela operação, resultando, como visto, em pagamento dos honorários pelas partes envolvidas.

▲
P 125
P 126
▼

Essas circunstâncias foram expressamente referidas pelos votos dos Ministros João Octávio de Noronha e Herman Benjamin. O voto da Ministra Nancy Andriighi não faz referências expressas, e todos os demais Ministros votaram seguindo a divergência, mas sem especificar a quais partes delas, de forma que não se consegue extrair o grau de aceitação das teses reconhecidas por esses dois Ministros.

Especificamente, o Ministro Herman Benjamin ponderou que, sendo o First Reserve um cliente habitual do escritório, aquela atuação gera “igualmente grave suspeição, pois, em tese, a vitória do Grupo Abengoa nas arbitragens favoreceria os intuítos da First Reserve, cuja prosperidade seria do interesse da Debevoise & Plimpton, por ser um bom cliente do escritório”. Acrescentou ainda que,

para o Direito brasileiro, irrelevante se o Sr. David Rivkin efetivamente conhecia ou deixou-se influenciar por tal proximidade e relacionamento. Mesmo que se admita que não se contaminou, *in concreto*, pela convivência negocial entre seu escritório, terceiros interessados e a parte vencedora na arbitragem, ainda assim eventual desconhecimento dos fatos não descaracteriza a sua dupla suspeição.

4.3 Prestação de serviços para a contraparte, em operação societária envolvendo empresas do grupo Abengoa

A terceira circunstância que, no entender do acórdão, denotou a ausência de imparcialidade e independência do árbitro diz respeito ao fato de o escritório Debevoise ter atuado em favor de um cliente, Schneider Electric, na operação de aquisição de ações

ter atuação em favor de um cliente, Schmeider Electric, na operação de aquisição de ações de outra companhia, Telvent, que eram detidas pela Abengoa S/A, em operação de valor estimado em U\$ 2 bilhões. No curso do procedimento arbitral, sem ter realizado declaração incidental, o escritório do qual o árbitro presidente é sócio defendeu interesses opostos ao grupo Abengoa, que foi naquela operação representado por outro escritório americano, DL Piper.

Para o Ministro João Octávio de Noronha, essa circunstância igualmente retirou do árbitro a necessária imparcialidade, adotando, nesse particular, as posições defendidas no parecer do Professor Carlos Alberto Carmona (12).

▲
P 126

●
P 127

Essa operação em específico foi revelada após o proferimento das sentenças arbitrais, mas antes do julgamento dos pedidos de esclarecimentos. O árbitro presidente, então, apresentou uma correspondência, informando não ter tido conhecimento ou envolvimento na operação, afirmando não ter sido influenciado por aquelas circunstâncias na sua atuação como árbitro, mas, ainda assim, apresentou renúncia à presidência dos tribunais arbitrais. Sem distinguir o caso antes resumido (item 4.1) desta circunstância específica, a Ministra Nancy Andrighi entendeu que tal ato de renúncia significou admissão implícita, pelo próprio árbitro, da formal acusação de parcialidade que lhe foi dirigida, o que sugere, de qualquer forma, que também por este fundamento ela acolheu a impugnação à homologação da sentença arbitral.

O terceiro Ministro a proferir voto divergente, Herman Benjamin, expressamente rejeitou essa alegação de suspeição do presidente dos tribunais arbitrais, “pois o seu escritório assessorou a compradora em operação em que o Grupo Abengoa foi vendedor”.

4.4 Exame da parcialidade do árbitro que não pode ser feito à luz do CPC brasileiro

O primeiro aspecto que chama atenção é que em todos os votos os Ministros fizeram referências expressas ao Direito brasileiro e, pior, examinaram as hipóteses invocadas pelos requeridos à luz das disposições dos arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil brasileiro. Apesar de se tratar de acórdão proferido pela Corte Especial, em julgamento de um pedido de homologação de uma sentença arbitral estrangeira, o conteúdo da decisão é muito baseado nas leis nacionais, em corte metodológico totalmente inapropriado.

Já se constatou anteriormente que o Superior Tribunal de Justiça pouco invoca as disposições da Convenção de Nova Iorque, de 1958, como razão de decidir em tais julgamentos, preferindo valer-se dos dispositivos assemelhados da própria Lei de Arbitragem. Como método, isso pode ser criticado, pois impede que as decisões da Corte brasileira sejam examinadas no contexto dos estudos e da jurisprudência arbitral internacional. Mas, regra geral, isso não significa que não estejam sendo tomadas as decisões tecnicamente corretas. Ao contrário. Boa parte do excepcional desenvolvimento da arbitragem no Brasil deve-se ao apoio que o Poder Judiciário tem dado, interpretando adequadamente os institutos e promovendo uma interpretação claramente favorável à arbitragem.

▲
P 127

●
P 128

No caso concreto, nada disso se verificou. Os julgadores se valem de disposições que não se aplicam ao caso concreto, não realizaram qualquer adaptação ou ponderação sobre a importação de tais disposições para um cenário internacional. Também não se valem de critérios mais adequados, como, por exemplo, as Diretrizes da IBA sobre Conflito de Interesses, que costumam ser amplamente adotadas para auxiliar a interpretação das inúmeras situações concretas que a prática internacional acaba gerando.

Além da inadequada referência ao CPC, a decisão também se reporta aos artigos da Lei de Arbitragem, quando se sabe que devem, primeiro, ser aplicadas as disposições de tratados internacionais e, de forma subsidiária, a lei de arbitragem (13). O voto da Ministra Nancy Andrighi, por exemplo, discorre sobre o fato de a imparcialidade do julgador decorrer de princípios e garantias constitucionais e ser matéria de ordem pública, “cognoscível a qualquer tempo, e que por certo pode ser examinada quando em curso o processo de homologação”.

Seu voto contém ampla citação doutrinária sobre os atributos da imparcialidade e o quanto essa característica é essencial ao exercício adequado e válido da jurisdição. Também nesse aspecto, não obstante o esforço de pesquisa, pode-se dizer que suas ponderações são fortemente baseadas em uma perspectiva puramente brasileira, com citação de autores de Processo Civil, em obras que se referem ao processo estatal típico. De seu voto colhe-se que

a questão relativa à imparcialidade do julgador consubstancia matéria de ordem pública no Brasil e, portanto, é cognoscível a qualquer tempo, ainda que após a prolação da sentença, já que por ser até mesmo causa suficiente para ação rescisória (incisos I e II do art. 485 do CPC), com maior razão pode ser examinada quando em curso o processo de homologação de decisão em que se aponta a atuação de julgador parcial.

É fato que a imparcialidade do julgador insere-se no controle da ordem pública, seja em sua dimensão nacional, seja internacional. É bem verdade ainda que, ao se examinar o art.

38 da LArb, não há um inciso que preveja especificamente essa questão, como passível de controle no contexto da homologação. Os princípios processuais mencionados são apenas os do contraditório e da ampla defesa (art. 38, III), daí porque o enquadramento legal mais apropriado é mesmo o inciso II do art. 39, que autoriza o controle (de ofício) da ofensa à ordem pública.

P 128
P 129

Mas, nessas distinções necessárias, dois outros aspectos merecem comentário. Primeiro, que tanto em arbitragem nacional quanto em internacional parece possível que as partes optem por um árbitro com quem mantenham ligações ● mais próximas, até familiares. A autonomia da vontade prevalece, inclusive, sobre as fundamentais regras que visam a assegurar a imparcialidade do árbitro. Basta pensar nas hipóteses de disputa entre membros de uma mesma comunidade, que elejam o seu líder religioso ou a pessoa que chefia aquela agremiação, ou de litígio entre duas empresas controladas por um mesmo grupo econômico, que optem por nomear um integrante do Conselho para dirimir aquela disputa. Segundo, e na mesma linha, o quanto a atitude das partes de, diante de uma revelação do árbitro, aceitar a sua nomeação e com isso abrir mão de eventual fator de parcialidade, interfere no exame da imparcialidade do árbitro.

Como visto antes, se, no caso concreto, tivesse havido a revelação acerca do envolvimento do escritório do árbitro nos serviços ao Departamento de Estado, ou em operação envolvendo empresas do grupo Abengoa, e as partes não manifestassem objeção, a atuação do árbitro, diante dos mesmos fatos objetivos, teria sido validada e não poderia autorizar a contestação à sua homologação. Aqui, além do mesmo princípio da autonomia da vontade, tem aplicação também a regra de vedação ao comportamento contraditório. Como se sabe, porque ocorreram falhas no processo de revelação, essas circunstâncias só vieram à tona em momento subsequente, gerando a recusa à homologação das sentenças arbitrais, na perspectiva dos votos vencedores.

Assim, se é fato, como disse a Ministra Nancy, que “os princípios da isonomia das partes na arbitragem e da imparcialidade do árbitro são de ordem pública, vale dizer, não podem ser derogados pelas partes”, isso não significa que não possam ser flexibilizadas, em um contexto internacional, as hipóteses específicas que a lei brasileira qualifica como de impedimento do julgador. Não por acaso, e como será visto no tópico 4.6, há um conjunto relevante de itens específicos que as IBA Rules classificam como a “lista laranja”, ou seja, itens que podem ser concretamente dispensados pelas partes.

Portanto, o acórdão sob análise deixou de examinar tais questões, não fez distinções quanto à ordem pública interna e internacional, nem enfrentou qualquer dessas variações e atenuantes acerca do dever de imparcialidade do árbitro, naquilo que se distingue do dever de imparcialidade do juiz estatal. Como já visto, a necessidade de aplicar a noção de ordem pública internacional no juízo de deliberação é feita no plano doutrinário, e convém registrar que já foi inúmeras vezes observada no próprio Tribunal, mas, nesta situação específica, acabou prevalecendo uma consideração de índole doméstica, em que foram adotados critérios da legislação nacional, mais rigorosos e pensados para a realidade do juiz estatal, para moldar o comportamento dos árbitros internacionais (14).

P 129
P 130

● Como afirma Ricardo de Carvalho Aprigliano, “não se deve examinar a questão sob a ótica das normas cogentes que o País adote em suas relações internas, pois estas serão necessariamente mais amplas e abrangentes” (15), para, então, completar que, “cuidando-se de relações internacionais, em que vige o princípio da igualdade, da cooperação entre os povos e do respeito mútuo entre as nações, não se pode de fato pretender que as mesmíssimas regras e cautelas sejam adotadas, em comparação a uma decisão doméstica, integralmente regulada pela legislação brasileira” (16).

4.5 Imparcialidade e dever de revelação

O tema da imparcialidade do árbitro tem grande importância e, em geral, sempre se apresenta com nuances e detalhes, a exigir permanente esforço do intérprete. Entre tantos aspectos que podem ser destacados, imparcialidade significa “equidistância que o julgador deve guardar em relação às partes” (17), não podendo o árbitro estar envolvido diretamente com os litigantes. Se assim é, por imperativo de natureza constitucional – e, porque não dizer, universal (18) – disso decorre que, para preservar a sua independência, “não pode ser árbitro, portanto, aquele que dependa econômica ou financeiramente de alguma das partes, o que exclui da função empregados e prestadores de serviços em geral” (19).

Para Craig, Park e Paulsson, a prestação de serviços entre o árbitro ou seu escritório e a parte, ou empresa do mesmo grupo econômico, tende a configurar a vinculação que impede a atuação do árbitro (20). Por isso é que essa circunstância de dupla relação entre árbitro e parte é, em geral, tida como impeditiva da atuação do profissional na arbitragem (21).

P 130
P 131

● É bastante difundida a noção de que a independência do árbitro representa a exigência de que o profissional mantenha um comportamento tal que, no exercício de sua atividade julgadora, não ceda às pressões das partes ou de terceiros. Qualquer julgador que se pretenda imparcial deve corresponder às exigências bem resumidas por William Park, no sentido de a imparcialidade corresponder à “absence of inappropriate personal or financial

sentido de a imparcialidade corresponder a "absence of inappropriate personal or financial links with a party" (22).

Mas a aferição da imparcialidade dos árbitros deve sempre ser feita a partir de critérios objetivos, como também adverte de forma generalizada a doutrina que se debruçou sobre o tema, à luz de critérios objetivos de verificação "com lógica, ponderação e bom senso" (23). Envolve a análise de circunstâncias que não seriam admitidas em diversas outras situações, independentemente da parte específica ou do árbitro concretamente considerado. Não é necessário nem conveniente perquirir a intenção do árbitro diante de determinada situação. O que significa dizer, de outro lado, que não importa a boa-fé ou a firme intenção do árbitro em se manter independente, pois, diante de determinadas circunstâncias, o conflito de interesses resta objetivamente configurado.

Não por acaso, legislações de diversos países, bem como a própria Lei Modelo da Uncitral, aludem ao dever de revelar fatos que denotem dúvidas justificáveis acerca da independência e imparcialidade do árbitro, modelo seguido também pela legislação brasileira.

O mecanismo de controle efetivo acerca das ligações que o árbitro possa ter em relação às partes ou à causa submetida ao seu julgamento depende, forçosamente, do adequado cumprimento do dever de revelação, o qual surge pelo mero fato da nomeação do árbitro, independentemente de sua confirmação ou da efetiva atuação do profissional no julgamento da causa.

Nesse panorama de máxima objetivação possível das hipóteses de falta de independência e imparcialidade do árbitro, a percepção de imparcialidade que ele próprio tenha, ou mesmo a sua honorabilidade pessoal, não são fatores relevantes, ou, melhor, não são critérios adequados para se constatar a imparcialidade e a independência.

▲
P 131

●
P 132
▼

4.6 As Diretrizes da IBA relativas a conflitos de interesse

Como é sabido, a International Bar Association produziu um importante guia, que vem servindo de referência para orientar a atuação de árbitros e da comunidade arbitral em geral, não apenas em relação aos conflitos de interesse nas arbitragens internacionais, como também nas domésticas.

Trata-se de *soft law*, conjunto de normas de aplicação não obrigatória (inclusive no ordenamento brasileiro), mas que revela grande utilidade, pois representa uma proposta da comunidade internacional em relação a princípios gerais aplicados aos conflitos de interesse e a criação de hipóteses de vinculação dos árbitros com as partes ou matérias submetidas a julgamento, classificadas em (i) situações de impedimento obrigatório (lista vermelha, irrenunciável); (ii) de revelação obrigatória, mas que podem não conduzir ao afastamento do árbitro se houver ciência inequívoca e renúncia pelas partes (24) (lista vermelha, renunciável); (iii) de revelação necessária, que são consideradas aceitas pelas partes se não houver objeção (lista laranja); e, por fim, (iv) hipóteses de ligações tênues, que nem mesmo exigem a revelação por parte do árbitro (lista verde).

No caso concreto, esses elementos não foram adotados ou sequer referidos na fundamentação da decisão, preferindo o Superior Tribunal de Justiça fazer associações impróprias entre os dispositivos do Código de Processo Civil brasileiro (arts. 134 e 135) e a arbitragem internacional, cuja sentença se buscava homologar.

Além de trazer situações concretas, o guia elenca diversos princípios gerais. O primeiro deles dispõe que "todo árbitro deve ser imparcial e independente em relação às partes ao aceitar sua nomeação, e assim permanecer durante todo o processo arbitral até que prolatada a sentença final ou de outra forma extinto o processo em caráter definitivo".

Sobre o dever de revelação, previu-se no Princípio Geral 2 que:

- (a) O árbitro deve recusar sua nomeação ou, se já instituído o processo arbitral, declarar seu impedimento se houver quaisquer dúvidas quanto à sua capacidade de atuar de maneira imparcial ou independente; (b) O mesmo princípio se aplica ante a existência, ou o surgimento após a nomeação, de fatos ou circunstâncias que, no juízo razoável de um terceiro com conhecimento daqueles, suscitem dúvidas justificáveis a respeito da imparcialidade ou independência do árbitro, salvo na hipótese de as partes terem aceitado o árbitro de acordo com os requisitos indicados no Princípio Geral (4); e (c) Dúvidas são consideradas justificáveis ● se um terceiro informado e razoável puder concluir que existe a possibilidade de o árbitro ser influenciado, em sua decisão, por fatos alheios ao mérito da causa nos termos em que apresentada pelas partes.

▲
P 132

●
P 133
▼

O Princípio 7 das Diretrizes regula, ainda, o dever da parte em investigar suas relações com os árbitros, cabendo-lhe

- (a) informar o árbitro, o tribunal arbitral, as outras partes e a instituição arbitral ou outra autoridade responsável pela nomeação (se houver) a respeito de qualquer relacionamento direto ou indireto entre tal parte (ou outra empresa do mesmo grupo econômico) e o árbitro. A parte deve, assim

empresa do mesmo grupo econômico) e o árbitro. A parte deve, assim, proceder por iniciativa própria, antes do início do procedimento ou assim que se tornar ciente de tal relacionamento.

A ligação entre o árbitro e a parte, ainda que decorrente de outra relação, que não a própria demanda arbitral, configura uma hipótese de situação de conflito renunciável, mas que deve ser revelada, a teor do item 2.3.6 das IBA Rules: “O escritório de advocacia do árbitro atualmente possui um relacionamento profissional significativo com uma das partes ou com coligadas destas”.

Isso significa que impõe ao árbitro o dever de revelar, e só deixará de ensejar a sua recusa se houver expressa renúncia das partes em relação àquela circunstância (25). Porque a vinculação é posterior à formação do tribunal arbitral, justificava, ainda que tardiamente, a objeção da parte à sua permanência.

A situação fática à base deste estudo já foi objeto de exame, com ligeiras variações, na jurisprudência arbitral internacional, dela se extraindo as bases interpretativas de quais são os níveis aceitáveis de vinculação entre a parte e o árbitro, em virtude de ligações profissionais do próprio árbitro ou de seu escritório. Por primeiro, diga-se que não é o mero fato de haver algum contato profissional do escritório do árbitro com o cliente que configura, automática e absolutamente, a parcialidade do julgador.

A exemplo do ocorrido no caso Abengoa, a casuística internacional debate acerca de questões mais ambíguas, duvidosas, como quando o escritório do árbitro prestou ou presta consultoria a empresas integrantes do mesmo grupo econômico de uma das partes ou quando o próprio árbitro atuou em favor ou contra uma das partes. Em geral, tais exames são feitos porque o árbitro ou seu escritório tiveram vinculação com uma das partes alguns anos antes do início da arbitragem. É evidente que as ligações durante o procedimento assumem feição mais grave.

▲
P 133
P 134
▼

Em todos esses casos, seja para rejeitar, seja para acolher tais impugnações, os Tribunais estatais que se depararam com o tema levam em consideração as circunstâncias específicas, “para determinar se a relação era significativa ou suficiente para justificar dúvidas razoáveis sobre a capacidade de o julgador decidir livre e independentemente” (26).

No caso Commonwealth Coatings, a Suprema Corte norte-americana reconheceu a evidente parcialidade do árbitro, porque ele havia prestado diretamente serviço a uma das partes, deixando de revelar tal ligação no curso do procedimento arbitral. Apesar de o valor não ser significativo, o fato de a relação ser diretamente travada entre o árbitro e a parte foi o suficiente para configurar seu comprometimento (27).

Em estudo acerca da independência do árbitro, Marcelo Roberto Ferro faz referência a um Suplemento Especial elaborado pela Corte de Arbitragem da CCI, com a indicação de precedentes da própria CCI a respeito do tema. Em um dos casos ali examinados, a parte da arbitragem tornou-se cliente do escritório do árbitro, mesmo sem qualquer participação dele. Tal fato foi revelado pelo árbitro, em seu questionário, e ainda assim foi reconhecida a sua potencial parcialidade e determinado o seu afastamento (28).

O mesmo ensaio menciona outro importante precedente, da Cour d'Appel de Paris, de 2009, no caso que restou conhecido como Tecnimont. O árbitro deixou de revelar que o seu escritório (não ele próprio) mantinha relações profissionais com empresa do mesmo grupo econômico da parte do processo arbitral, e a sentença foi anulada. O julgado tornou-se um importante marco acerca do tema, pois o Tribunal ressaltou a obrigação do árbitro quanto à revelação de “toda e qualquer circunstância que possa afetar seu julgamento e provocar, no espírito das partes, uma dúvida razoável sobre suas qualidades de imparcialidade e independência, que são a essência da função arbitral”, a necessidade de se informar as partes, inclusive durante a arbitragem, “das relações que, aos seus olhos, poderiam ter algum tipo de incidência no julgamento dos árbitros e cuja natureza pudesse afetar sua independência” (29).

▲
P 134
P 135
▼

Ainda nas Diretrizes da IBA, extrai-se do princípio sobre a atribuição do árbitro e das partes que

(c) cumpre ao árbitro realizar diligências razoáveis no sentido de averiguar qualquer potencial conflito de interesses, assim como quaisquer fatos ou circunstâncias que possam suscitar questionamentos acerca de sua imparcialidade ou independência. O desconhecimento não serve de justificativa para a não divulgação de um potencial conflito se o árbitro não tiver realizado uma razoável tentativa de investigação.

Observa-se, portanto, que o dever de revelar é inerente à condição de árbitro, antecede a sua confirmação, inclusive, constituindo condição necessária para que o profissional seja aceito pelas partes ou que possa permanecer independente, imparcial e de confiança (30). Porque pode haver circunstâncias que surgem depois que a nomeação efetivamente se dá, é permanente o dever de revelação de circunstâncias que permitam às partes confirmar a aptidão do profissional para atuar naquele procedimento.

Quando o árbitro deixa de revelar fatos que ensejam dúvidas fundadas sobre sua independência ou imparcialidade, seja por ato culposo ou doloso, ele retira das partes a possibilidade de conhecerem aquelas mesmas circunstâncias, interferindo em seu

processo decisório e na sua capacidade de antever situações que retirariam do árbitro a necessária independência. Examinado esse aspecto, poder-se-ia concluir, com o STJ, que a violação ao dever de revelar configura, por si, uma hipótese que retira do árbitro a independência e a imparcialidade indispensáveis, daí a se autorizar a anulação da decisão ou a recusa na sua homologação.

Contudo, a realidade costuma ser mais complexa do que tais hipóteses teóricas, como na situação aqui examinada. Afinal, ainda que tenha havido falha no dever de revelação, qual influência deve ter no julgamento a constatação de que, no caso concreto, o árbitro não foi influenciado, nem a sua atuação foi considerada parcial ou não independente?

▲
P 135

●
P 136

4.7 Violado o dever de revelação, a consideração de suspeição do árbitro pode ser afastada ou mitigada pelo exame concreto da sua atuação?

Outro dos aspectos que o caso em exame suscita é o de se examinar e confrontar, por assim dizer, os dois aspectos da imparcialidade do árbitro. O primeiro deles, diretamente relacionado ao adequado cumprimento do dever de revelação, foi explorado nos tópicos anteriores. O segundo aspecto envolve examinar se a presunção de suspeição do árbitro pode ser afastada ou mitigada pelo exame concreto da sua atuação. Se, por hipótese, um árbitro viola seu dever de revelação, mas atua de modo independente e imparcial, qual deve ser o tratamento?

A aferição concreta da parcialidade do árbitro depende do exame de alguns requisitos, identificados em sede doutrinária, a partir do exame das situações concretas. Porque, mesmo quem não possui relações pretéritas com as partes, quem nada tenha a revelar pode adotar um comportamento não independente ou agir com parcialidade e suspeição. É inequívoca a independência desses fatores, importando analisar a conduta do julgador durante o procedimento.

Disso decorre que, ao menos em tese, podem ser verificadas algumas combinações. O cenário correto, e único aceitável, é aquele em que árbitro cumpre adequadamente o seu dever de revelação e, durante todo o procedimento, mantém-se imparcial e independente, tratando as partes com equidistância e assegurando igualdade de tratamento. Como resultado, seu julgamento será isento, livre de vícios.

Mas o árbitro pode violar o dever de revelação e, não obstante, agir com independência e imparcialidade durante o procedimento e o julgamento. Pode ainda respeitar o dever de revelação, mas não agir adequadamente, perdendo a imparcialidade por qualquer razão. Por fim, pode, em tese, não apenas violar seu dever de revelação, como também agir de modo parcial ao longo do procedimento.

É evidente que a conduta parcial, não independente, que afete o equilíbrio entre as partes, será sempre causa de nulidade ou de recusa à homologação de sentenças estrangeiras. A hipótese dúbia, porém, é a intermediária. Como tratar a situação em que o árbitro viola seu dever original de revelar todas as circunstâncias que influenciaram a confiança depositada pelas partes, mas, não obstante, age de forma equilibrada e imparcial?

▲
P 136

●
P 137

Para a aferição da imparcialidade do julgador, no plano doutrinário propõe-se que se investigue a proximidade, a intensidade e a contemporaneidade da relação entre parte e árbitro, além da existência demonstrável de benefício econômico, a imediatidade e a substancialidade da relação econômica (31). No caso Abengoa, não se configurou a proximidade direta, porque não foi o próprio árbitro a se relacionar com a parte ou as empresas do grupo, mas sócios do seu escritório. E, como restou provado na ação anulatória precedente, o árbitro não soube daquelas atividades durante todo o trâmite da arbitragem.

Já no tocante à contemporaneidade, também se tornou incontroverso que a atuação do escritório do árbitro de forma vinculada a uma das partes se deu ao mesmo tempo, enquanto o procedimento arbitral se desenvolvia (32), mas que tal circunstância não chegou ao conhecimento dos árbitros, que, portanto, não foram influenciados por ela. A representatividade econômica foi igualmente demonstrada, mas se deu de forma não típica, eis que os honorários foram reconhecidamente recebidos por conta e ordem do Departamento de Energia dos Estados Unidos.

Tais critérios, propostos por abalizada doutrina, não são cumulativos, nem requerem a sua constatação simultânea. São balizas estabelecidas a partir das quais se pode aferir o grau de imparcialidade do árbitro, sob um prisma objetivo, sem qualquer consideração de ordem subjetiva e, repita-se, sem excluir minimamente a honorabilidade da posição profissional do árbitro.

Mas a fundamentação do acórdão, em geral, passa ao largo de tais discussões, tendo aparentemente ficado mais impressionada com os valores recebidos pelo escritório. Mas o caso concreto propunha outros aspectos, inclusive e especialmente o fato de que restou provado (na ação anulatória perante a Justiça americana, sem vincular o Tribunal brasileiro) não ter o árbitro presidente tido ciência daquelas relações e daquele pagamento durante a arbitragem, o que, por razões óbvias, elimina a constatação concreta de influência sobre a atuação do árbitro. Essa circunstância, aliás, foi não apenas objeto de depoimento do próprio David Rivkin, como também de declarações dos demais

objeto de depoimento do próprio David Rivkin, como também de declarações dos demais árbitros, atestando a lisura e independência do árbitro presidente.

Tem-se, portanto, uma situação complexa, em que o Superior Tribunal de Justiça viu-se diante da necessidade de tomar posição entre duas perspectivas, ambas incontroversas. De um lado, por falha no sistema de checagem de conflitos, os demais sócios do escritório do árbitro presidente envolveram-se posteriormente em atividades que geraram relações com empresas do grupo econômico de uma das partes, inclusive com o recebimento de valores. De outro lado, essas circunstâncias, porque ignoradas pelo árbitro, não foram capazes de interferir no seu julgamento.

É correta, então, a decisão de negar eficácia à decisão arbitral, mesmo a partir de uma consideração de fato quanto à inexistência de influência daqueles fatores na forma de atuação do árbitro? O Superior Tribunal de Justiça tomou partido pela priorização do primeiro aspecto, pela ênfase no dever de revelação, que foi concretamente descumprido, ainda que de forma meramente culposa.

Alinhou-se, ao que parece, à perspectiva do terceiro observador, alguém não vinculado ao caso concreto que, examinando as circunstâncias da nomeação daquele árbitro, deveria se posicionar acerca da aparência de independência e imparcialidade.

Parece inequívoca a conclusão de que a falta de revelação, incidental ao procedimento, impacta a confiança das partes em relação ao árbitro. Caso a história pudesse ser recontada, no mais das vezes a parte não teria escolhido aquele profissional para funcionar como árbitro, e só o fez porque teve reveladas menos informações do que deveria. O julgamento pelo STJ concentrou-se nesse aspecto, incorrendo em duplo equívoco.

Primeiro, como visto, porque examinou o caso à luz das hipóteses de impedimento e suspeição próprias do juiz togado brasileiro (arts. 134 e 145 do CPC), o que não se revela integralmente correto nem mesmo no plano das arbitragens domésticas. Segundo, concentrou-se no exame da falha do dever de revelação, sem atentar para a circunstância – igualmente incontroversa – de que o árbitro não atuou de forma imparcial, não feriu direitos das partes, nem praticou perante as partes e seus pares qualquer conduta considerada irregular.

O Superior Tribunal de Justiça, assim, adotou conclusões equivocadas em relação aos demais aspectos antes propostos: a falta de revelação não retira do árbitro, *ipso facto*, a parcialidade necessária para atuar no processo. É um aspecto sério, que pode representar, em si, a perda da imparcialidade, caso a omissão tenha sido dolosa. Mas no caso de descumprimento culposos ou involuntário, exige a investigação concreta da atuação parcial do profissional. A decisão não atenta para esse aspecto, simplificando a análise de uma questão complexa.

Parte da explicação desses equívocos pode estar atrelada à forma como foi inicialmente proferido o voto do Relator, que homologava a sentença. Ao sugerir, erradamente, que a decisão da justiça americana era suficiente para se considerar ausente a parcialidade do árbitro, o Ministro Felix Fischer acabou gerando uma reação em seus colegas, para reafirmação da autoridade e independência do julgamento pela Justiça brasileira. Mas, ao sustentar esse correto entendimento, os Ministros que divergiram acabaram baseando seu julgamento em presunções, não demonstradas, afastando os elementos dos autos que sugeriam provas no sentido oposto. A parcialidade foi reconhecida porque se presumiu que o árbitro recebeu valores da parte, que a sua renúncia foi um reconhecimento de culpa, entre outras considerações. Tudo, contrariamente às provas – inclusive o depoimento dos demais árbitros, um dos quais brasileiro – que indicavam não ter havido má conduta, parcialidade ou perda de independência.

Apesar do cenário complexo, parece mais correto considerar que a situação posta sob exame não configurou hipótese de parcialidade do árbitro.

5 Desconsideração de Provas

A impugnação à decisão teve também por fundamento a alegação de que determinadas provas teriam sido desconsideradas pelas sentenças arbitrais. Nesse ponto, a decisão corretamente rejeita a alegação, por entender que a análise da pertinência e da valoração das provas compete exclusivamente aos árbitros. No caso, a decisão do tribunal arbitral afastou o exame de dois específicos *e-mails* por considerá-los sigilosos, visto tratar-se de mensagens entre advogado e cliente. A prova foi enfrentada e concretamente afastada, o que preenche os critérios legais de adequada fundamentação da decisão. A eventual negativa de homologação da sentença por esse fundamento equivaleria a um reexame do mérito da causa, o que é vedado também no âmbito do reconhecimento de sentenças estrangeiras (33).

6 Violação dos Princípios da Reparação Integral e da Legalidade e Desrespeito À Lei Brasileira Na Fixação da Indenização

Além da violação à ordem pública por suposta falta de imparcialidade do julgador e violação ao dever de revelação do árbitro, o acórdão apoiou-se em outro fundamento para negar a homologação das sentenças arbitrais estrangeiras, a saber, a alegada extrapolação dos limites da convenção de arbitragem, conforme art. 38, inciso IV, da Lei nº 9.307/1996 (dispositivo que tem seu equivalente no art. V, 1, “c”, da Convenção de Nova

lorque).

▲
P 139
P 140
▼

Para tanto, o acórdão considerou que os árbitros aplicaram a lei eleita pelas partes para reger a sua relação contratual – o Direito brasileiro – de uma maneira incompatível com este, ao condenarem o requerido a pagar uma indenização baseada no preço pago pelo ativo, e não nas perdas e nos danos efetivamente sofridos e comprovados. Teriam os árbitros aplicado erroneamente o art. 944 do Código Civil, que estabelece que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, desrespeitando, assim, o princípio da reparação integral.

Esse entendimento é criticável sob duplo enfoque.

Primeiro, nem o inciso IV do art. 38 da Lei nº 9.307/1996, e menos ainda o art. V, 1, “c”, da Convenção de Nova Iorque, prestam-se à negativa de homologação com base na suposta aplicação errônea do direito escolhido pelas partes, segundo as concepções do órgão judicial encarregado do controle do reconhecimento e da execução de sentença estrangeira. Tais hipóteses normativas se referem a sentenças que tenham julgado pedidos e decidido causas do litígio que extrapolem os limites do objeto do litígio, tal como definido pelas partes na convenção de arbitragem, ou que tenham decidido a lide em flagrante desacordo com instruções específicas das partes (cabendo cautela, ademais, nesse ponto, pois a liberdade de julgamento do árbitro nem sempre pode ser afetada por escolhas contratuais das partes).

Segundo, o tribunal arbitral não se distanciou, em nenhum momento, do direito escolhido pelas partes na convenção de arbitragem. Toda a decisão dos árbitros se fundou na discussão das normas do Direito brasileiro, que entenderam aplicáveis à espécie, com a interpretação e extensão que lhes foram dadas soberanamente pelo órgão julgador, por decisão majoritária.

A mera circunstância de que, no caso concreto, houve um voto divergente, na sentença arbitral, proferido pelo árbitro de nacionalidade brasileira, não infirma, por si só, a validade ou homologabilidade da sentença. A intromissão do STJ no entendimento majoritário da sentença arbitral configura, na verdade, inescandível revisão do mérito da decisão, por considerar que o tribunal arbitral teria decidido equivocadamente, e que a razão estaria com o prolator do voto divergente.

Cabe aqui destacar as palavras do Ministro Herman Benjamin, em seu voto-vista, ao divergir da maioria nesse particular, ponderando que a opção pela arbitragem implica renúncia ao duplo grau de jurisdição e à possibilidade de revisão do mérito da decisão:

[O] benefício da celeridade trazido pela ausência de recursos deve ser sopesado pelos interessados com o fato de que só haverá uma oportunidade para discutir as teses, no sentido de que, proferida a sentença arbitral, terão, em regra, de se conformar com a decisão tomada, pois a lei limita severamente as possibilidades de buscar a anulação judicial da sentença arbitral.

E não é fundamento para anulação da sentença arbitral o entendimento de que os árbitros decidiram mal, seja quanto aos fatos, seja quanto à aplicação do Direito. (p. 73, grifo no original)

▲
P 140
P 141
▼

O acórdão, ao acolher tal fundamento, teve a cautela de se afastar de discussão sobre suposta ofensa à ordem pública, em decorrência da quantificação da indenização pela redução proporcional do preço do negócio, e não pelos danos efetivamente sofridos e comprovados. Com efeito, em situações fáticas como a analisada pelo acórdão, o Direito brasileiro admite e contempla a ação *quanti minoris*, pela qual a coisa recebida com defeito pode ser enjeitada ou ter seu preço abatido proporcionalmente. Foi exatamente o que fez o tribunal arbitral, no caso concreto, pelo que facilmente se nota que os efeitos concretos da decisão não são aberrantes ao Direito brasileiro, nem chocam o sentimento de juridicidade prevalente em nosso País ou nossos preceitos constitucionais, mas, ao contrário, são com eles plenamente compatíveis. Totalmente incabível, assim, eventual análise da questão sob o prisma da ordem pública, algo que, de fato, o acórdão não empreendeu.

Conclusões

É fora de dúvida o relevante papel que o Superior Tribunal de Justiça tem em relação ao fortalecimento da arbitragem. Não há quem não reconheça que o desenvolvimento desse mercado no País é também associado à interpretação que os Tribunais brasileiros vêm dando ao instituto, sempre com um viés técnico e que consagra o princípio do favor arbitral. Aqui e ali equívocos ocorrem, o que é também decorrência da difusão da arbitragem e da natural judicialização de certos temas.

É preciso muito cuidado em relação a esse momento histórico, porque muitas das conquistas gradativamente obtidas nos vinte anos da lei podem ser ameaçadas, em relativamente pouco tempo. O Superior Tribunal de Justiça terá papel fundamental nessa tarefa. Para tanto, deve retomar o caminho de juízos técnicos, o que infelizmente não ocorreu na decisão que serviu de base para esse comentário.

Nas arbitragens internacionais, a ordem pública que se examina é outra, sem espaço para

o exame que acabou sendo realizado no caso Abengoa, excessivamente concentrado na legislação doméstica, em corte que privilegiou a ordem pública interna. Esse equívoco de premissa conduziu aos demais equívocos, negando-se a homologação a uma decisão arbitral estrangeira, proferida ao final de um procedimento que se desenvolveu, segundo os elementos do caso, de forma totalmente regular.

Outro destaque negativo, e em certa medida alarmante, é o reconhecimento, ainda que apenas por um Ministro, de que o eventual equívoco na aplicação do direito à espécie possa ser “processualizado”, enquadrando a situação na hipótese legal de uma decisão que julga fora dos limites da convenção de arbitragem. Essa alternativa hermenêutica é muito preocupante, pois ● abre espaço para a impugnação de praticamente toda e qualquer decisão. Seria péssimo para a comunidade jurídica e de negócios do País se o seu Poder Judiciário passasse a admitir tais questionamentos, pois o resultado projetado será o de se proporem demandas anulatórias contra virtualmente todas as sentenças arbitrais. Espera-se que se trate de manifestação isolada.

▲
P 141

▼
P 142

▲
P 142

References

- 1) **Ricardo de Carvalho Aprigliano:** Advogado. Sócio de Aprigliano Advogados. Mestre e Doutor em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Secretário-geral da RBA – Revista Brasileira de Arbitragem.
Vera Monteiro de Barros: Sócia de Selma Lemes Advogados. Professora de Técnicas de Negociação, Mediação e Arbitragem na FAAP. Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Ricardo Ramalho Almeida: Advogado em São Paulo. Sócio de Valverde Sociedade de Advogados. Mestre e Doutorando em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- 1) STJ, SEC 9.412/US, Rel. Min. Felix Fischer e Rel. p/o Ac. Min. João Otávio de Noronha, DJe 30.05.2017.
- 2) Sobre o tema, confira-se: MONTEIRO DE BARROS, Vera Cecília. *Exceção de ordem pública na homologação de sentença arbitral estrangeira no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 207-243.
- 3) Nesse sentido, confira-se: “Considerando que o art. 34 da Lei nº 9.307/1996 dispõe que ‘a sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei’, deve-se concluir que o regime geral de homologação de sentenças arbitrais no Brasil é o da Convenção de Nova Iorque de 1958, internalizada no ordenamento jurídico nacional com a promulgação do Decreto nº 4.311, de 23.07.2002 [...], prevalecendo a Convenção de Nova Iorque sobre o disposto na Lei nº 9.307/1996 [...]” (ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 285).
- 4) Sobre o tema, confira-se: “[...] ao ratificar a Convenção, o Brasil garante efetiva reciprocidade a seus parceiros comerciais, a grande maioria dos quais era já signatário da Convenção. [...] Ao finalmente aderir à Convenção de Nova Iorque, o Brasil passa às partes estrangeiras maior confiança de que estas terão à sua disposição os meios necessários para fazer valer seus eventuais direitos. Esta maior confiança leva à diminuição da percepção de risco de se fazer negócios com/no Brasil” (STETNER, Renato Pereira; PITOMBO, Eleonora Coelho. A Convenção de Nova Iorque: ratificação pelo Brasil. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). *Novos rumos da arbitragem no Brasil*. São Paulo: Fiúza, 2004. p. 307-325).
- 5) Fonte: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html>, acessado em 05.09.2017.
- 6) Sobre o tema, confira-se: MONTEIRO DE BARROS, Vera Cecília. *Exceção de ordem pública na homologação de sentença arbitral estrangeira no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 256-268.
- 7) Sobre o tema, confira-se: “A Convenção de Nova Iorque prevê a aplicação das regras procedimentais da lei interna do país em que o reconhecimento ou a execução é processada. No entanto, o direito interno ainda pode ser invocado em detrimento da Convenção, quando este for mais favorável que o texto internacional” (LEE, João Bosco. A homologação de sentença arbitral estrangeira: a Convenção de Nova Iorque de 1958 e o Direito brasileiro de arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 185).
- 8) Sobre o deslocamento da competência do STF: GAMA E SOUZA JÚNIOR, Lauro da. O STJ e a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras: novas perspectivas? *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: IOB, v. 5, p. 62-66, jan./mar. 2005.
- 9) Sobre tal questão, confira-se relatório recente do Comitê Brasileiro de Arbitragem (Fonte: <<http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2017/08/6-RelatorioHomologac%C3%A3o-de-Senten%C3%A7as-Arb->> acessado em 11.09.2017 à s

- 10) Deve ser constatado, contudo, que o árbitro agiu de modo efetivamente parcial durante a arbitragem, com a intenção de favorecer uma das partes, não sendo suficiente que a parte apresente argumentos ou meros indícios que poderiam levar a comprometimento da imparcialidade dos árbitros. Sobre o tema, confira-se: *"Lack of impartiality of arbitrator: The arbitrator's impartiality is also a fundamental requirement for every arbitration. This condition requires that the arbitrator have no personal interest in the case and is independent vis-à-vis the parties. Whilst clearly confirming this principle in the cases decided under the Convention, the courts generally distinguish between the case where there are circumstances which might have created the lack of impartiality on the part of the arbitrator ('imputed bias' or 'appearance of bias'), and the case where the arbitrator has effectively not acted in an impartial manner ('actual bias'). As a rule, it is in the latter case only where the courts are prepared to refuse enforcement of the award. In particular, the courts had held that the constitution and composition of arbitral tribunals in former Eastern European Socialist countries (in several of which arbitrators could be chosen solely from a list composed of nationals of the Socialist country in question) did not constitute in and of themselves a violation of public policy. The courts pointed out, in this case also, that what matters is that in a given case the arbitrators have not acted in an impartial manner (e.g., Swiss Federal Supreme Court, Switzerland no. 3, reported in Volume I p. 200; German Federal Supreme Court, FR Germany no. 30 sub 4-8, reported in Volume XII pp. 489-491)"* (VAN DEN BERG, Albert Jan. New York Convention of 1958 – Consolidated commentary – Cases reported in volumes XXII (1997) – XXVII (2002). Yearbook Comm. Arb'n XXVIII, 2003).
- 11) Em outro trecho do acórdão, o Ministro acrescenta que, "ainda que essa relação de devedor e credor entre a empresa Abengoa Solar, integrante do grupo Abengoa e o escritório do árbitro presidente fosse de desconhecimento do árbitro, já é suficiente para colocar objetivamente em dúvida sua independência".
- 12) "Por outro lado, negociações pressupõem contatos com representantes, diretores ou acionistas, de modo que não se sabe qual o nível de relacionamento que pode resultar de uma negociação contratual. É por tudo isso que se exige que tal contato entre árbitro e partes seja informado (e, eventualmente, explicado), para que não possa restar dúvida, reserva ou ressalva sobre o fato. Se a parte for informada do relacionamento (próximo ou distante, favorável ou desfavorável) com algum dos contendentes, cabe-lhe o ônus de solicitar os detalhes que julgar oportunos. Se aceitar o árbitro, depois de receber todas as informações de que necessita, não terá do que reclamar. Mas, se não puder se informar, é natural o sentimento de desconfiança, resultante da informação relevante omitida. Em outros termos, o fato em questão não poderia deixar de ser revelado, pois tem o potencial de macular a independência do árbitro-presidente. Se a parte tivesse tido o conhecimento da informação poderia ter recusado o julgador; isso só não foi possível por conta da falha do árbitro-presidente em desincumbir-se de seu dever de revelação." (e-STJ, fls. 1.251/1.252)
- 13) LArb, art. 34: "A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei".
- 14) Como afirmou o voto do Ministro João Octávio de Noronha: "Portanto, o recebimento pelo escritório de advocacia do árbitro presidente de vultosa quantia paga por uma das partes no curso da arbitragem, ainda que não decorrente do patrocínio direto de seus interesses, mas com eles relacionado, configura hipótese objetiva passível de comprometer a isenção do árbitro presidente, podendo ser enquadrada no inciso II do art. 135 do CPC".
- 15) APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*, p. 53.
- 16) *Ibid.*, p. 55.
- 17) CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 230.
- 18) A Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura, em seu art. 10, que "todas as pessoas têm direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública julgada por um tribunal independente e imparcial em determinação dos seus direitos e obrigações e de qualquer acusação criminal contra elas".
- 19) CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 242.
- 20) "While no doubt the arbitrator is professionally independent of the party, there remains a theoretical financial conflict of interest; the law firm in which the partner has a financial interest will profit from the continued relationship with the party, and an adverse arbitral decision might trouble that relationship." (International chamber of commerce arbitration, 3. ed., p. 228. Apud FERRO, Marcelo Roberto. Apontamentos sobre a independência dos árbitros. In: ADAMEK, Marcelo Vieira von (Coord.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos*, p. 868)
- 21) Para Marcelo Roberto Ferro, "o interesse na adoção de um critério objetivo para a verificação da independência do árbitro advém da necessidade de se evitar uma apuração – de resto, impossível – do que o árbitro subjetivamente considerou quando se confrontou com determinada situação que pudesse afetar sua independência. Na verdade, o dever de revelar imposto ao árbitro é corolário de um dever maior, uma verdadeira obrigação de resultado, que ele assume ao aceitar o encargo: trata-se do dever de assegurar a prolação de uma sentença que solucione o litígio de forma válida, isto é, uma sentença que possa ser executada no local desejado pelas partes, blindada de qualquer impugnação eventualmente direcionada pela parte

- sucumbente. Nestas condições, o árbitro que deixa de revelar fatos que eram – ou, pelo menos, deveriam ser de seu conhecimento sujeita as partes a uma decisão nula, pois proferida por um tribunal arbitral cuja constituição é irregular – ou tornou-se irregular no curso da arbitragem –, quando fatos objetivos apontam no espírito da parte – como, de resto, no espírito de qualquer pessoa em seu lugar – uma dúvida justificada a respeito da falta de independência de um árbitro” (Apontamentos sobre a independência dos árbitros. In: ADAMEK, Marcelo Vieira von (Coord.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos*, p. 853-854).
- 22) PARK, William W. *Arbitration of international business disputes: studies in law and practice*. OUP Oxford, 2006. p. 38.
 - 23) LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro: princípios da independência e da imparcialidade*, LTr, 2001. p. 5.
 - 24) “A Lista Vermelha renunciável, por sua vez, identifica situações sérias, mas de menor gravidade. Em vista de sua seriedade, ao contrário das circunstâncias descritas na Lista Laranja, tais situações devem ser consideradas renunciáveis apenas se e quando as partes, uma vez cientes do conflito de interesses, ainda assim manifestarem expressamente sua intenção de manter o árbitro em tal função, conforme indicado no Princípio Geral 4(c).” (Diretrizes da IBA relativas a Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional, Parte II, Aplicação Prática dos Princípios Gerais, parágrafo segundo)
 - 25) Princípio Geral 4, “Renúncia: (c) Uma pessoa não deve atuar como árbitro quando existir um conflito de interesses, tal como exemplificado na Lista Vermelha de eventos renunciáveis. Entretanto, tal pessoa poderá aceitar sua nomeação como árbitro ou continuar a agir como tal, se preenchidas as seguintes condições: (i) todas as partes, todos os árbitros e a instituição arbitral ou outra autoridade responsável pela nomeação (se houver) devem estar plenamente cientes do conflito de interesses; e (ii) todas as partes devem expressamente reconhecer que tal pessoa poderá atuar como árbitro a despeito do conflito de interesses”.
 - 26) ELIAS, Carlos Eduardo Stufen. *Imparcialidade dos árbitros*. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 119.
 - 27) *Ibid.*, p. 118.
 - 28) Vale transcrever o resumo feito pelo próprio autor, Marcelo Roberto Ferro: “Caso 2: a CCI recusou um árbitro cujo escritório de Advocacia tinha aceitado, durante a arbitragem, representar o réu em outro processo, mesmo tendo havido revelação deste fato e mesmo considerando que essa operação era ‘essencialmente gerida por uma das filiais estrangeiras de seu escritório, que contava com mais de 700 advogados, e que o caso se referia a um evento isolado e sem relação com a arbitragem’ e que o escritório em questão havia tomado providências rigorosas para impedir a comunicação entre as equipes (prática conhecida como *chinese wall*). De seu turno, o requerente da arbitragem sustentou que “o réu era um cliente do escritório do árbitro e que a incidência da relação advogado/ cliente sobre a aparência e a realidade da independência não estava afetada pela existência de uma muralha chinesa” (Apontamentos sobre a independência dos árbitros. In: ADAMEK, Marcelo Vieira von (Coord.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos*, p. 871).
 - 29) FERRO, Marcelo Roberto. *Ob. cit.*, p. 873.
 - 30) Lauro Gama Jr. fala em padrões éticos e de eficiência que o árbitro deve atender, entre os quais uma imparcialidade “mais pesada, cercada de deveres que, se descumpridos, vão muito além das situações (objetivas) de impedimentos e (subjetivas) de suspeição do juiz estatal [...]” (Realidades e desafios de ser árbitro no Brasil. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 42, p. 10, abr./jun. 2014).
 - 31) ELIAS, Carlos Eduardo Stufen. *Imparcialidade dos árbitros*. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 116-117.
 - 32) Da tese de Carlos Elias se extrai a ponderação, a partir de jurisprudência da Corte de Arbitragem da CCI, de que não configura impedimento o fato de um determinado árbitro ter patrocinado causa para a parte ou sua subsidiária, que se encerrara anos antes do início da arbitragem, no qual o árbitro não tinha trabalhado e do qual anteriormente nada sabia. A regra que se extrai a respeito é a de que “quanto mais próxima no tempo ao processo arbitral, mais aparente a parcialidade. De fato, mais aparente a parcialidade se a prestação de serviço ocorrer paralelamente à arbitragem do que se tiver ocorrido em um passado distante” (*Ob. cit.*, p. 129).
 - 33) Ver, a respeito, Ricardo de Carvalho Aprigliano, *O controle judicial sobre a limitação à produção probatória determinada pelos árbitros. Violação ao devido processo legal ou revisão indevida do mérito?*, In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 45, jan./mar. 2015.

© 2020 Kluwer Law International, a Wolters Kluwer Company. All rights reserved.

Kluwer Arbitration is made available for personal use only. All content is protected by copyright and other intellectual property laws. No part of this service or the information contained herein may be reproduced or transmitted in any form or by any means, or used for advertising or promotional purposes, general distribution, creating new collective works, or for resale, without prior written permission of the publisher.

If you would like to know more about this service, visit www.kluwarbitration.com or contact our Sales staff at lrs-sales@wolterskluwer.com or call +31 (0)172 64 1562.



Kluwer**Arbitration**