

REVISTA DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO

RArb

ANO 21 • 81 • ABRIL-JUNHO • 2024

FUNDADOR:
ARNOLDO WALD

DIRETOR:
GIOVANNI ETTORE NANNI

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

Uso exclusivo – proibida a veiculação

REVISTA DE
**ARBITRAGEM
E MEDIAÇÃO**

Ano 21 • vol. 81 • abr./jun. 2024

REVISTA DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO

Ano 21 • vol. 81 • abr./jun. 2024

Fundador

ARNOLDO WALD

Coordenador

GIOVANNI ETTORE NANNI

Editores adjuntos

PEDRO GUILHARDI E AMANDA BUENO DANTAS

CONSELHO EDITORIAL

Arnoldo Wald Filho, Cláudio Finkelstein, Jairo Saddi, José Augusto Fontoura Costa, Marina Gaensly Blattner

CONSELHO INTERNACIONAL

Alejandro Garro, Alexis Moure, Arif Ali, Bernard Hanotiau, Bernardo M. Cremades, Carlos Ignacio Suárez Anzorena, Christopher Seppälä, Claus von Wobeser, Diego Corapi, Eduardo Silva Romero, Fernando Mantilla-Serrano, Giovanni Iudica, Horacio A. Grigera Naon, Jean Kalicki, José-Miguel Júdece, Julie Bédard, Karl-Heinz Böckstiegel, Keith Roseng, Klaus Sachs, Laurent Levy, Lawrence Schaner, Luca Radicati di Brozolo, Nigel Blackaby, Paul Friedland, Robert Smit, Thomas Clay, Yves Derains

CONSELHO DE REDAÇÃO

Alessandra Bonilha, Carlos Alberto Carmona, Diogo L. Machado de Melo, Eduardo Arruda Alvim, Francisco José Cahali, Francisco Rezek, Gilberto Giusti, Gilberto Ildelfonso Ferreira Conti, Gustavo Mendes Tepedino, Horacio Bernardes Neto, José Carlos de Magalhães, José Emilio Nunes Pinto, José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, Lauro Gama Jr., Luciano Benetti Timm, Luiz Fernando de Almeida Guilherme, Luiz Gastão Paes de Barros Leães, Marcos Rolim F. Fontes, Pedro Batista Martins, Raquel Elita Alves Preto, Selma Maria Ferreira Lemes, Tercio Sampaio Ferraz Jr.

IN MEMORIAM

Ada Pellegrini Grinover (1933-2017)

Donaldo Armelin (1933-2018)

Luiz Olavo Baptista (1938-2019)

Mário Sérgio Duarte Garcia (1931-2021)

ISSN 1679-6462

REVISTA DE
**ARBITRAGEM
E MEDIAÇÃO**

Ano 21 • vol. 81 • abr./jun. 2024

Fundador

ARNOLDO WALD

Coordenador

GIOVANNI ETTORE NANNI

Editores adjuntos

PEDRO GUILHARDI E AMANDA BUENO DANTAS

Publicação Oficial do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

ISSN 1679-6462

REVISTA DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO

Ano 21 • vol. 81 • abr./jun. 2024

Fundador

ARNOLDO WALD

Coordenador e Editor-chefe

GIOVANNI ETTORE NANNI

Editores adjuntos

PEDRO GUILHARDI e AMANDA BUENO DANTAS

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e dos conceitos emitidos em seus trabalhos.

© edição e distribuição da

THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

ALEXANDRE FERREIRA MATTIOLI e JULIANA MAYUMI ONO

Diretores Responsáveis

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 – 13º andar – Vila Olímpia
CEP 04548-005, São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO THOMSON REUTERS SELO REVISTA DOS TRIBUNAIS
(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sactr@thomsonreuters.com

e-mail para submissão de originais
aval.artigo@thomsonreuters.com

Conheça mais sobre Thomson Reuters
www.thomsonreuters.com.br

Accesse o nosso *eComm*
www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil: [05-2024]

Profissional

Fechamento desta edição: [28.03.2024]



REVISTA DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO

Ano 21 • vol. 81 • abr./jun. 2024

Diretores de Conteúdo e Operações Editoriais

ALEXANDRE FERREIRA MATTIOLI E **JULIANA MAYUMI ONO**

Gerente de Conteúdo

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Camilla Sampaio, Karolina de Albuquerque Araújo Martino e Quenia Becker

Estagiários: Aline Pavanelli e João Victor Sales

Produção Editorial e Equipe de Conteúdo Digital

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Jéssica Viana Bezerra

Analistas de Operações Editoriais: Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial e ProView: Ana Paula Cavalcanti, Gabriel George Martins, Gabriela Cavalcante Lino, Maria Carolina Ferreira, Maria Cristina Lopes Araujo, Rodrigo Araujo e Victória Menezes Pereira

Estagiárias: Beatriz Parise Jatene Castello Branco e Rebeca Crespo Rangel

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação de capa: Linotec

Líder de Inovações de Conteúdo para Print

CAMILLA FUREGATO DA SILVA

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

Analista de Produção Gráfica: Jéssica Maria Ferreira Bueno

Diagramação eletrônica: Linotec Fotocomposição e Fitolito Ltda., CNPJ 60.442.175/0001-80

Impressão e encadernação: DEK Comércio e Serviços Ltda., CNPJ 01.036.332/0001-99

Uso exclusivo – proibida a veiculação

APRESENTAÇÃO

O número 81 da *Revista de Arbitragem e Mediação* se inicia com uma homenagem prestada pela professora Selma Ferreira Lemes a Pedro A. Batista Martins, coautor da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) e estudioso dedicado ao desenvolvimento da arbitragem no Brasil, por ocasião do lançamento da obra *Arbitragem e outros temas: homenagem a Pedro A. Batista Martins*, publicada no ano de 2023.

Em Legislação e Regulamentos, encontram-se as Resoluções do Presidente da Câmara do Mercado, emitidas no ano de 2024, que implementaram: (i) novo modelo de Questionário para Verificação de Conflitos de Interesses dos Árbitros, que entrou em vigor no mês de janeiro de 2024; (ii) instruções às Partes e Tribunais Arbitrais sobre financiamento de terceiros nos procedimentos arbitrais, além dos procedimentos administrativos a serem seguidos pela Secretaria; (iii) regras de proteção e tratamento de dados pessoais, à luz da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018) (LGPD) e do Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 (GDPR); e (iv) formulário e procedimento para o cumprimento do disposto no Anexo I da Resolução nº 80/22 da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, que estipulou a apresentação de informações relevantes pelos emissores envolvidos em procedimentos arbitrais.

Na Doutrina Internacional, José Engrácia Antunes, professor da Universidade Católica Portuguesa, adereça o aumento do emprego de meios extrajudiciais ou alternativos para resolução de conflitos de consumo. Rodrigo Nikobin, Ligia Novais de Oliveira e Pedro Lins contribuem com sucinto panorama geral da arbitragem no Brasil, na forma de guia prático para os advogados estrangeiros.

A professora Aline de Miranda Valverde Terra encerra a seção de Doutrina Internacional abordando o papel das partes na investigação da imparcialidade e independência do árbitro em arbitragens comerciais internacionais.

Na sequência, em Doutrina Nacional, o conceito de dúvida justificada é abordado por Rodrigo Dabus, em artigo que se propõe a identificar os critérios mais adequados para o exercício do dever de revelação estabelecido no artigo 14 da Lei de Arbitragem.

Lara Maria Marques Cacheado realiza estudo sobre a coisa julgada na arbitragem, a estabilização da sentença arbitral e seus efeitos.

O princípio do contraditório e sua incidência no âmbito da arbitragem doméstica é explorado por Camila Pereira Linhares e Daniel Secches Silva Leite. A noção de jurisdição arbitral no Direito brasileiro é estudada por João Carlos Mettlach-Pinter, sob a perspectiva comparada ao Direito alemão.

Mateus Garcia Bridi completa a seção de Doutrina Nacional com pesquisa sobre a vinculatividade dos precedentes judiciais no procedimento arbitral, feita com base na análise jurisprudencial e posições doutrinárias sobre o tema.

Em Novidades da Doutrina Nacional, publicamos prefácio, de autoria do professor Mauricio Moreira Menezes, à obra *A responsabilidade civil do administrador e do gestor por danos ao fundo e investimentos*, de Nicholas Furlan Di Biasé.

Na seção dedicada à Mediação e Outros Métodos, Poliana Moreira Delpupo Mata demonstra a importância dos métodos de autocomposição nas resoluções de conflitos envolvendo a Administração Pública, inclusive como ferramentas para garantir o efetivo acesso à justiça.

Na sequência, o Volume 81 conta com a seção de Palestras, que contém: (i) o Discurso de Abertura do 7º Congresso Internacional de Mediação Empresarial do GEMEP | CBAr – Mediação e Contratos Empresariais, proferido pelo Presidente do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), André de Albuquerque Cavalcanti Abbud; e (ii) breves notas sobre o dever de revelação do árbitro, por Pedro A. Batista Martins.

Na seção dedicada à Arbitragem e Poder Judiciário, Pedro Lins Conceição de Medeiros comenta o acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 2061531-53.2023.8.26.0000, em que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo debateu a permanência do dever de revelação do árbitro durante todo o trâmite do procedimento arbitral.

Em Memórias do Direito, relembremos o artigo “*História e perspectivas da arbitragem no Brasil*”, de Carlos Augusto da Silveira Lobo, publicado na edição 50 da *Revista de Arbitragem e Mediação* – volume comemorativo aos 20 anos da Lei de Arbitragem – de 2016.

Nota sobre a nova presidência do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA) encerra essa Edição, juntamente com nosso usual Sumário das Revistas e Boletins, que compila as principais publicações nacionais e internacionais sobre ADR.

GIOVANNI ETTORE NANNI

genanni@nanni.adv.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
HOMENAGENS	
Ao Pedro, algumas palavras SELMA FERREIRA LEMES	15
LEGISLAÇÃO E REGULAMENTOS	
Resolução nº 01/2024 do Presidente da Câmara do Mercado – Novo modelo de Questionário para Verificação de Conflitos de Interesses dos árbitros	19
Resolução nº 02/2024 do Presidente da Câmara do Mercado – Financiamento de terceiros nos procedimentos arbitrais.....	27
Resolução nº 03/2024 do Presidente da Câmara do Mercado – Proteção de dados pessoais nos procedimentos arbitrais	29
Resolução nº 04/2024 do Presidente da Câmara do Mercado – Cumprimento do disposto no Anexo I da Resolução nº 80/22 da Comissão de Valores Mobiliários – CVM.....	35
DOCTRINA INTERNACIONAL	
A resolução alternativa de litígios de consumo <i>Consumer ADR</i> JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES.....	39
A short practitioners guide to arbitration in Brazil <i>Um breve guia prático sobre arbitragem no Brasil</i> RODRIGO NIKOBIN, LIGIA NOVAIS DE OLIVEIRA e PEDRO LINS.....	77

The role of the parties in ascertaining impartiality and independence of the arbitrator in international arbitration: towards the recognition of a duty to investigate

O papel das partes na aferição da imparcialidade e independência do árbitro em arbitragens internacionais: em direção ao reconhecimento de um dever de investigação

ALINE DE MIRANDA VALVERDE TERRA 105

DOCTRINA NACIONAL

A) ÁRBITRO

O conceito de dúvida justificada no dever de revelação do árbitro

Duty to disclose and the concept of justifiable doubt

RODRIGO DABUS 139

B) SENTENÇA ARBITRAL

A coisa julgada na arbitragem: a estabilização da sentença arbitral e seus efeitos

Res judicata in commercial arbitration: the stability of the arbitral award and its effects

LARA MARIA MARQUES CACHEADO 181

C) ARBITRAGEM APLICADA

Contraditório participativo como princípio estruturante do processo arbitral no Brasil

Participatory adversarial proceedings as a structuring principle of the arbitration process in Brazil

CAMILA PEREIRA LINHARES e DANIEL SECCHES SILVA LEITE 203

A noção de jurisdição arbitral à luz da comparação com o direito alemão

The notion of arbitral jurisdiction in comparison with German law

JOÃO CARLOS METTLACH-PINTER 227

Uma contribuição à discussão acerca da aplicação dos precedentes na arbitragem: a vinculatividade dos precedentes se estende ao juízo arbitral?

A contribution to the discussion about the application of precedents in arbitration: does the binding of precedents extend to the arbitration court?

MATEUS GARCIA BRIDI 251

NOVIDADES DA DOUTRINA NACIONAL

Prefácio da obra *A responsabilidade civil do administrador e do gestor por danos ao fundo de investimento*

MAURICIO MOREIRA MENEZES 269

MEDIAÇÃO E OUTROS MÉTODOS

Reflexões sobre a autocomposição na administração pública

Reflections on self-composition in public administration

POLIANA MOREIRA DELPUPO MATA 275

PALESTRAS

Discurso de Abertura – 7 Sugestões para a Mediação Empresarial
7º Congresso Internacional de Mediação Empresarial do GEMEP |
CBAr – “Mediação e Contratos Empresariais” (18.10.2023)

ANDRÉ DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI ABBUD 291

Breves notas sobre o dever de revelação do árbitro

Quick notes on the arbitrator's duty to disclose

PEDRO A. BATISTA MARTINS 295

ARBITRAGEM E PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Sentença arbitral suspensa para análise de possível vínculo econômico do árbitro com uma das partes

PEDRO LINS CONCEIÇÃO DE MEDEIROS 305

MEMÓRIA DO DIREITO

História e perspectivas da arbitragem no Brasil

History and perspectives of arbitration in Brazil

CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO 327

NOTAS

Mariana Freitas de Souza assume a presidência do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA) 343

SUMÁRIOS DE REVISTAS E BOLETINS 347**NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORA INÉDITA**..... 365

Uso exclusivo – proibida a veiculação

Uso exclusivo – proibida a veiculação

Homenagens

Use exclusivo – proibida a veiculação

Ao PEDRO, ALGUMAS PALAVRAS

SELMA FERREIRA LEMES

Doutora e Mestre pela Universidade de São Paulo. Integrou a Comissão Relatora da Lei de Arbitragem. Foi membro brasileiro da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI. Advogada e professora de arbitragem. selma@selmalemes.com.br

DADOS BIBLIOGRÁFICOS: TOLENTINO, Augusto; POTSCH M., Bernard; MARTINS, Julia Girão Baptista (Coord.). *Arbitragem e outros temas: homenagem a Pedro A. Batista Martins*. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

Conheci Pedro pessoalmente em novembro de 1991, na emblemática reunião convocada por Petrônio Muniz na Associação Comercial de São Paulo, em que convidou advogados, professores e empresários, que atentaram para a importância do instituto jurídico da arbitragem e a necessidade de dar vida efetiva a esse instituto, pois, até então, o Juízo Arbitral regulado no Código de Processo Civil de 1973 e o Compromisso previsto no Código Civil de 1916 dormitavam no limbo do esquecimento e eram de rara utilização.

Nessa reunião, os advogados Pedro Batista Martins, Carlos Alberto Carmona e eu saímos com a incumbência de redigir um Anteprojeto de Lei para ser apresentado ao Congresso Nacional pelo Senador da República Marco Antônio de Oliveira Maciel. Foi o início de uma amizade de respeito e crescimento intelectual, irmanada pelos mesmos ideais científicos.

Antes de 1991, estudando e peregrinando nos sebos e livrarias à procura de livros sobre a arbitragem, me deparei com um pequeno opúsculo e, ao mesmo tempo, um grande estudo denominado *Aspectos Jurídicos da Arbitragem Comercial no Brasil* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990), obra encantadora que resgatava a trajetória da arbitragem comercial brasileira e que granjeou a Pedro o prêmio de monografias de Direito Comercial, concedido pelo Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado, cuja comissão era composta por Philomeno J. Costa, Professor Fábio K. Comparato e Dr. Edgar L. Teixeira.

Pedro tem no seu DNA a veia jurídica herdada de seu avô Pedro Batista Martins, um dos autores do Código de Processo Civil de 1939. A biblioteca que herdou de seu avô e de seu pai, que também seguiu as letras jurídicas, conta com obras de Rui Barbosa. Pedro, sabedor de meu interesse pelo grande estadista e jurista brasileiro, gentilmente ofertou-me quatro livros. Hoje, estão em minha biblioteca, em companhia da *Oração aos moços*, o hino da advocacia brasileira.

Estas linhas não comportam descrever o que foi a saga para termos a Lei de Arbitragem finalmente sancionada e promulgada em 1996, pois essa saga se perpetua no tempo. Houve e há tantos incidentes e, para combatê-los, Pedro foi e é guerreiro de primeira fila!

Mas não posso deixar de mencionar um evento que ocorreu nos estertores da aprovação do Projeto de Lei do Novo Código Civil, em 2001. Havia uma emenda de alteração do capítulo sobre o Compromisso, que encetava alteração profunda na Lei de Arbitragem. Imediatamente, Pedro e eu participamos de uma reunião de emergência no Palácio do Jaburu, em Brasília, convocada pelo então Vice-Presidente da República, Marco Maciel. Coube a Pedro, dias após, responder chamada telefônica emergencial de Marco Maciel, na iminência da proposta de emenda ser aprovada e auxiliar no sentido de termos uma redação que não ferisse a Lei de Arbitragem.

A homenagem a Pedro por meio desta obra é o reconhecimento do trabalho de uma vida em prol do desenvolvimento da arbitragem brasileira e, tudo isso, aliado à sua simpatia, humildade, respeito, cordialidade e um afável jeitinho carioca de ser.

Sinto uma enorme satisfação de ser testemunha de tudo disso.

Obrigada, Pedro.

Uso exclusivo – proibida a reprodução

Uso exclusivo – proibida a veiculação

Legislação e Regulamentos

Use exclusivo – proibida a veiculação

RESOLUÇÃO Nº 01/2024 DO PRESIDENTE DA CÂMARA DO MERCADO – NOVO MODELO DE QUESTIONÁRIO PARA VERIFICAÇÃO DE CONFLITOS DE INTERESSES DOS ÁRBITROS

Resolução CAM Nº 01/2024

Dispõe sobre o novo modelo de Questionário para Verificação de Conflitos de Interesses a ser preenchido pelos(as) árbitros(as), no momento de suas indicações para atuarem nos procedimentos arbitrais que tramitam na Câmara do Mercado.

Considerando que o *caput* e o §6º do art. 13 da lei nº 9.307/96 determinam que o(a)(s) árbitro(a)(s) deve(m) ter a confiança das partes e atuar com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição;

Considerando que o item 3.10 do Regulamento de Arbitragem da Câmara do Mercado (“Regulamento”) estabelece que o(a)(s) árbitro(o)(s) deve(m), no momento de sua indicação ao manifestar sua aceitação, revelar todo e qualquer fato ou circunstância que possa ser motivo de impedimento para atuar no procedimento arbitral, devendo, ainda, permanecer imparcial e independente em relação às partes envolvidas na arbitragem;

Considerando a necessidade de orientar o(a)(s) árbitro(a)(s) quanto ao cumprimento do dever de revelar fatos e circunstâncias que possam afetar a sua independência, imparcialidade e disponibilidade no curso do procedimento arbitral; e considerando que as melhores práticas em arbitragem recomendam a adoção de um questionário e um termo que possam auxiliar os(as) árbitros(as) no cumprimento do dever de revelação;

O Presidente da Câmara do Mercado, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo item 9.10.1 do Regulamento, aprovado em 20/09/2011, bem como pelo item 3.1, (d), do Regimento Interno da Câmara do Mercado, **RESOLVE** expedir a presente Resolução, nos termos abaixo estipulados.

Artigo 1º. Aprovar o Questionário de Conflitos de Interesse e Disponibilidade (“Questionário”), Anexos I desta Resolução, que passa a ser aplicado aos casos cuja indicação de árbitro(a)(s) seja apresentada a partir de 08/01/2024.

Artigo 2º As respostas apresentadas ao Questionário vigente até 07/01/2024 não configuram, necessariamente, violação ao dever de revelação, falta de independência ou de imparcialidade do(a)s árbitro(a)s, nem autorizam a impugnação do(a)s árbitro(a)s pelo mero fato de não terem prestado informações quanto às novas perguntas do Questionário vigente a partir de 08/01/2024.

Artigo 3º A nova edição do Questionário por si só não altera os deveres legais do(a)s árbitro(a)s de revelar quaisquer circunstâncias que denotem dúvida justificada acerca de sua independência e imparcialidade, antes e durante a arbitragem.

Artigo 4º Fica inalterada a redação atual do Termo de Imparcialidade e Independência ("Termo"), aplicado a todos os procedimentos arbitrais perante a Câmara do Mercado, conforme o Anexo II desta Resolução.

São Paulo/SP, 8 de janeiro de 2024.

08/01/2024

X 

Roberto Teixeira da Costa
Presidente da Câmara do Mercado
Assinado por: ROBERTO TEIXEIRA DACOSTA:00759635820

ROBERTO TEIXEIRA DA COSTA

ANEXO I - RESOLUÇÃO CAM Nº 01/2024

**DIRETRIZES PARA VERIFICAÇÃO DE CONFLITOS DE INTERESSE
E DISPONIBILIDADE DE ÁRBITROS**

PROCEDIMENTO ARBITRAL CAM Nº [incluir]

INFORMAÇÕES GERAIS DO PROCEDIMENTO

Requerente(s)	[nome e qualificação]
Advogados do(s) Requerente(s):	[Escritório e nome dos advogados]
Partes Relacionadas (“Pessoas Listadas pelas Partes”)	[nome] ou [não foram indicadas]
Requerido(s):	[nome e qualificação]
Advogados do(s) Requerido(s):	[Escritório e nome dos advogados]

Partes Relacionadas, (“Pessoas Listadas pelas Partes”)	[nome] ou [não foram indicadas]
--	---------------------------------

Dados Gerais do(a) Árbitro(a)

Nome
Nacionalidade
Profissão
RG
CPF
Registro profissional e sociedade profissional a que eventualmente integre
Endereço
E-mail

O objetivo deste Questionário é orientar os árbitros no cumprimento de seu dever de revelar fatos e circunstâncias pertinentes a sua atividade profissional e pessoal que possam afetar

a independência, imparcialidade e disponibilidade de sua atuação neste procedimento arbitral, à luz do disposto no *caput* e §6º do art. 13 da Lei nº 9.307/96, bem como dos itens 3.10 e 3.10.1 do Regulamento da Câmara do Mercado.

Para seu preenchimento, recomenda-se a leitura das “Diretrizes do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBar) sobre o dever de revelação do(a) árbitro(a)”¹ e das Diretrizes da *International Bar Association (IBA)* sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional².

Relações associativas (inclusive participação em comum) em organizações profissionais, acadêmicas ou de benemerência, participação em mídias sociais e outras informações públicas e de fácil acesso das Partes, não são, necessariamente, objeto de revelação.

O conceito de Parte, para fins deste Questionário, inclui o(s) Requerente(s) e Requerido(s) inicialmente indicados ou incluídos por decisão do tribunal arbitral, bem como, neste último caso, também eventuais terceiros intervenientes a qualquer título.

Para fins de preenchimento do Questionário, o árbitro deve levar em consideração o conceito legal de administrador, entendido como conselheiros e diretores estatutários.

As referências aos advogados que participam do procedimento arbitral devem ser entendidas como incluindo, no momento da resposta a este Questionário, os demais advogados (sócios ou não) da mesma sociedade de advogados.

Cabe às Partes indicar as Partes Relacionadas, como tal definidas, para os fins deste questionário, aquelas controladas pelas Partes, submetidas ao mesmo controle comum, ou sociedades coligadas sobre as quais as Partes tenham influência significativa, nos termos definidos pelas normas contábeis aprovadas pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis (independentemente da aplicação genérica, legal ou regulamentar, dessas regras às Partes). As respostas ao questionário deverão ser redigidas considerando o nome das Partes, Advogados, e Partes Relacionadas que tenham sido informadas pelas Partes.

¹ Disponível em: <https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2023/09/diretrizes-do-char-sobre-o-dever-de-revelacao-doa-arbitroa.pdf>

² Disponível em: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=EB37DA96-F98E-4746-A019-61841CE4054C>

Por fim, esse Questionário utiliza como balizador o período de 3 (três) anos para que o árbitro considere como mais relevante para eventuais revelações. No entanto, é dever do árbitro revelar todo e qualquer fato que possa afetar a sua imparcialidade e independência, aos olhos de terceiro razoável, ainda que esse esteja compreendido em período anterior aos 3 (três) últimos anos.

O preenchimento e a assinatura deste questionário implicam a aceitação para atuar como árbitro(a) no processo em epígrafe, nos termos do Regulamento de Arbitragem da Câmara do Mercado.

PERGUNTAS:

1. Dispõe de tempo hábil para exercer a função de árbitro(a) segundo as expectativas razoáveis das Partes, zelando pela celeridade e a adequada condução do procedimento arbitral?

Não
Sim

Observações: _____

2. Já atuou, nos últimos 3 (três) anos, na defesa judicial ou administrativa de alguma das Partes envolvidas neste procedimento e/ou de Partes Relacionadas e/ou seus administradores?

Não
Sim

Observações: _____

3. Alguma vez, nos últimos 3 (três) anos, já representou, assessorou, ainda que informalmente, ou atuou em nome ou por conta de alguma das Partes envolvidas neste procedimento e/ou Partes Relacionadas e/ou seus administradores?

Não
Sim

Observações: _____

4. Tem ou já teve alguma relação pessoal, de amizade íntima ou inimizade, ou relação familiar com uma das Partes, Partes Relacionadas, seus administradores e/ou advogados atuantes neste procedimento arbitral, que poderia afetar a imparcialidade ou independência de sua atuação como árbitro(a)?

Não
Sim

Observações: _____

5. Alguma vez atuou ou foi eleito(a) como membro de órgãos da administração ou conselhos consultivos ou fiscal, empregado(a) ou consultor(a) de alguma das Partes envolvidas neste procedimento e/ou de empresas do mesmo grupo econômico das partes ou Partes Relacionadas às Partes?

Não
Sim

Observações: _____

6. Atuou, nos últimos 3 (três) anos, como árbitro(a) em mais de 3 (três) procedimentos arbitrais em que uma das Partes ou Partes Relacionadas às Partes, ou seus administradores, figurou como parte?

Não
Sim

Observações: _____

7. Atuou como consultor(a), perito(a), assistente técnico(a) ou testemunha técnica em mais de 3 (três) oportunidades para alguma das Partes, Partes Relacionadas e/ou de seus administradores, nos últimos 3 (três) anos?

Não
Sim

Observações: _____

8. Emitiu, nos últimos 3 (três) anos, pareceres jurídicos, contábeis ou econômicos, em número superior a 3 (três), para alguma das Partes e/ou Partes Relacionadas neste procedimento arbitral, para seus administradores ou para um dos advogados e/ou escritórios de advocacia atuantes na arbitragem, ainda que sobre matéria não relacionada ao tema deste procedimento?

Não
Sim

Observações: _____

9. Foi contatado(a) por alguma das Partes e/ou Partes Relacionadas neste procedimento arbitral ou por seus administradores para emitir opinião acerca da questão a ser dirimida na arbitragem? Em caso positivo, emitiu alguma opinião?

Não
Sim

Observações: _____

10. Atuou em conjunto, nos últimos 3 (três) anos, com os escritórios de advocacia que representam as Partes, ou deles fez parte a qualquer título nesse período?

Não Observações: _____
Sim _____

11. Já foi nomeado(a) árbitro(a) pelo mesmo escritório de advocacia que representa qualquer das Partes neste procedimento, ao menos 3 (três) vezes, nos últimos 3 (três) anos (para contagem de data, considerar o dia em que houve a nomeação)?

Não Observações: _____
Sim _____

12. Está atuando em conjunto com os advogados de qualquer das Partes em um mesmo Tribunal Arbitral em outra arbitragem?

Não Explique: _____
Sim _____

13. Mantém ou manteve, nos últimos 3 (três) anos, alguma relação de negócio com qualquer das Partes, Partes Relacionadas ou seus administradores, ou, ainda, com os advogados atuantes nesta arbitragem?

Não Observações: _____
Sim _____

14. E' devedor(a) ou credor(a), ou titular de valores mobiliários emitidos por companhia que seja Parte ou Parte Relacionada que, direta ou indiretamente, possa ter interesse no resultado do litígio?

Não Observações: _____
Sim _____

15. Tem alguma outra forma de interesse direto ou indireto de qualquer natureza no resultado do litígio?

Não Observações: _____
Sim _____

16. Considerando que é dever do árbitro revelar às Partes qualquer interesse relevante ou relacionamento que tenha e teve com qualquer uma delas (ou com as Partes a elas relacionadas) ou que possa de alguma forma afetar a sua imparcialidade e/ou a sua independência, tem algo adicional a revelar e que seja de seu conhecimento?

Não Observações: _____
Sim _____

_____ de _____ de 202__.

[nome do(a) árbitro(a)]

ANEXO II - RESOLUÇÃO CAM Nº 01/2024

TERMO DE IMPARCIALIDADE E INDEPENDÊNCIA

Pelo presente Termo, o(a) signatário(a) apontado(a) pela(s) **[Partes/Requerentes/Requeridas/Presidente da Câmara do Mercado]**, para **[compor o Tribunal Arbitral/atuar como árbitro(a) único(a)]** relativo ao Procedimento Arbitral CAM nº **[incluir]**, instaurado a pedido de **[REQUERENTE]** em face de **[REQUERIDO]**, nos termos do Regulamento de Arbitragem da Câmara do Mercado ("Regulamento"), compromete-se a:

- i) exercer sua função com imparcialidade, independência, diligência e discricão;
- ii) a revelar, imediatamente, à Câmara do Mercado quaisquer dúvidas justificáveis quanto a sua imparcialidade e independência que possam vir a surgir no decorrer do procedimento arbitral, nos termos do item 3.10.1 do Regulamento.
- iii) assegurar o sigilo sobre a arbitragem de que irá participar, tomando todas as medidas necessárias para tanto, ressalvadas as hipóteses em que, por lei, for exigida sua quebra;

O(A) signatário(a) declara, outrossim, que:

- i) não foi controlador(a), administrador(a), conselheiro(a) fiscal, auditor(a), funcionário(a) ou preposto(a) de nenhuma das partes litigantes;
- ii) não prestou serviços a nenhuma das partes litigantes; (caso tenha prestado serviços para alguma das Partes, alterar para o seguinte texto: prestou serviços para as partes, cujo objeto não tem qualquer relação com o objeto do litígio);
- iii) não possui interesse jurídico ou econômico no litígio;
- iv) tem disponibilidade para assumir o encargo.

_____ de _____ de 202__.

[nome do(a) árbitro(a)]

RESOLUÇÃO Nº 02/2024 DO PRESIDENTE DA CÂMARA DO MERCADO – FINANCIAMENTO DE TERCEIROS NOS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS

Resolução CAM Nº 02/2024

Dispõe acerca do financiamento de terceiro nos procedimentos arbitrais.

Considerando que a existência de terceiro financiador pode ocasionar dúvida razoável acerca da independência ou imparcialidade dos árbitros em razão de potencial relacionamento entre o árbitro e o financiador;

Considerando que o Regulamento de Arbitragem da Câmara do Mercado (“Regulamento”) não contempla regras específicas que disciplinem as medidas a serem adotadas na hipótese de existência de financiamento de terceiro em procedimentos arbitrais administrados pela Câmara do Mercado, implicando assim a necessidade do suprimento dessa omissão;

O Presidente da Câmara do Mercado, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo item 9.10.1 do Regulamento, aprovado em 20/09/2011, bem como pelo item 3.1, (d), do Regimento Interno da Câmara do Mercado **RESOLVE** expedir a presente Resolução, que visa: (i) orientar as partes e os árbitros como endereçar a existência de terceiro financiador e (ii) estabelecer o procedimento a ser adotado pela Secretaria da Câmara do Mercado (“Secretaria”) em tais circunstâncias.

Artigo 1º. Entende-se por terceiro financiador qualquer pessoa física ou jurídica que não é parte em um procedimento arbitral, mas que presta serviços de suporte financeiro integral ou parcial às partes em relação às custas e despesas do procedimento arbitral, recebendo, em contrapartida, parte ou porcentagem do benefício econômico obtido a partir de sentença arbitral ou acordo e possuindo, portanto, interesse econômico em seu desfecho.

Parágrafo único. O conceito de terceiro financiador poderá ser estendido a qualquer pessoa física ou jurídica que não seja parte no procedimento arbitral, mas que possua qualquer tipo de interesse no desfecho da controvérsia, conferindo suporte financeiro integral ou parcial às partes em relação às custas e despesas do procedimento arbitral, ainda que não haja contrapartida pecuniária direta.

Artigo 2º. Consideram-se como “custas e despesas do procedimento arbitral” todo e qualquer valor dispendido pela parte necessário à condução do procedimento arbitral compreendendo, mas não se limitando, a: custas administrativas, honorários dos árbitros, honorários de perito, honorários de assistentes técnicos, adiantamento de despesas, honorários advocatícios e demais despesas destinadas à representação da parte no procedimento, cauções e garantias, honorários sucumbenciais e valores devidos à título de condenação.

Artigo 3º. É obrigatória a revelação da existência de financiamento de terceiros no procedimento arbitral. Tal revelação deverá ser promovida, por escrito, pela parte que se valer de tal mecanismo, na primeira oportunidade possível, mediante manifestação acompanhada do nome e qualificação jurídica do terceiro financiador.

Artigo 4º. Havendo revelação da existência de terceiro financiador, a Secretaria deverá imediatamente encaminhar aos árbitros o questionário para verificação de conflito de interesses solicitando que, no prazo de 10 (dez) dias a contar da notificação da Secretaria, exerçam seu dever de revelação informando qualquer fato que possa gerar dúvida justificável acerca de sua independência ou imparcialidade perante o terceiro financiador. Concomitantemente, a Secretaria deverá levar ao conhecimento da(s) parte(s) contrária(s) e de eventual(is) litisconsorte(s) a manifestação que revela a existência de financiamento.

Parágrafo único. Recebida a manifestação dos árbitros, a Secretaria a encaminhará às partes para que se manifestem nos termos do item 3.11 do Regulamento de Arbitragem.

Artigo 5º. Competirá à parte que tiver contratado o financiamento de terceiro dar-lhe ciência do andamento da causa, não competindo à Secretaria promover sua intimação ou disponibilizar cópias do procedimento, salvo disposição expressa em contrário no termo de arbitragem.

São Paulo/SP, 12 de janeiro de 2024.

12/01/2024

X 

Roberto Teixeira da Costa
Presidente da Câmara do Mercado
Assinado por: ROBERTO TEIXEIRADACOSTA00759635820

RESOLUÇÃO Nº 03/2024 DO PRESIDENTE DA CÂMARA DO MERCADO – PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NOS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS

Resolução CAM Nº 03/2024

Dispõe sobre a proteção de dados pessoais nos procedimentos arbitrais.

Considerando o disposto na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018) (“LGPD”);

Considerando o disposto no Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 (“GDPR”);

Considerando a ausência de normas no Regulamento de Arbitragem da Câmara do Mercado (“Regulamento”) que disponham sobre a proteção de dados pessoais;

Considerando a importância de fornecer às partes, advogados, árbitros e demais profissionais envolvidos nos procedimentos arbitrais transparência acerca do tratamento de dados pessoais;

O Presidente da Câmara do Mercado, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo item 9.10.1 do Regulamento, aprovado em 20/09/2011, bem como pelo item 3.1, (d), do Regimento Interno da Câmara do Mercado, **RESOLVE** expedir a presente Resolução, que passa a regular e informar acerca do tratamento de dados pessoais no âmbito da Câmara do Mercado.

Artigo 1º. Para fins desta Resolução, os termos abaixo utilizados em letra maiúscula, no singular ou no plural, terão o significado abaixo:

“**Dado(s) Pessoal(ais)**” significa qualquer informação que, direta ou indiretamente, sozinha ou acompanhada de outros dados, identifique ou possa identificar uma pessoa física. São exemplos de dados pessoais: nome, CPF, número de Protocolo de Internet (IP), endereço de e-mail, número de conta bancária, perfil financeiro, identificação de contribuinte, registro profissional, geolocalização, dentre outros. Incluem-se neste conceito os Dados Pessoais Sensíveis, conforme definição abaixo;

“**Dado(s) Pessoal(ais) Sensível(is)**” significa qualquer informação que revele, em relação a uma pessoa física, a origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa física, além daqueles Dados Pessoais cujo tratamento venha a revelar um Dado Pessoal Sensível;

“**Titular(es)**” significa qualquer pessoa física identificada ou que possa ser identificada pelo Tratamento dos Dados Pessoais ou Dados Pessoais Sensíveis;

“**Tratamento**” significa toda e qualquer operação realizada sobre os Dados Pessoais ou Dados Pessoais Sensíveis, incluindo, mas não se limitando, a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

“**Violação de Dados**” significa toda e qualquer situação, acidental ou intencional, praticada mediante culpa ou dolo, que provoque, em relação a Dados Pessoais: (i) a destruição; (ii) a perda; (iii) a alteração; (iv) a comunicação, difusão ou divulgação; ou (v) o acesso não autorizado;

“**Integrantes**” significa as partes, seus representantes e advogados, árbitros, secretários administrativos, testemunhas, peritos, assistentes técnicos e quaisquer outros indivíduos que porventura estejam envolvidos nos procedimentos arbitrais administrados pela Câmara do Mercado;

“**Autoridades Fiscalizadoras**” significa qualquer autoridade, de âmbito administrativo ou judicial, competente para julgar, fiscalizar e aplicar a legislação pertinente, incluindo, mas não se limitando à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (“ANPD”) e as Autoridades de Proteção de Dados Pessoais dos Estados Membros da União Europeia (“DPAs”).

Parágrafo Único. Os termos “Agentes de Tratamento”, “Autoridade Nacional de Proteção de Dados”, “Controlador”, “Operador”, e “Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais” terão o mesmo significado a eles atribuído na LGPD.

Artigo 2º. Esta Resolução se aplica ao Tratamento de Dados Pessoais realizado pela Câmara do Mercado e os Integrantes ao receberem, coletarem, armazenarem ou de qualquer forma realizarem o Tratamento de Dados Pessoais no âmbito do procedimento arbitral, observando o disposto na LGPD, em suas políticas e normas internas, bem como respeitando as demais regulações e legislações que lhe são aplicáveis.

§1º. O Tratamento de Dados Pessoais de Titulares situados na União Europeia ("Titulares EU") deverá observar também o disposto no GDPR.

§2º. A Câmara do Mercado, para o devido desempenho de suas funções, atuará como Controladora de Dados Pessoais, de acordo com a LGPD e com o GDPR.

Artigo 3º. A Câmara do Mercado, enquanto Controladora de Dados Pessoais, no âmbito de seu controle se obriga a:

- I- observar o exercício dos direitos dos titulares de Dados Pessoais especificamente em relação ao Tratamento de Dados Pessoais por ela realizado, cuja descrição encontra-se disposta na Declaração de Proteção de Dados Pessoais disponível no *link*: <https://www.camaradomercado.com.br/pt-br/termos-e-condicoes-de-uso.html>;
- II- adotar e garantir, conforme as suas políticas e normas internas, medidas técnicas, de segurança da informação, administrativas e organizacionais adequadas ao risco das suas atividades especificamente para os fins de proteção de Dados Pessoais; e
- III- no prazo estabelecido pela LGPD, GDPR, ANPD ou DPA, conforme o caso:
 - a) informar aos Integrantes o recebimento de qualquer comunicação, incluindo citação ou notificação, solicitando o fornecimento de parte ou integralidade dos Dados Pessoais, ou qualquer outra solicitação ou exercício de direitos, de qualquer tipo, feita pelos titulares dos Dados Pessoais ou por Autoridades Fiscalizadoras que porventura demandem atuação conjunta da Câmara do Mercado e dos Integrantes para garantir melhor atendimento da solicitação; e
 - b) informar ao Titular dos Dados Pessoais quando, por questões regulatórias ou legais, as solicitações de exercício de direitos devam ser atendidas diretamente pelos Integrantes.

Artigo 4º. Os Integrantes podem, a depender de sua atuação, também Tratar Dados Pessoais durante o procedimento arbitral. Os Integrantes ao Tratarem Dados Pessoais serão Controladores dos Dados Pessoais nos termos da LGPD, no âmbito de sua atuação nos

procedimentos arbitrais, devendo observar o disposto na LGPD e, conforme o caso, o GDPR e se obrigam a:

- I - observar o exercício dos direitos dos titulares de Dados Pessoais especificamente em relação ao Tratamento de Dados Pessoais por eles realizado;
- II - adotar e garantir, conforme as suas políticas e normas internas, medidas técnicas, de segurança da informação, administrativas e organizacionais adequadas ao risco das suas atividades especificamente para os fins de proteção de Dados Pessoais; e
- III - no prazo estabelecido pela LGPD, GDPR, ANPD ou DPA, conforme o caso:
 - a) informar à Câmara do Mercado o recebimento de qualquer comunicação, incluindo citação ou notificação, solicitando o fornecimento de parte ou integralidade dos Dados Pessoais, ou qualquer outra solicitação ou exercício de direitos, de qualquer tipo, feita pelos titulares dos Dados Pessoais ou por Autoridades Fiscalizadoras que porventura demandem atuação conjunta da Câmara do Mercado e dos Integrantes para garantir melhor atendimento da solicitação; e
 - b) informar ao titular dos Dados Pessoais quando, por questões regulatórias ou legais, as solicitações de exercício de direitos devam ser atendidas diretamente pela Câmara do Mercado.

Artigo 5º. Os Integrantes e a Câmara do Mercado são responsáveis, cada um, de forma individual e exclusiva, pelo Tratamento de Dados Pessoais que realizam, no que tange às obrigações previstas na LGPD, GDPR, este conforme o caso, legislações e regulamentações relacionadas à matéria, em especial pela garantia do exercício dos direitos dos titulares dos Dados Pessoais.

Artigo 6º. Caso o titular dos Dados Pessoais ou qualquer pessoa física ou jurídica que vier a suportar um prejuízo, requeira o ressarcimento de eventuais prejuízos relacionados ao Tratamento de Dados Pessoais diretamente à Câmara do Mercado, decorrente de culpa ou

dolo dos Integrantes, inclusive por meio de procedimento administrativo, arbitral ou ação judicial, ou a Câmara do Mercado sofra sanção administrativa, a Câmara do Mercado terá direito de regresso contra o Integrante responsável e este será integralmente responsável pelo ressarcimento à Câmara do Mercado de todos os valores relacionados à sanções e/ou condenações, inclusive despesas advocatícias e administrativas que incorrer para a sua defesa. A comprovação de que o prejuízo decorreu de culpa ou dolo do Integrante poderá se dar: (i) por meio extrajudicial; (ii) no âmbito do procedimento administrativo, arbitral ou ação judicial originários em que a B3 S.A. – Brasil, Bolsa, Balcão (“B3”) foi acionada; ou (iii) na ação em que a B3 pleitear o seu direito regresso.

São Paulo/SP, 15 de janeiro de 2024.

15/01/2024

X 

Roberto Teixeira da Costa
Presidente da Câmara do Mercado
Assinado por: ROBERTO TEIXEIRA DACOSTA 00759635820

Uso exclusivo – proibida a veiculação

Uso exclusivo – proibida a veiculação

RESOLUÇÃO Nº 04/2024 DO PRESIDENTE DA CÂMARA DO MERCADO – CUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ANEXO I DA RESOLUÇÃO Nº 80/22 DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS – CVM

Resolução CAM Nº 04/2024

Dispõe sobre o procedimento adotado pela instituição em relação ao cumprimento do disposto no Anexo I da Resolução nº 80/22 da Comissão de Valores Mobiliários – CVM (“CVM”).

Considerando a Resolução nº 80/22 da CVM, publicada no DOU de 30 de março de 2022, que “Dispõe sobre o registro de informações periódicas e eventuais dos emissores de valores mobiliários admitidos à negociação em mercados regulamentados de valores mobiliários.” e seu Anexo I, que dispõe sobre a “Comunicação sobre demandas societárias”;

Considerando a importância de dar publicidade ao procedimento adotado pela instituição para contribuir para a efetividade do Anexo I da Resolução CVM nº 80/22 e colaborar para o desenvolvimento, higidez e transparência do mercado de capitais;

O Presidente da Câmara do Mercado, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo item 9.10.1 do Regulamento de Arbitragem, bem como pelo item 3.1, (d), do Regimento Interno, **RESOLVE** expedir a presente Resolução, nos termos abaixo estipulados.

Artigo 1º. As Partes litigantes que se caracterizem como emissores de valores mobiliários registrados na Comissão de Valores Mobiliários deverão, na primeira oportunidade que se manifestarem nos procedimentos arbitrais envolvendo demandas societárias: (i) informar sobre aplicação do Anexo I da Resolução CVM nº 80/22 e; se for o caso, (ii) comprovar nos autos da arbitragem o seu atendimento.

Artigo 2º. O disposto nesta Resolução não interfere na responsabilidade de cumprimento pelos emissores de valores mobiliários da Resolução CVM nº 80/22 e demais normas emitidas pela Comissão de Valores Mobiliários, nem as exime de eventuais penalidades aplicáveis.

Artigo 3º. A presente Resolução entra em vigor a partir desta data.

São Paulo/SP, 12 de janeiro de 2024

12/01/2024

X 

Roberto Teixeira da Costa
Presidente da Câmara do Mercado
Assinado por: ROBERTO TEIXEIRA DACOSTA:00759635820

Use exclusivo – proibida a veiculação

Uso exclusivo – proibida a veiculação

Doutrina Internacional

Use exclusivo – proibida a veiculação

A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS DE CONSUMO

CONSUMER ADR

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES

Professor de Direito, Universidade Católica Portuguesa.
j.engracia.antunes@sapo.pt

ÁREAS DO DIREITO: Consumidor; Arbitragem

RESUMO: Titular formal de numerosos direitos consagrados na Lei de Defesa do Consumidor (LDC), o consumidor defronta-se com significativos obstáculos à sua efetiva implementação no âmbito dos *litígios de consumo*. Dotado de poucos recursos económicos, amiúde ignorante dos seus direitos, confrangido pela solenidade, custos, e morosidade do sistema estadual de administração de justiça, e intimidado pelo poderio financeiro e técnico das suas contrapartes empresariais, não admira assim que o consumidor renuncie frequentemente a exercer tais direitos. Esta situação explica que tenha vindo a ganhar relevo crescente um conjunto de meios extrajudiciais ou alternativos de resolução de conflitos de consumo. O presente artigo tem justamente em vista analisar o conjunto de instituições, mecanismos e procedimentos de composição e resolução de conflitos de natureza extrajudicial, alternativos aos meios judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Resolução Alternativa de Litígios – Direito do Consumo – Arbitragem de Consumo – Mediação de Consumo – Resolução de Litígios em Linha.

ABSTRACT: While formally holding numerous rights enshrined in Law, consumers face as a rule significant obstacles to the effective implementation of these rights in the context of consumer disputes. Endowed with limited economic resources, often unaware of their rights, inhibited by the formality, costs and crawling pace of judicial courts, and intimidated by the financial and technical power of their business counterparts, it is not surprising that consumers frequently do not exercise such rights. This situation explains the growing relevance of ADR in resolving consumer conflicts. This article aims to provide a general overview of the set of institutions, mechanisms, and methods for the extrajudicial resolution of conflicts, alternative to judicial means.

KEYWORDS: Alternative Dispute Resolution – Consumer ADR – Consumer Law – Consumer Arbitration – Consumer Mediation – Online Dispute Resolution – Consumer ODR.

SUMÁRIO: §1 Aspectos Gerais. 1. Noção. 2. Relevância. 3. Fontes. 4. Âmbito de Aplicação. 5. Regime Jurídico. §2 As Instituições de RALC. 1. Noção. 2. Centros de Arbitragem de Consumo. 3. Julgados de Paz. 4. Outras Entidades. §3 As Modalidades de RALC. 1. Noção. 2. Mediação. 3. Conciliação. 4. Arbitragem. 5. Resolução em Linha.

§1 ASPETOS GERAIS

1. Noção

I. Designa-se genericamente por *resolução alternativa de litígios* (RAL) – ou, no jargão internacional, “alternative dispute resolution” (ADR) – o conjunto de instituições, mecanismos e procedimentos de composição e resolução de conflitos de natureza extrajudicial, alternativos aos meios judiciais.¹

II. É sabido que o tradicional sistema da administração da justiça, assente no monopólio jurisdicional dos tribunais estaduais, tem vindo a evoluir progressivamente para um sistema integrado ou *misto* de resolução de litígios. Fatores característicos das ordens socioeconómicas contemporâneas, tais como o excesso de litigância, a morosidade dos tribunais, os custos da administração da justiça estadual, a crescente complexidade regulatória e a preocupação em assegurar a efetividade do acesso à justiça, explicam que tenha vindo a ganhar relevo crescente um conjunto de meios extrajudiciais ou alternativos de composição de conflitos.²

III. Sucede que um dos domínios da Ordem Jurídica em que estes ventos de mudança têm vindo a soprar mais intensamente é justamente o Direito do Consumo. São os chamados *meios de resolução alternativa de litígios de consumo* (RALC), que possuem um relevo muito significativo na resolução dos conflitos neste setor da ordem jurídica: entre os meios de RALC, destacam-se a *mediação*, a *conciliação* e a *arbitragem*.³

1. Sobre o tema, vide GOUVEIA, M. França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014; SILVA, P. Costa. *A Nova Face da Justiça – Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. Noutros quadrantes, WARE, Stephen. *Principles of Alternative Dispute Resolution*. 4th ed., St. Paul: West Publishing, 2023.
2. A doutrina portuguesa diverge sobre a terminologia mais correta neste domínio: ao passo que uns recorrem à expressão internacionalmente consagrada de *resolução alternativa* (como sucede com GOUVEIA, M. França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*. p. 17, 3. ed., Almedina, Coimbra, 2014), outros preferem falar aqui de *resolução extrajudicial* (CEBOLA, C. Marques. *ADR 3.0 @ Resolução Online de Conflitos de Consumo em Portugal*, p. 85, in: 22 “Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo” (2016), 65-92; SILVA, P. Costa. *A Nova Face da Justiça*, p. 34 e ss., Coimbra: Coimbra Editora, 2009). Doravante, utilizaremos indistintamente ambos os termos.
3. Sobre a resolução alternativa de litígios de consumo, vide AA.VV., *Conflitos de Consumo*, Coimbra: Almedina, 2006; CARVALHO, J. Morais; PINTO-FERREIRA, J. Pedro; CARVALHO, J. Campos, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*. Coimbra: Almedina, 2017; FROTA, Mário. *Os Mecanismos Alternativos de Resolução de Conflitos: Imperativo Europeu, seus Reflexos em Portugal*, in: 26 *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo* (2017), p. 249-319; LIZ, J. Pegado. *Conflitos de Consumo*, 73 e ss., Lisboa, 1999. Noutros quadrantes, AA.VV., *I Metodi Alternativi nella Soluzione delle Controversie dei Consumatori*,

2. Relevância

I. Pode afirmar-se, sem o risco de exagerar, que os meios de meios de resolução alternativa ou extrajudicial dos litígios de consumo são hoje, tanto em Portugal como um pouco por todo o mundo, uma projeção essencial do direito fundamental de acesso à justiça no domínio do Direito do Consumo (art. 20.º da CRP)⁴, sem os quais não seria possível assegurar uma tutela jurisdicional efetiva dos direitos dos consumidores⁵. As razões para este relevo e sucesso prendem-se com um conjunto de características distintivas ou identitárias dos próprios litígios de consumo.

II. Desde logo, trata-se de litígios de reduzido *valor económico*, não ultrapassando em regra as centenas de euros: ilustrando, a média do valor dos litígios submetidos em 2022 no “Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo” foi de EUR 859, sendo muito numerosos os casos que envolvem valores de pouco mais de uma dezena de euros⁶. Ora, em conflitos de pequena dimensão económica o recurso aos tribunais judiciais torna-se altamente improvável, dado que os custos e riscos da litigância judicial são muito superiores aos eventuais benefícios daí resultantes para o consumidor. Em contrapartida, os meios de RALC são amplamente acessíveis ao consumidor litigante: com efeito, os procedimentos disponíveis nos centros de arbitragem são gratuitos ou envolvem o pagamento de uma taxa de valor reduzido (art. 10.º, n.º 3 da LRALC), e nos julgados de paz, está prevista a taxa única de EUR 70 por processo, a qual será reduzida para EUR 25 no caso de mediação (Portaria n.º 342/2019, de 1 de outubro).

III. Depois ainda, trata-se de litígios cujo *objeto*, antes que consistir numa relação jurídico-material controvertida complexa e exprimir um conflito de interesses entre os litigantes que se torna necessário compor (art. 3.º, n.º 1 do CPC), envolvem tipicamente a questão

Bari: Cacucci Editore, 2007; ALTHAMMER, Christoph; MELLER-HANNICH, Caroline (Hrgs.). *VSBG Verbraucherstreitbeilegungsgesetz: Kommentar*, 2. Aufl., Frankfurt: W. Metzner Verlag, 2021; BERLIN, Christof, *Alternative Streitbeilegung in Verbraucherkonflikten*, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2014; CHAMORRO, M. Catalán, *El Acceso a la Justicia de Consumidores: Los Nuevos Instrumentos del ADR y ODR de Consumo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019; HODGES, Christopher; BENÖHR, Iris; Creutzfeldt, Naomi, *Consumer ADR in Europe*, Oxford/New York: Beck/Hart/Nomos, 2012; KARDOS, Gordon. *Alternative Dispute Resolution für Verbraucherstreitigkeiten*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2023; WARE, Stephen. *Principles of Alternative Dispute Resolution*, 4th ed., St. Paul: West Academic Publishing, 2023.

4. Sobre a relevância deste vetor de ação política, vide o Programa do XXI Governo Constitucional, que estabelece como prioridade “[r]eforçar, generalizar e agilizar a resolução extrajudicial de conflitos de consumo, designadamente através da utilização de mecanismos que incentivem ou obriguem à utilização de tribunais arbitrais para a resolução de diferendos que, pela sua dimensão, não encontram resposta nos tribunais judiciais e que necessitem de uma resposta rápida e barata, com a força de uma decisão de um tribunal” (p. 131, in: [<https://www.portugal.gov.pt/ficheiros-geral/programa-do-governo-pdf.aspx>]).
5. Nas palavras do juiz árbitro de um centro de arbitragem português, “a experiência permite-nos concluir que noventa por cento dos conflitos de consumo nunca chegariam aos tribunais judiciais, pelo que se não fossem os Centros de Arbitragem os consumidores não veriam os seus problemas resolvidos” (TRINDADE, J. Pires. Arbitragem de Conflitos de Consumo, p. 133, in: 13 “Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação” (2020), p. 127-146).
6. CNIACC. *Relatório de Atividades e Execução Financeira 2022*, p. 35, Lisboa, 2023.

central do (in)cumprimento das regras jusconsumeristas aplicáveis, no quadro de relações em regra impessoais entre as empresas fornecedoras de bens e serviços e os respetivos clientes. Também aqui os procedimentos próprios dos tribunais judiciais, devido ao seu maior formalismo, solenidade, complexidade e morosidade, não conseguem competir com os procedimentos de RALC, os quais estão em melhor posição para assegurar uma solução célere e em tempo útil para as partes litigantes, especialmente para os consumidores.⁷

IV. Finalmente, trata-se de litígios cuja *resolução*, antes que assentar numa composição heterónoma, autoritária e adjudicatória (como é tipicamente a dos tribunais judiciais), recorre a processos de composição e resolução de natureza mais marcadamente autónoma e consensual (em que o poder compositivo do litígio radica nos próprios litigantes, sendo os resultados essencialmente fruto do respetivo consenso, como sucede na mediação e conciliação) ou, em todo o caso, que permite uma maior proximidade e participação dos litigantes na administração da justiça (“maxime”, na arbitragem). Estes procedimentos de resolução, além de tornarem mais expedita a justiça de consumo, favorecem também o interesse geral do funcionamento do mercado e os interesses específicos das próprias empresas fornecedoras de bens e serviços: é que, sendo as decisões dos litígios obtidas de forma consensual ou participativa, torna-se mais provável a manutenção futura das relações entre as partes litigantes e a confiança geral no funcionamento do próprio mercado.⁸

V. Em suma, pode dizer-se que a resolução extrajudicial dos litígios relativos às relações jurídicas de consumo favorece os interesses de todos os envolvidos: dos consumidores, oferecendo-lhes uma alternativa mais célere, eficaz e económica de tutela dos seus direitos; das empresas, salvaguardando-lhe a respetiva imagem público-comercial em resultado da confidencialidade dos processos; e do próprio Estado, aliviando os tribunais judiciais de uma significativa sobrecarga de pequenas causas e permitindo decisões mais adequadas à natureza destas.

3. Fontes

I. A história da resolução alternativa de litígios de consumo tem décadas, tendo mesmo sido pioneira em Portugal na introdução e no desenvolvimento de mecanismos de ADR⁹. A criação dos centros de arbitragem de consumo a partir da década de 80 (tendo o primeiro

7. A isto acresce ainda que, dada a típica configuração das relações de consumo como relação entre partes desiguais do mercado (cf. ANTUNES, J. Engrácia, *Direito do Consumo*, p. 26 e ss., Coimbra, Almedina, 2019), os princípios gerais do processo civil, assentes na autonomia de vontade (v.g., igualdade das partes, princípio dispositivo, regras sobre a prova), vêm acentuar os inconvenientes da clássica resolução judicial, transmutando frequentemente a liberdade e a igualdade formais em veículos de subordinação e discriminação (cf. ALMEIDA, C. Ferreira, *Os Direitos dos Consumidores*, p. 155 e ss., Coimbra: Almedina, 1982).
8. Como referem CARVALHO, J. Morais; PINTO-FERREIRA, J. Pedro; CARVALHO, J. Campos: “em qualquer processo onde haja possibilidade de diálogo entre as partes, mesmo que seja um processo adjudicatório, a probabilidade de reabilitação da relação é maior” (*Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, p. 49, Coimbra: Almedina, 2017).
9. Sobre as origens e evolução histórica, vide ALVES, Helena. A Resolução Alternativa de Litígios em Portugal: Retrospectiva Histórico-Política, in: 22 “Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo” (2016), p. 49-64.

sido implantado em Lisboa em 1989), a criação dos julgados de paz (instituídos em 2001), e as sucessivas iniciativas legislativas na matéria (designadamente, o Decreto-Lei nº 146/99, de 4 de maio, relativo à criação e ao funcionamento de entidades privadas de resolução extrajudicial de conflitos de consumo, ou o Decreto-Lei nº 60/2011, relativo à rede nacional de centros de arbitragem institucionalizada) são apenas alguns exemplos desse pioneirismo.¹⁰

II. No direito português atualmente em vigor, o diploma central na matéria é a Lei nº 144/2015, de 8 de setembro. Tal lei – doravante designada Lei da Resolução Alternativa de Litígios de Consumo (abreviadamente LRALC) – veio estabelecer o *enquadramento jurídico dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo*. Esta lei, que é aplicável aos procedimentos de resolução extrajudicial de litígios nacionais e transfronteiriços promovidos por uma entidade de resolução alternativa de litígios (RAL), veio transpor para o ordenamento jurídico português a Diretiva 2013/11/UE, de 21 de maio, e estabelecer os princípios e as regras a que deve obedecer o funcionamento das entidades de resolução alternativa de litígios de consumo.¹¹

III. Além deste diploma nuclear, não se pode perder de vista a existência de um conjunto de outras leis sobre matérias com relevo direto para a presente problemática. Entre elas destacam-se a Lei nº 63/2011, de 14 de dezembro, relativa à arbitragem voluntária (*Lei da Arbitragem Voluntária* ou LAV), a Lei nº 29/2013, de 19 de abril, relativa à mediação (*Lei da Mediação* ou LM), e a Lei nº 78/2001, de 13 de julho, relativa aos julgados de paz (*Lei dos Julgados de Paz* ou LJP). Mas muitos outros diplomas legais poderiam ser aqui referidos – e sê-lo-ão efetivamente mais adiante, a respeito de temáticas específicas variadas: pense-se, por exemplo, na Lei da Venda de Bens de Consumo (LVBC), na Lei dos Serviços Públicos Essenciais (LSPE), na Lei-Quadro das Entidades Reguladoras (LQER), etc.

IV. No direito europeu, destacam-se indubitavelmente a Diretiva 2013/11/UE, de 21 de maio, relativa à resolução alternativa de litígios de consumo, e o Regulamento UE/524/2013, de 21 de maio, relativo à resolução dos litígios de consumo em linha¹². A primeira, comumente conhecida como Diretiva RAL, visou assegurar que os consumidores da União Europeia possam submeter os seus litígios relativos a contratos sobre produtos e serviços celebrados com comerciantes a uma entidade de resolução alternativa de litígios (RAL):

10. Para mais desenvolvimentos sobre a história dos meios de RAL em Portugal, vide CARVALHO, J. Morais; PINTO-FERREIRA, J. Pedro; CARVALHO, J. Campos. *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, p. 16 e ss., Coimbra: Almedina, 2017; GOUVEIA, M. França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, p. 34 e ss., 3. ed., Coimbra: Almedina, 2014.
11. Sobre esta lei, PINTO-FERREIRA, J. Pedro. *A Resolução Alternativa de Litígios de Consumo no Contexto da Lei 144/2015*, in: “Estudos de Direito do Consumo: Homenagem a M. Ataíde Ferreira”, p. 310-332, Lisboa: Almedina/Deco, 2016.
12. Para uma concisa análise das origens e conteúdo destas fontes europeias, vide LIZ, J. Pegado. *A Resolução Alternativa de Litígios no Direito da União Europeia*, in: 22 “Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo” (2016), p. 15-48. Sobre os principais problemas do novo quadro europeu da resolução alternativa de conflitos de consumo, instituído pela Diretiva RAL e pelo Regulamento RLL (v.g., aspetos institucionais, procedimentos, conflitos transfronteiriços, etc.), vide desenvolvidamente STÜRNER, Michael; INCHAUSTI, F. Gascón; CAPONI, Remo (eds.). *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice*, München: Sellier European Law Publishers, 2015.

tal diretiva, que viria a ser transposta para o direito português através da já citada Lei nº 144/2015, de 8 de setembro, prevê os requisitos de qualidade obrigatórios para as entidades de RAL e os procedimentos destinados a garantir aspetos tais como as respetivas transparência, independência, equidade e eficácia¹³. O último, vulgarmente conhecido como Regulamento RLL, visou criar uma plataforma eletrónica de resolução de litígios em linha (RLL) ao nível da União Europeia: esta plataforma, consistente num sítio “web” gerido pela Comissão Europeia e em funcionamento desde 2016, destina-se à resolução de litígios resultantes de contratos celebrados em linha entre consumidores e comerciantes, independentemente de serem nacionais ou transfronteiriços, incluindo a disponibilização de formulários eletrónicos de queixa, o fornecimento à parte requerida de informações respeitantes à queixa, a identificação dos organismos de mediação nacionais e a gestão dos litígios submetidos por via eletrónica.¹⁴

4. Âmbito de Aplicação

I. Nos termos do seu art. 2.º, a LRALC é aplicável “aos procedimentos de resolução extrajudicial de litígios nacionais e transfronteiriços promovidos por uma entidade de resolução alternativa de litígios (RAL), quando os mesmos sejam iniciados por um consumidor contra um fornecedor de bens ou prestador de serviços e respeitem a obrigações contratuais resultantes de contratos de compra e venda ou de prestação de serviços, celebrados entre fornecedor de bens ou prestador de serviços estabelecidos e consumidores residentes em Portugal e na União Europeia”. Pode dizer-se que o âmbito de aplicação dos procedimentos de RALC se encontra assim circunscrito a litígios originados em relações de consumo relativamente às quais se encontrem preenchidos três requisitos cumulativos.

II. Quanto ao seu âmbito de aplicação pessoal, estão aqui abrangidas apenas as relações de consumo entre consumidores individuais ou singulares (art. 3.º, d) da LRALC) – com exclusão, por conseguinte, de consumidores pessoas coletivas¹⁵ – e empresários/profissionais

13. Sobre esta Diretiva em Portugal, vide CEBOLA, C. Marques. *The Implementation of the Consumer ADR Directive in Portugal: The Necessary Reform or Missed Opportunity?*, in: CORTÉS, Pablo (ed.), “The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution”, p. 251-273, Oxford/New York: Oxford University Press, 2016. Noutros países, CREUTZFELDT, Naomi, *Implementation of the Consumer ADR Directive*, in: 4 “Journal of European Consumer and Market Law” (2016), p. 169-175; RÉNIER, Gregory. *Le Nouvel Encadrement de l’Union Européenne pour le Règlement Extrajudiciaire des Litiges de Consommation: Examen de la Directive 2013/11/UE en Matière d’ADR*, in: 1 “Revue Européenne de Droit de la Consommation” (2014), p. 135-164; RÜHL, Giesele. *Die Richtlinie über alternative Streitbeilegung: Handlungsperspektiven und Handlungsoptionen*, in: 127 “Zeitschrift für Zivilprozess” (2014), p. 61-98.

14. Sobre este Regulamento, que viria a ser ainda complementado pelo Regulamento de Execução UE/2015/1051, de 1 de julho (relativo às modalidades do exercício das funções da plataforma de resolução de litígios em linha, do formulário eletrónico de queixa e da cooperação entre os pontos de contacto), vide BARRROS, J. Leite. *Arbitragem Online em Conflitos de Consumo*, p. 64 e ss., São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019; CEBOLA, C. Marques. *La Plataforma Europea de Resolución de Litigios en Línea (ODR) – Su Funcionamiento y Retos de Futuro*, in: 3 “Informática y Derecho – Revista Iberoamericana de Derecho Informático” (2017), p. 75-96.

15. Em linha, de resto, com aquela que já seria a solução geral acolhida em Portugal e noutras ordens jurídicas estrangeiras: sobre tal questão, vide ANTUNES, J. Engrácia. *O Conceito Jurídico de Consumidor*, p. 778 e ss., 792 e ss., in: III “Revista de Direito Civil” (2018), p. 771-796.

fornecedores de bens ou prestadores de serviços – excluindo-se os litígios entre consumidores e os litígios entre empresários/profissionais (arts. 2.º, nºs 1 e 2 da LRALC, art. 2.º, nº 2, d) da Diretiva RAL). Aspeto particularmente relevante é o da *unidirecionalidade* dos mecanismos de RALC previstos na lei, dado que a legitimidade processual ativa deve sempre pertencer ao consumidor (nos dizeres do legislador, o regime apenas se aplica “a procedimentos iniciados por um consumidor contra um fornecedor de bens ou prestador de serviços”): por conseguinte, encontram-se excluídos deste domínio os casos em que seja o empresário ou profissional que pretenda promover um dos procedimentos de resolução extrajudicial de um litígio de consumo (art. 2.º, nº 2, d) da LRALC, art. 7.º do RHA).¹⁶

III. Quanto ao seu âmbito de aplicação *material*, estão aqui abrangidas as relações de consumo originadas em contratos de compra e venda e de prestação de serviços (art. 2.º, nº 1 da LRALC)¹⁷. Esta configuração restritiva do âmbito de aplicação da lei nacional – que resulta da transposição acrítica do texto da lei europeia (art. 2.º, nº 1 da Diretiva RAL) – é suscetível de gerar dúvidas, porquanto contrária, não apenas à noção geral de consumidor acolhida na lei portuguesa (art. 2.º, nº 1 da LDC)¹⁸, mas também ao escopo protetivo geral subjacente à própria LRALC: por essa razão, a maioria da doutrina nacional vem sustentando uma interpretação extensiva do preceito, que assim deverá considerar-se também aplicável a outras figuras contratuais, mormente às previstas em leis especiais do consumo (v.g., contratos de crédito nos termos da LCC, contratos de empreitada ou locação nos termos da LVBC, etc.)¹⁹. Importante é ainda salientar, por outra banda, a exclusão deste âmbito de aplicação de um conjunto de relações consumeristas litigiosas (art. 2.º, nº 2 da LRALC): aqui se incluem aos “serviços de interesse geral sem contrapartida económica”, tais como serviços públicos ou de associações de fim ideal (art. 2.º, nº 2, a) da LRALC); os “serviços de saúde” (prestados por entidades públicas ou privadas) e de “ensino complementar ou superior” (prestados por entidades públicas) (art. 2.º, nº 2, b) e c) da LRALC); e os procedimentos apresentados por consumidores junto dos serviços de reclamações ou de natureza equiparada que sejam geridos pelos próprios fornecedores (por falta de independência e

16. Sobre a unidirecionalidade enquanto traço característico da resolução alternativa de litígios de consumo, PINTO-FERREIRA, J. Pedro. *A Resolução Alternativa de Litígios de Consumo no Contexto da Lei 144/2015*, p. 316, in: “Estudos de Direito do Consumo: Homenagem a M. Ataíde Ferreira”, p. 310-332, Lisboa: Almedina/Deco, 2016.

17. Que o legislador define, respetivamente, como os contratos através do qual o fornecedor de bens ou prestador de serviços “transfere ou se compromete a transferir a propriedade de bens para o consumidor e o consumidor paga ou se compromete a pagar o respetivo preço, incluindo qualquer contrato que tenha por objeto simultaneamente bens e serviços” (art. 3.º, e) da LRALC) e “presta ou se compromete a prestar um serviço ao consumidor e o consumidor paga ou se compromete a pagar” (art. 3.º, f) da LRALC).

18. Sobre este aspeto, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Direito do Consumo*, p. 53 e ss., Coimbra: Almedina, 2019; ANTUNES, J. Engrácia, *O Consumidor no Direito Português*, in: 137 “Revista de Direito do Consumidor” (2021), p. 173-198.

19. Nesse sentido, CARVALHO, J. Morais; PINTO-FERREIRA, J. Pedro; CARVALHO, J. Campos. *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, p. 29 e s., Coimbra: Almedina, 2017; CEBOLA, C. Marques, *ADR 3.0 @ Resolução Online de Conflitos de Consumo em Portugal*, p. 72 e ss., in: 22 “Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo” (2016), p. 65-92.

imparcialidade: cf. arts. 2.º, n.º 2, e) e 8.º, n.º 6, a) e d) da LRALC) ou por autoridades reguladoras setorialmente competentes (art. 2.º, n.º 2, e) da LRALC, art. 47.º, n.º 3 da LQER).²⁰

IV. Finalmente, quanto ao seu âmbito de aplicação *espacial*, estão aqui abrangidas as relações de consumo internas (entre consumidores e empresários/profissionais com residência ou sede em território português) e transfronteiriças (em que um dos litigantes seja residente ou esteja sediado num outro Estado membro da União Europeia) (art. 3.º, h) e i) da LRALC)²¹. Não se pode perder de vista que a Diretiva RAL, que esteve na origem da lei portuguesa, teve por objetivo primordial “contribuir, através da realização de um elevado nível de defesa do consumidor, para o bom funcionamento do mercado interno”: compreende-se assim a exigência de que o conflito de consumo apresente uma conexão relevante com o mercado interno decorrente do facto de os litigantes terem a sua residência ou sede num Estado-Membro da UE. Advirta-se que este âmbito de aplicação espacial não prejudica ou afeta o âmbito de competência territorial dos centros nacionais de arbitragem de consumo: com efeito, inspirando-se num modelo de regulamento harmonizado (art. 5.º do RHA), a generalidade dos centros de competência genérica autorizados em Portugal considera-se competente resolver quaisquer litígios nacionais ou transfronteiriços originados em contratos celebrados dentro da sua área geográfica, independentemente de o consumidor ser ou não residente na União Europeia.²²

5. Regime Jurídico

I. O regime jurídico da resolução alternativa de litígios de consumo, previsto na LRALC, encontra-se estruturado em torno de três núcleos normativos e temáticos fundamentais: os *procedimentos* de RALC, as *entidades* de RALC e os *princípios* da RALC – que importa definir preliminarmente, de forma muito breve.

II. Nos termos do art. 3.º, j) da LRALC, são definidos como “«procedimentos de RAL», a mediação, a conciliação e a arbitragem”. A *mediação* consiste num procedimento ou método de resolução de litígios através do qual os litigantes procuram alcançar um acordo sobre o objeto do litígio com a assistência de um terceiro “mediador”, imparcial e independente, desprovido de poderes decisórios (Lei da Mediação ou LM, aprovada pela Lei n.º 29/2013,

20. Sobre o papel das entidades reguladoras setoriais na regulação de conflitos de consumo, vide *infra* § 2-4 (III).

21. O legislador distingue os *litígios nacionais* e *transfronteiriços* consoante o consumidor, no momento em que encomenda os bens ou serviços, “residir no mesmo Estado membro em que o fornecedor de bens ou prestador de serviços está estabelecido” (art. 3.º, h) da LRALC) ou “residir num Estado membro diferente do Estado membro em que o fornecedor de bens ou prestador de serviços está estabelecido” (art. 3.º, i) da LRALC). Cf. ainda VICENTE, D. Moura. *Resolução Extrajudicial de Conflitos de Consumo com Carácter Transfronteiriço*, in: “Direito Internacional Privado: Ensaios”, vol. I, p. 393-414, Coimbra: Almedina, 2002.

22. In: [https://www.consumidor.gov.pt/gestao-ficheiros-externos/regulamento-harmonizado-de-arbitragem-pdf.aspx]. Sobre o Regulamento Harmonizado de Arbitragem (RHA), vide COSTA, C. Filipe, *Regulamento Harmonizado dos Centros de Arbitragem de Conflito de Consumo – Uma Proposta de Revisão*, in: 13 “Data Venia – Revista Jurídica Digital” (2022), p. 325-382.

de 19 de abril). A *conciliação* consiste num procedimento ou método de resolução de litígios através do qual um terceiro “conciliador”, assumindo um papel mais interventivo na resolução do litígio e encontrando-se também investido em poderes decisórios, promove ativamente a obtenção de um acordo entre as partes litigantes ou, na falta deste acordo, decide a solução do litígio. A *arbitragem* consiste num procedimento ou método de resolução de litígios através do qual a decisão do litígio, por acordo das partes ou imposição da lei, é confiada a um terceiro “árbitro” (Lei da Arbitragem Voluntária ou LAV, aprovada pela Lei nº 63/2011, de 14 de dezembro). A noção e a disciplina jurídica destes procedimentos – que serão objeto de análise autónoma mais adiante – constam das referidas leis especiais, sem prejuízo das referências previstas a seu respeito na própria LRALC (v.g., arts. 3.º, a), 4.º, 4.º-A, 4.º-B, 4.º-C, 5.º, 6.º-A, 12.º, nº 2, 13.º, nº 3, e 14.º).²³

III. Nos termos do art. 3.º, b) da LRALC, definem-se como “«Entidades de RAL», as que, independentemente da sua designação, se encontrem estabelecidas em Portugal e que possibilitem a resolução de litígios abrangidos pela presente lei, por meio de um dos procedimentos de RAL nela previstos, e se encontrem inscritas na lista de entidades de RAL regulada no capítulo IV”. Num sentido estrito ou próprio, as entidades de resolução alternativa de conflitos de consumo são apenas, em Portugal, os *centros de arbitragem de conflitos de consumo*, os quais se encontram integrados na Rede de Arbitragem de Consumo (arts. 4.º a 4.º-C da LRALC) e que se encontram autorizados para prosseguir atividades de informação, mediação, conciliação e arbitragem de litígios de consumo (arts. 15.º a 17.º da LRALC). Num sentido amplo e impróprio, todavia, não se pode perder de vista a existência de outros tipos de instituições ou entidades, de natureza tanto jurisdicional como administrativa, pública como privada, que promovem igualmente métodos alternativos de resolução de conflitos relevantes no domínio do Direito do Consumo: são eles os *juízes de paz* (Lei nº 78/2001, de 13 de julho), as *entidades reguladoras setoriais* (Lei nº 67/2013, de 28 de agosto) e os *centros de informação autárquicos do consumidor* (art. 7.º da LDC).²⁴

IV. Finalmente, os procedimentos e as entidades de resolução alternativa de litígios de consumo encontram-se regidos por um conjunto de *princípios fundamentais*. Com efeito, desde cedo os legislador português e europeu destacaram a importância de os sistemas de resolução extrajudicial destes conflitos assentarem num quadro de vetores estruturantes aptos a assegurar uma verdadeira “alternativa” à resolução judicial (cf. Decreto-Lei nº 146/99, de 4 de maio, arts. 6.º a 11.º da Diretiva RAL). Entre tais princípios fundamentais, destacam-se os princípios da unidirecionalidade (arts. 2.º, nº 1 e 2.º, nº 2, d) da LRALC), da publicidade (art. 6.º), da competência (art. 7.º), da independência e imparcialidade (art. 8.º), da transparência (art. 9.º), da eficácia e acessibilidade (art. 10.º), da equidade (art. 12.º), da liberdade (art. 13.º), da legalidade (art. 14.º) e da informação (art. 19.º, todos da LRALC).²⁵

23. Sobre estes procedimentos, vide desenvolvidamente *infra* § 3.

24. Sobre estas entidades, vide desenvolvidamente *infra* § 2.

25. Sobre tais princípios, por vezes com diferentes categorizações e terminologias, vide CARVALHO, J. Morais; PINTO-FERREIRA, J. Pedro; CARVALHO, J. Campos. *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, p. 83 e ss., Coimbra: Almedina, 2017; PINTO-FERREIRA, J. Pedro. *A Resolução Alternativa de Litígios*

§2 As INSTITUIÇÕES DE RALC

1. Noção

I. A noção legal de *entidade de RAL*, prevista no art. 3.º, b) da LRALC, define-a como a entidade estabelecida em Portugal que, possibilitando a resolução de conflitos de consumo por intermédio de um dos procedimentos de resolução alternativa (mediação, conciliação, arbitragem), se encontre inscrita na lista de entidades de RAL.²⁶

II. Nos termos dos arts. 15.º a 17.º da LRALC, a Direção-Geral do Consumidor (DGC) constitui a autoridade nacional competente para a elaboração, organização, gestão e fiscalização da *lista de todas as entidades de RAL*²⁷. Em particular, compete à DGC a elaboração e a divulgação da lista atualizada das entidades de RAL autorizadas e estabelecidas em Portugal (art. 17.º, n.º 1), além da comunicação à Comissão Europeia da mesma lista, informando esta de eventuais alterações posteriores (art. 17.º, n.º 2)²⁸. O legislador português acolheu assim um sistema de acreditação absoluto, circunscrito às entidades devidamente autorizadas, constante da lista elaborada pelas autoridades nacionais e comunicada às autoridades europeias (arts. 6.º, n.º 2, 16.º, 19.º, 23.º e 24.º, n.º 2 da LRALC)²⁹. Sublinhe-se ainda que os empresários/profissionais estabelecidos em território nacional devem informar os consumidores relativamente às entidades de RAL disponíveis, bem assim como aquelas a que se encontram vinculados, voluntariamente (por adesão) ou imperativamente (por imposição legal) (art. 8.º, n.º 1, g) da LDC, art. 18.º da LRALC), algo de paralelo se passando no domínio dos litígios de consumo em linha (art. 14.º, n.º 1 do RRLI).

III. A quase totalidade das entidades de RAL, atualmente integrantes da referida lista da DGC, é constituída pelos *centros de arbitragem de consumo*. Num sentido amplo ou impróprio, todavia, deverão também ser consideradas como instituições de resolução alternativa de conflitos de consumo outras entidades, de natureza heterogénea, que se contradistinguem

de Consumo no Contexto da Lei n.º 144/2015, p. 320 e ss., in: “Estudos de Direito do Consumo: Homenagem a M. Ataíde Ferreira”, p. 310-332, Lisboa: Almedina/Deco, 2016.

26. FONSECA, T. Soares, *Entidades de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo (Por um Acesso à Mediação, Conciliação e Arbitragem de Consumo com Custos para as Partes)*, in: 17 “Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação” (2022), p. 175-236.
27. Esta lista encontra-se disponível em [<https://www.consumidor.gov.pt/parceiros/sistema-de-defesa-do-consumidor/entidades-de-resolucao-alternativa-de-litigios-de-consumo/ral-mapa-e-lista-de-entidades.aspx>].
28. Saliente-se que a lista elaborada pela Comissão Europeia, com base nos dados fornecidos pela DGC, deverá divulgada pelas próprias entidades de RAL, pela DGC e pelo Centro Europeu do Consumidor nos respetivos sítios eletrónicos na Internet, através de uma ligação ao sítio eletrónico da Comissão Europeia (art. 19.º da LRALC). A lista das entidades notificadas pelos diferentes Estados-Membros, incluindo Portugal, pode ser consultada em [<https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.adr.show2>].
29. Ao contrário de outros ordenamentos jurídicos estrangeiros, que consagram um sistema relativo de acreditação, admitindo expressamente a possibilidade de entidades de RAL não acreditadas oferecerem serviços de resolução de conflitos de consumo: cf. DE LA ROSA, F. Esteban. *La Vertebración del Regimen Español de la Mediación de Consumo en el Marco del Derecho Europeo*, in: 25 “Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política” (2017), p. 17-31.

justamente por recorrer a meios de resolução alternativa dos litígios relativos a relações de consumo: são eles os *juílgados de paz*, as *entidades reguladoras setoriais* e os *centros de informação autárquicos do consumidor*.³⁰

2. Centros de Arbitragem de Consumo

I. Os centros de arbitragem de conflitos de consumo (abreviadamente “centros de arbitragem de consumo”) são pessoas coletivas de natureza em regra privada que têm por atribuições fundamentais a resolução de litígios de consumo através de procedimentos de mediação, conciliação e arbitragem, de forma gratuita ou a custos reduzidos, além de atividades de informação aos consumidores.³¹

II. Os centros de arbitragem de consumo constituem, na expressão de Jorge Morais Carvalho e João-Pedro Pinto-Ferreira, “os pilares do sistema de RALC português”.³²

O surgimento dos centros de arbitragem de consumo remonta já aos finais da década de 80, com a criação do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa (CACCL) em 1989³³. Na sequência da previsão geral do art. 14.º, n.º 1 da LDC, o legislador português viria então a regular um conjunto de aspetos relativos à criação, atribuições e obrigações, financiamento e organização destes centros.

Assim, e por um lado, a *criação* de centros de arbitragem de conflitos de consumo encontra-se sujeita à observância das regras gerais do Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de dezembro (autorização dos centros de arbitragem voluntária institucionalizada), bem como das regras especiais previstas pela própria LRALC (arts. 5.º, 6.º e 6.º-A, 15.º a 17.º, e 24.º). Trata-se inequivocamente de centros que promovem uma arbitragem institucionalizada e

30. Chame-se ainda a atenção para o *Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios (GRAL)*: integrado na Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ), constitui um serviço central da administração direta do Estado que tem por missão organizar e fomentar o recurso aos tribunais arbitrais, aos julgados de paz e a outros meios extrajudiciais de resolução de conflitos (arts. 1.º, n.º 2 e 2.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 163/2012, de 31 de julho).

31. Sobre a figura, vide ATAÍDE, R. Mascarenhas/ CRAVEIRO, I. Sítima. *Arbitragem Institucionalizada de Litígios de Direito de Consumo: Apontamentos ao Âmbito de Aplicação da Lei n.º 144/2015, de 8 de Setembro (Mecanismos de Resolução Extrajudicial de Litígios de Consumo)*, in: 13 “Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação” (2020), p. 37-87; CABEÇADAS, I. Mendes. *Os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo*, in: AA.VV., “Os Custos da Justiça – Actas do Colóquio Internacional”, p. 335-347, Coimbra: Almedina, 2003; DIAS, A. Pinto. *A Responsabilidade Civil dos Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo*, in: 4 “Revista de Direito da Responsabilidade” (2022), p. 226-246; FONSECA, T. Soares. *Resolução Alternativa de Litígios de Consumo – Legislação – Regulamentos dos Centros de Arbitragem*. Lisboa: AAFDL, 2022; PEDROSO, João. *A Construção de uma Justiça de Proximidade: O Caso dos Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo*, in: 60 “Revista Crítica de Ciências Sociais” (2001), p. 33-60; PEDROSO, João; CRUZ, Cristina. *A Arbitragem Institucional: Um Novo Modelo de Administração de Justiça – O Caso dos Conflitos de Consumo*, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2000.

32. *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, p. 51, Coimbra: Almedina, 2017.

33. Cf. CENTRO DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO DE LISBOA. *Sinopse da Acção, Regulamento e Colectânea de Jurisprudência (2000-2007)*, coordenação de Isabel Mendes Cabeçadas, 2. Ed. Lisboa, 2008.

não “ad hoc”, dado que dispõem de tribunais arbitrais permanentes, dotados de estatutos e regulamentos próprios.³⁴

Por outro lado, o legislador instituiu a “*Rede de Arbitragem de Consumo*” (RAC). Tal rede, que integra os centros de arbitragem de conflitos de consumo autorizados para prosseguir as atividades de informação, mediação, conciliação e arbitragem destes litígios (art. 3.º, a) da LRALC), tem por objetivo assegurar a coordenação, a utilização de sistemas comuns e a harmonização dos procedimentos seguidos nas atividades de informação, mediação, conciliação e arbitragem de litígios de consumo, pelos centros de arbitragem de conflitos de consumo que agrega (art. 4.º, nº 1), além da promoção do funcionamento integrado dos centros de arbitragem de conflitos de consumo e a recolha de toda a informação estatística relevante relativa ao seu funcionamento prestada pelos centros (art. 4.º, nº 2 da LRALC).³⁵

Finalmente, os centros de arbitragem de conflitos de consumo encontram-se sujeitos a um conjunto de *obrigações*. Para além dos deveres gerais extensíveis a todas as entidades de RAL (art. 6.º da LRALC), tais centros de arbitragem estão sujeitos a um conjunto vasto de deveres específicos, nomeadamente os de assegurar durante todos os dias úteis o tratamento de litígios de consumo (tanto por meios convencionais como eletrónicos) e o atendimento ao público (mormente, divulgando nos respetivos sítios “web” o horário e os meios de atendimento); de cumprir tempestivamente as obrigações de reporte de informação às entidades reguladoras dos serviços públicos essenciais (cf. art. 4.º-B da LRALC); de promover a especialização em razão da matéria (através da afetação de pessoal devidamente qualificado) e a realização de iniciativas mensais de divulgação da arbitragem de consumo; de divulgar as fontes de financiamento da sua atividade e respetivos montantes; e de prestar informação atualizada, nos respetivos sítios “web”, sobre a arbitragem de consumo e respetiva atividade (art. 6.º-A da LRALC).

III. À data presente, existem em Portugal mais de uma dezena de *centros de arbitragem* que integram a RAC, estando autorizados para promover em território nacional a resolução de litígios de consumo.

Entre eles, destacam-se o Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo (CNIACC), o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo da Região de

34. ATAÍDE, R. Mascarenhas; CRAVEIRO, I. Sítima, *Arbitragem Institucionalizada de Litígios de Direito de Consumo: Apontamentos ao Âmbito de Aplicação da Lei n.º 144/2015, de 8 de Setembro (Mecanismos de Resolução Extrajudicial de Litígios de Consumo)*, in: 13 “Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação” (2020), p. 37-87. O centro de arbitragem não se confunde, todavia, com o tribunal arbitral: ao passo que o *centro* constitui uma entidade autorizada a organizar e administrar os processos arbitrais de consumo, é ao tribunal que cabe apreciar os litígios de consumo e proferir a respetiva decisão arbitral.

35. Questão duvidosa consiste em saber como se articulam a lista de entidades da RAL (art. 17.º da LRALC), e a Rede de Arbitragem de Consumo (art. 4.º da LRALC), ambas sob a alçada da Direção-Geral do Consumidor. Isto porque aquela lista integra determinadas entidades que, por não possuírem competências de arbitragem e não respeitarem os princípios gerais da independência e imparcialidade da LRALC, não poderão ser qualificadas como entidades de RAL no sentido estrito da lei: assim sucede com o “Provedor do Cliente das Agências de Viagens e de Turismo” (cf. *infra* nota 56). Sobre tal questão, vide CARVALHO, J. Morais; PINTO-FERREIRA, J. Pedro. *Reflexão sobre a Arbitragem e Mediação de Consumo na Lei de Defesa do Consumidor – A Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto*, p. 17, in: 13 “Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação” (2020), p. 9-35.

Coimbra (CACCRC), o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa (CAC-CL), o Centro de Arbitragem da Universidade Autónoma de Lisboa (CAUAL), o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo da Região Autónoma da Madeira (CACCRAM), o Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto (CICAP), o Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Consumo (Tribunal Arbitral de Consumo) (CIAB), o Centro de Informação, Mediação e Arbitragem do Algarve (CIMAAL), o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa (TRIAVE), o Centro de Arbitragem do Setor Automóvel (CASA) e o Centro de Informação, Mediação, Provedoria e Arbitragem de Seguros (CIMPAS).³⁶

Todos os centros de arbitragem dispõem de *regulamentos próprios*. Considerando que um dos objetivos da Rede de Arbitragem de Consumo em que estes centros se integram consiste na harmonização dos procedimentos de resolução alternativa de conflitos de consumo (art. 4.º, nº 1 da LRALC), os regulamentos destes centros (de competência genérica) apresentam uma disciplina e sistematização geral bastante idêntica que teve por base o “Regulamento Harmonizado de Arbitragem” (doravante abreviadamente RHA) elaborado pela Direção-Geral do Consumidor e pela Direção-Geral da Política de Justiça (art. 4.º, nº 3 da LRALC).³⁷

IV. Aspeto importante é a *competência* própria dos centros de arbitragem de consumo – a qual é delimitada em função de critérios de ordem vária (matéria, território, valor da causa) cuja aplicação conjugada permite assim determinar, relativamente a cada litígio de consumo em concreto, qual ou quais os centros a quem é reconhecido poder jurisdicional para o apreciar e resolver³⁸. Dado o seu relevo prático, importa dedicar-lhe uma atenção autónoma.

36. Estes centros de arbitragem de consumo são centros exclusivamente vocacionados à informação, mediação, conciliação e arbitragem de consumo – embora possam possuir, como veremos de imediato, uma competência genérica ou uma competência especializada em matéria de conflitos de consumo. Isto não significa que outros centros de arbitragem, conquanto exclusiva ou especificamente vocacionados aos conflitos do consumo, não possam também ser competentes para resolver este tipo de conflitos: assim sucede atualmente, em concreto, com o CAUAL (que integra a lista de entidades da RAL elaborada pela Direção-Geral do Consumidor, a que se refere o art. 17.º da LRALC); e assim poderá suceder no futuro, em abstrato, com qualquer outro centro de arbitragem institucional autorizado pelo Ministério da Justiça (Decreto-Lei nº 425/86, de 27 de dezembro, Portaria nº 81/2001, de 8 de fevereiro, sucessivamente alterada) que requeira à DGC a sua inscrição na referida lista (arts. 15.º e 16.º da LRALC). Cf. CAPELO, M. José, *A Lei de Arbitragem Voluntária e os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo*, in: 1 “Estudos de Direito do Consumidor” (1999), p. 101-116; CARRAPIÇO, Joaquim (Org.). *Arbitragem de Conflitos de Consumo*, Lisboa: Instituto do Consumidor, 1997.

37. Este “Regulamento Harmonizado de Arbitragem – Centros de Arbitragem de Competência Genérica” encontra-se disponível em: [<https://www.consumidor.gov.pt/gestao-ficheiros-externos/regulamento-harmonizado-de-arbitragem-pdf.aspx>]. Sobre tal Regulamento, vide COSTA, C. Filipe, *Regulamento Harmonizado dos Centros de Arbitragem de Conflito de Consumo – Uma Proposta de Revisão*, in: 13 “Data Venia – Revista Jurídica Digital” (2022), p. 325-382.

38. Estas regras de competência, previstas na lei (mormente, a LRALC) e nos regulamentos próprios de cada centro, são especialmente relevantes em sede do procedimento específico de arbitragem. Nos termos gerais do art. 18.º, nº 8 da LAV, caberá ao tribunal arbitral do centro de arbitragem decidir sobre a sua própria competência (“Kompetenz-Kompetenz”): todavia, caso o tribunal arbitral aprecie e decida um litígio de consumo fora do âmbito da sua competência (por exemplo, um litígio relativo à prestação de serviços de saúde: cf. art. 2.º, nº 2, b) da LRALC), a decisão arbitral enfermará de um vício de *incompetência absoluta*, o

V. Desde logo, no que concerne à respetiva *competência material* (isto é, em razão da matéria), há que distinguir entre os centros de arbitragem de competência genérica e especializada.

Os centros de competência genérica são competentes para a resolução de qualquer tipo de conflito de consumo, correspondendo à grande maioria dos centros atualmente existentes (é o caso dos CNIACC, CACRC, CACCL, CACCRAM, CICAP, CIAB, CIMAAL e TRIAVE). A generalidade dos regulamentos destes centros – seguindo o já referido modelo de regulamento harmonizado (RHA) – define positiva e negativamente esse âmbito de competência, seja através da consagração de uma noção de conflito ou litígio de consumo, seja contemplando determinadas exclusões (v.g., litígios excluídos do âmbito de aplicação da LRALC, litígios em que estejam indiciados delitos de natureza criminal).³⁹

Por seu turno, em contrapartida, os centros de competência especializada são apenas competentes para resolver os conflitos de consumo pertinentes a determinado setor ou matéria consumeristas: é o que sucede com o CASA e o CIMPAS, os quais, nos termos dos respetivos regulamentos, possuem um poder jurisdicional circunscrito a litígios de consumo, respetivamente e “grosso modo”, do setor automóvel e do setor segurador.

VI. No que respeita à *competência territorial* (isto é, em razão do território), os centros de arbitragem de competência genérica possuem um âmbito de competência circunscrito a uma determinada zona do território nacional nos termos do respetivo regulamento (por exemplo, o CACCL à área metropolitana de Lisboa, o CICAP à área metropolitana do Porto, e o CACCRAM à região autónoma da Madeira) e os centros de competência especializada possuem um âmbito de competência correspondente a todo o território nacional (como sucede com o CASA e o CIMPAS).⁴⁰

Esta competência territorial é determinada, em regra, por referência ao *local de celebração* do contrato de consumo que está na base do litígio (art. 5.º, nº 1), e, em certos casos, ao local da residência do consumidor (art. 5.º, nº 2, ambos do RHA)⁴¹. Advirta-se ainda que os

qual constitui uma exceção dilatária por exorbitância dos poderes jurisdicionais do tribunal que obsta ao conhecimento do mérito da causa. Para um exemplo, vide a sentença arbitral de 25-XI-2020 (ALEXANDRE MACIEL) do CNIACC (in: [https://www.cniacc.pt/pt/jurisprudencia-cniacc]).

39. Em caso de conflito, prevalecerão naturalmente as normas imperativas da LRALC: assim, não obstante uma boa parte dos regulamentos destes centros acolham uma noção ampla de conflito de consumo, que abrange indistintamente os consumidores pessoais singulares e coletivas (cf. art. 4.º, nº 2 do RHA), deverá prevalecer a noção estrita acolhida pelo legislador neste domínio, que restringiu a sua aplicação aos consumidores individuais (art. 3.º, d) da LRALC). Cf. *supra* § 4-4 (II).
40. Trata-se de uma regra que conhece exceções. Assim, nos termos do seu regulamento, o CNIACC “é um centro de âmbito nacional e a sua atuação reveste carácter supletivo perante os restantes centros de arbitragem de consumo” (art. 3.º). Tal significa, pois, que o CNIACC constitui um centro com uma competência territorial supletiva (sendo competente para a resolução de litígios de consumo relativos a áreas geográficas não abrangidas por qualquer outro centro de competência genérica) e uma competência material supletiva (sendo competente para litígios relativos a matérias não abrangidas pelos centros de competência especializada, v.g., litígios relativos a seguros de grandes riscos no caso do CIMPAS), sem prejuízo, naturalmente, de possuir uma competência concorrente nas áreas geográficas dos demais centros.
41. Nos termos deste preceito, o centro é competente “para a resolução de conflitos originados por contratos de consumo celebrados dentro do respetivo âmbito geográfico” (nº 1) e ainda “para a resolução de conflitos de

centros de arbitragem são ainda competentes para a resolução de litígios de consumo *transfronteiriços*, ou seja, litígios originados em contratos de compra e venda ou de prestação de serviços celebrados dentro da respetiva área geográfica, nos quais o consumidor reside num Estado membro da União Europeia diferente daquele onde se encontra sediado ou estabelecido o empresário ou profissional fornecedor dos bens ou prestador dos serviços (arts. 3.º, i), 6.º, n.º, 1, e) e g), 20.º e 21.º da LRALC, Regulamento RLL).⁴²

VII. Enfim, no que respeita à *competência em razão do valor*, os centros de arbitragem exibem também diferenças que importa não perder de vista. Com efeito, nos termos dos seus próprios regulamentos, existem centros que apenas podem apreciar e decidir litígios de consumo de valor máximo de EUR 5 000, correspondente ao valor da alçada dos tribunais de primeira instância (é o caso do CACCL e do CACDC); outros que fixam como limite o valor de EUR 30 000, diretamente ou remissivamente para o valor da alçada dos tribunais da Relação (v.g., CIAB, CICAP, CIMAAL, CACCRAM); e ainda outros que não preveem qualquer limite, considerando-se competentes para a resolução de litígios consumeristas de qualquer valor (v.g., CAUAL, CASA, CIMPAS)⁴³. Questão em aberto, de que nem o legislador (mormente, a LRALC, a LAV ou a LM) nem os próprios regulamentos dos centros se ocupam, diz respeito aos critérios para a determinação ou fixação do valor do litígio: perante tal silêncio, dever-se-á recorrer às normas gerais (arts. 296.º e segs. do CPC, art. 44.º da LOSJ), de acordo com as quais o valor da causa, representando a “utilidade económica do pedido” (art. 296.º, n.º 1 do CPC), corresponderá ao valor do pedido na data da sua dedução (no caso de ter por objeto uma quantia pecuniária líquida) ou o equivalente pecuniário daquela utilidade (nos demais casos) (art. 297.º, n.º 1 do CPC), sem prejuízo de tal valor poder vir a ser alterado em data posterior (art. 299.º do CPC) ou, em caso de divergência insanável, o próprio tribunal poder decidir sobre tal valor (art. 306.º do CPC, art. 18.º da LAV).⁴⁴

VIII. Finalmente, no que toca ao respetivo *funcionamento*, importa sublinhar que os centros de arbitragem de consumo operam de acordo com uma lógica de *resolução faseada* ou *multinível* (“multi-step dispute resolution”), nas quais a mediação constitui o procedimento

consumo originados por contratações à distância ou fora do estabelecimento comercial, nos casos em que o consumidor reside na sua área geográfica”. Assim, por exemplo, se um cidadão residente em Lisboa se deslocar ao Porto e adquirir para uso não profissional um determinado bem num estabelecimento comercial desta cidade, será competente para a resolução dos litígios emergentes desta compra e venda de consumo o CICAP, e não o CACCL; mas se o mesmo bem fosse adquirido à distância (v.g., através de um serviço de tele vendas) ou fora do estabelecimento desse empresário (v.g., num evento promocional por este organizado na mesma cidade), já seria relevante o CACCL, e não o CICAP. Sobre os contratos à distância e fora do estabelecimento, vide ANTUNES, J. Engrácia. *Os Contratos Fora do Estabelecimento*, in: ATAÍDE, R.; ROCHA, F.; Fidalgo, V. (Coord.), “Estudos de Direito do Consumo”, v. I, p. 767-775, Lisboa, 2023.

42. Sobre a resolução dos litígios em linha, vide desenvolvidamente *infra* §3-5.

43. Advirta-se que esta limitação da competência em razão do valor não é aplicável a certos conflitos de consumo: é o caso dos litígios relativos a serviços públicos essenciais, que estão sujeitos a arbitragem necessária (art. 15.º, n.º 1 da LSPE). Cf. *infra* §3-4 (IX).

44. Sobre o valor da causa arbitral em geral, vide SILVA, P. Costa, *Valor da Causa e Causas do Valor nos Processos Arbitrais*, in: “Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo”, 199-209, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. Para uma ilustração, vide a sentença arbitral de 21-VIII-2021 (ALEXANDRE MACIEL) do CNIACC (in: [https://www.cniacc.pt/pt/jurisprudencia-cniacc]).

alternativo primário ou prévio, seguido dos procedimentos da conciliação e da arbitragem. Em síntese extrema, e numa perspectiva diacrónica, a resolução de conflitos de consumo tem o seu início com a apresentação da *reclamação* de consumo, mediante preenchimento de impresso físico ou eletrónico padronizado, através da qual um consumidor identifica o reclamado, expõe os factos pertinentes ao litígio (acompanhado de documentação probatória disponível), e formula e quantifica o pedido (art. 6.º, nº 1, a), c) e i) da LRALC, arts. 7.º e 8.º da RHA). Após a análise sumária do pedido, o centro de arbitragem – caso não recuse liminarmente o tratamento do litígio (com fundamento, v.g., na incompetência em razão do valor ou território, na pendência do litígio noutra entidade de RAL ou judicial, etc.) – contacta as partes com vista a resolução do litígio através de *mediação*, ou seja, através de um acordo entre aquelas, explicando as regras do procedimento de mediação e designando um mediador (art. 9.º do RHA). Caso as partes aceitem este procedimento e alcancem uma solução por acordo, este será homologado (art. 9.º, nº 4 do RHA). Caso as partes não tenham chegado a um acordo e o processo prossiga para apreciação e julgamento por um tribunal arbitral (art. 10.º do RHA), terá lugar a realização de uma tentativa de *conciliação* antes da audiência de julgamento, efetuada pelo árbitro, pelo diretor do centro de arbitragem ou por um jurista responsável por procedimentos de resolução alternativa de litígios (art. 11.º, nºs 1 e 2 do RHA). Caso as partes cheguem a um acordo em sede de conciliação, este será reduzido a escrito e homologado pelo árbitro, produzindo os efeitos de uma sentença arbitral (art. 11.º, nº 3 do RHA). Caso contrário, o árbitro dará início à audiência de julgamento (“audiência arbitral”: cf. arts. 12.º, nº 1, 13.º e 14.º do RHA), sendo possível às partes, a qualquer momento até ao termo desta, pôr termo ao litígio através de acordo que, uma vez homologado, produzirá também os efeitos de uma sentença arbitral (art. 12.º, nº 2): na hipótese de as partes não se prevalecerem desta faculdade, o árbitro proferirá uma decisão final para o litígio (*sentença arbitral*), a qual terá o mesmo carácter obrigatório e a mesma força executiva da sentença de um tribunal judicial, sendo apenas suscetível de recurso se o valor do processo for superior ao da alçada do tribunal judicial de primeira instância e tiver sido decidida segundo o direito (art. 15.º do RHA).⁴⁵

3. *Julgados de Paz*

I. Os Julgados de Paz, instituídos pela Lei nº 78/2001, de 13 de julho (Lei dos Julgados de Paz ou LJP), são tribunais judiciais vocacionados a permitir a participação dos titulares dos interesses conflitantes e a autocomposição dos respetivos litígios (art. 2.º).⁴⁶

45. Sobre este “iter”, entre outros, vide TRINDADE, J. Pires. *Arbitragem de Conflitos de Consumo*, p. 133 e ss., in: 13 “Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação” (2020), p. 127-146.

46. Sobre a figura, vide AA.VV., *Julgados de Paz e Mediação: Um Novo Conceito de Justiça*, Lisboa: AAFDL, 2002; BELEZA, M. Prazeres. *Algumas Reflexões sobre o Contributo dos Julgados de Paz para a Evolução da Justiça Cível*, in: “Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício”, p. 925-938, Coimbra: Coimbra Editora, 2014; COELHO, Galhardo. *Julgados de Paz e Mediação de Conflitos*, Lisboa: Ancora Editora, 2003; CHUMBINHO, João. *Os Julgados de Paz na Prática Processual Civil*, Lisboa: Quid Juris, 2007; FERREIRA, J. Cardona. *Justiça de Paz – Julgados de Paz*, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013; FERREIRA, J. Cardona. *Julgados de Paz: Organização, Competência e Funcionamento*, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014; PEREIRA, J. Ramos. *Julgados de Paz*, 3. ed. Lisboa: Quid Juris, 2005; SEVIVAS, João. *Julgados de Paz e o Direito*, Lisboa:

II. O enquadramento dos julgados de paz no elenco das entidades de resolução alternativa dos litígios de consumo (RALC) deve ser entendido *habilmente*. Por um lado, os julgados de paz constituem entidades jurisdicionais mistas ou híbridas, dado que, muito embora constituindo formalmente tribunais estaduais que integram a organização judiciária portuguesa (art. 209.º, n.º 2 da CRP, arts. 29.º, n.º 4 e 151.º, n.º 1 da LOSJ), constituem materialmente uma forma alternativa ou extrajudicial de resolução de litígios, em virtude dos princípios que norteiam o seu funcionamento (arts. 2.º, 15.º e segs. da LJP) e da centralidade dos procedimentos de autocomposição tais como a mediação e a conciliação (arts. 49.º e segs. da LJP). Por outro lado, sendo competentes para apreciar questões cíveis de valor económico reduzido (inferior a 15 000 euros: cf. art. 8.º da LJP) e com custas bastante reduzidas (no máximo, taxa única de 70 euros para a parte vencida: cf. Portaria n.º 342/2019, de 1 de outubro), eles têm constituído um importante veículo da resolução alternativa dos litígios de consumo, estando aliás na origem de uma abundante casuística jurisprudencial na matéria.⁴⁷

III. Os julgados de paz são vocacionados para permitir a participação dos titulares dos interesses conflitantes e favorecer a autocomposição dos seus litígios, sendo a atividade jurisdicional orientada por princípios gerais de simplicidade, adequação, informalidade, oralidade e absoluta economia processual (art. 2.º da LJP), os quais permeiam a respetiva tramitação, organização e funcionamento (v.g., arts. 26.º, n.º 2, 43.º, n.º 2, 45.º, 46.º e 47.º da LJP).

No que respeita à sua *competência*, ela encontra-se delimitada em função de critérios relativos ao objeto, matéria, território e valor do pleito (arts. 6.º e segs. da LJP). Quanto ao objeto, “a competência dos julgados de paz é exclusiva a ações declarativas” (art. 6.º, n.º 1 do LJP), estando assim excluídas as ações executivas (art. 10.º, n.º 4 do CPC). Quanto ao valor, “os julgados de paz têm competência para questões cujo valor não exceda (euro) 15 000” (art. 8.º da LJP). Quanto à matéria, a competência dos julgados de paz estende-se a um conjunto de matérias cíveis elencadas no art. 9.º da LJP: se é verdade que o poder jurisdicional dos julgados de paz não se confina assim aos litígios emergentes de relações jurídicas de consumo, verdade é também que ela é suscetível de cobrir a generalidade destes litígios, tendo em conta que tais julgados são competentes para apreciar e decidir as ações destinadas a “efetivar o cumprimento de obrigações”, a “responsabilidade civil contratual ou extracontratual”, o “incumprimento contratual” ou a “garantia geral das obrigações” (art. 9.º, n.º 1, a), h), i), e j) da LJP)⁴⁸. Por fim, quanto ao território, a competência toma como critério geral o

Rei dos Livros, 2007; VARGAS, L. Dias. *Julgados de Paz: Uma Nova Face da Justiça*. Coimbra: Almedina, 2006.

47. Sobre o seu relevo no domínio do Direito do Consumo, para além das obras gerais atrás referidas, vide ainda FERREIRA, J. Cardona, *Os Julgados de Paz e os Litígios de Consumo*, in: 4 “Estudos de Direito do Consumidor” (2002), p. 79-88; num plano comparatístico, NETO, A. Oliveira. *Juizados Especiais e Julgados de Paz: Aspectos Comparativos Relacionados com a Composição de Conflitos de Consumo*, in: 5 “Estudos de Direito do Consumidor” (2003), p. 351-389.

48. Repare-se que esta delimitação da sua competência material introduz uma espécie de *unidirecionalidade indireta* ou *implícita* na composição ou resolução dos litígios de consumo através dos julgados de paz: assim, por exemplo, o art. 9.º, n.º 1, a) da LJP, ao prever que aqueles são competentes para apreciar e decidir “ações

local do domicílio ou sede do demandado (consoante este seja pessoa singular ou coletiva), assumindo especial relevo para os litígios de consumo, de entre as regras especiais previstas nos arts. 10.º e segs., o critério fixado na lei para as ações destinadas “a exigir o cumprimento de obrigações, a indemnização pelo não cumprimento ou pelo cumprimento defeituoso e a resolução do contrato por falta de cumprimento”: o julgado de paz do lugar em que a obrigação devia ser cumprida ou do domicílio do demandado, à escolha do demandante-credor (art. 12.º, nº 1 da LJP).⁴⁹

IV. A resolução dos litígios pelos julgados de paz reveste três modalidades fundamentais, de natureza auto e heterocompositiva: a *mediação*, a *conciliação* e a *decisão* do juiz de paz.

A tramitação do processo é simples, encontrando-se prevista na LJP. Tudo começa com as peças processuais das partes, as quais podem inclusive ser apresentadas oralmente na secretaria, sendo estas reduzidas a escrito pelos funcionários do julgado de paz (arts. 43.º e segs.): ao requerimento inicial (art. 43.º) segue-se a citação do demandado (art. 45.º) e a sua contestação no prazo de 10 dias (art. 47.º), sendo excecionalmente admitida reconvenção (art. 48.º). Findos os articulados, abre-se uma fase de pré-mediação, destinada a averiguar da disponibilidade das partes para o recurso à mediação, sendo, em caso afirmativo, celebrado um protocolo de mediação e marcada a primeira sessão de mediação, a qual decorrerá nos termos gerais da LM (arts. 49.º a 53.º)⁵⁰. Caso as partes cheguem a acordo, este é reduzido a escrito e homologado pelo juiz de paz (art. 56.º). Caso as partes tenham recusado o recurso à mediação, ou, tendo-a aceite, dela tenham entretanto desistido ou não tenham chegado a um acordo, será marcada data para a audiência de julgamento (arts. 50.º, nº 3 e 56.º, nº 3): no termo desta, caberá então ao juiz realizar uma última tentativa de conciliação entre as partes (art. 26.º, nº 1) e, gorando-se esta, proferir uma sentença sobre o litígio (arts. 57.º a 60.º). Sublinhe-se ainda que os juizes de paz não estão sujeitos obrigatoriamente a critérios de legalidade estrita, podendo, se houver acordo das partes e o valor da ação não exceder metade do valor da alçada do julgado de paz (ou seja, EUR 2 500), decidir segundo juízos de equidade (art. 26.º, nº 1, todos do LJP).

que se destinem a efetivar o cumprimento de obrigações, *com exceção das que tenham por objeto o cumprimento de obrigação pecuniária* e digam respeito a um contrato de adesão” (itálicos nossos), acaba, para o comum dos contratos de consumo litigiosos (“maxime”, compras e vendas de consumo), por permitir ao consumidor-comprador recorrer a um julgado de paz para exigir o cumprimento do contrato litigioso por parte do empresário-vendedor (v.g., mediante reparação, substituição ou resolução em caso de desconformidade da coisa comprada), mas, inversamente, já impede este último de recorrer àquele julgado para assegurar idêntico cumprimento por parte do primeiro (v.g., cobrança do preço em dívida).

49. É controverso se a competência material dos julgados de paz é *alternativa* ou *exclusiva* em face dos tribunais judiciais com competência territorial concorrente. Sobre a questão, no primeiro dos sentidos, vide o Acórdão de Uniformização de STJ nº 11/2007, de 24 de maio (Maria dos Prazeres Beleza), in: DR nº 142, 1ª série, de 25 de julho de 2007; SOUSA, M. Teixeira. *A Competência dos Julgados de Paz: A Alternativa Consensual*, in: 22 “Cadernos de Direito Privado” (2008), p. 43-58. Num sentido inverso, COELHO, Galhardo. *Julgados de Paz e Mediação de Conflitos*, p. 27, Lisboa: Ancora Editora, 2003; entre outros, os Acórdãos da Relação de Lisboa de 18-I-2007 (Manuel Gonçalves), de 27-II-2002 (Pimentel Marcos) e de 12-VII-2007 (Pereira Rodrigues), todos in: [www.dgsi.pt].
50. Cf. ainda os arts. 16.º e segs. da LJP, sobre os serviços de mediação dos julgados de paz, bem como a Portaria nº 282/2010, de 25 de maio, relativa aos regulamentos dos procedimentos de seleção de mediadores de conflitos para prestar serviços de mediação nos julgados de paz (Anexo I).

V. Os *acordos* das partes homologados e as *decisões* proferidas pelo juiz no âmbito dos julgados de paz têm o valor de sentença de um tribunal de 1ª instância, podendo ser objeto de recurso para a secção competente do tribunal de comarca nos processos cujo valor exceda metade do valor da alçada (arts. 56.º, nº 1, 61.º e 62.º da LJP).

4. Outras Entidades

I. O universo das instituições e entidades que – malgrado, na esmagadora maioria dos casos, não revestirem a natureza de uma entidade de RAL para efeitos da lei (arts. 3.º, b) e 17.º da LRALC) – desempenham um papel de maior ou menor relevo no âmbito da resolução alternativa de litígios de consumo tem vindo a crescer.

II. Os *Centros de Informação Autárquicos ao Consumidor (CIAC)*, previstos no art. 7.º, nº 1 da LDC, são entidades da administração municipal que, espalhadas por todo o território nacional, funcionam como estruturas de proximidade e de apoio gratuito aos consumidores, mormente através da prestação de informação sobre os respetivos direitos e deveres⁵¹. Estes Centros promovem frequentemente a resolução alternativa de conflitos de consumo, designadamente através de mediação, funcionando como a “porta de entrada” nesse sistema de resolução, já que se trata amiúde da primeira entidade a que os consumidores recorrem no sentido de apresentarem as suas reclamações e obterem a solução de litígios com os empresários e profissionais fornecedores de produtos e prestadores de serviços.

III. As *entidades reguladoras setoriais*, previstas na LQER, são entidades da administração independente às quais, no âmbito das suas atribuições gerais de regulação e supervisão de determinados setores de atividade económica, compete a proteção dos direitos e interesses dos consumidores⁵². Tais entidades possuem um importante papel na resolução alternativa dos conflitos de consumo emergentes no âmbito do respetivo setor de regulação individual, nos termos da lei e dos respetivos estatutos. Com efeito, nos termos do art. 47.º, nº 3 da LQER, compete às entidades reguladoras “a resolução de conflitos entre operadores sujeitos à sua regulação, ou entre estes e consumidores, designadamente: a) dinamizar e cooperar com os mecanismos alternativos de resolução de conflitos existentes ou, em

51. Sobre os CIAC, vide COUTO, Rute. *Consumidor-Cidadão: O Estado e os Direitos do Consumidor*, p. 18 e ss., in: 21 “Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo” (2016), p. 13-32. Uma lista atualizada destes centros pode ser encontrada in: [<https://www.consumidor.gov.pt/parceiros/sistema-de-defesa-do-consumidor/ciac/ciac-lista-e-mapa-de-localizacao.aspx>].

52. Sobre as entidades reguladoras setoriais, vide CARDOSO, J. Lucas. *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. Especificamente sobre o seu relevo como entidades de RAL, entre outros, vide ALMEIDA, M. Azevedo. *Valores Mobiliários, CMVM e Proteção dos Consumidores*, in: IV “Estudos de Instituto de Direito do Consumo” (2014), p. 165-181; CARVALHO, J. Morais. *Resolução Alternativa de Litígios de Consumo por Entidades Reguladoras*, in: AA.VV., “Garantia de Direitos e Regulação: Perspectivas de Direito Administrativo”, p. 567-584, Lisboa: AAFDL, 2020; FERREIRA, Emília; VIANA, L. Matos; MELO, Sofia. *A Resolução Alternativa de Litígios na Saúde: O Sistema de Mediação de Conflitos da Entidade Reguladora da Saúde*, in: 22 “Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo” (2016), p. 139-159; NOGUEIRA, R. Santana. *Poderes da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE) em Reação a Queixas de Consumidores*. Lisboa: Dissertação, 2019.

colaboração com outras entidades, promover a criação de outros mecanismos, cabendo-lhes neste caso promover a adesão das entidades intervenientes da respetiva área de atividade económica sobre a qual incide a sua atuação; b) prestar informação, orientação e apoio aos consumidores e cooperar com as associações de consumidores na dinamização dos seus direitos e interesses no setor regulado; c) divulgar, semestralmente, um quadro estatístico sobre as reclamações dos consumidores, os operadores mais reclamados e os resultados decorrentes da sua atuação; d) mediante solicitação dos interessados, promover o tratamento das reclamações através de mediação, conciliação ou arbitragem, em termos processuais simples, expeditos e tendencialmente gratuitos; e) emitir recomendações ou, na sequência do tratamento das reclamações, ordenar aos operadores sujeitos à sua regulação a adoção das providências necessárias à reparação justa dos direitos dos consumidores”.

Esta competência genérica tem encontrado formas de acolhimento e concretização variadas nos estatutos das diferentes entidades reguladoras – mormente sob a forma da criação de serviços próprios de mediação e conciliação voluntária de conflitos e da celebração de protocolos com centros de arbitragem institucionalizada (v.g., art. 6.º, n.ºs 6 a 9 dos Estatutos da CMVM, art. 16.º, n.º 7 dos Estatutos da ASF, arts. 4.º, 8.º, j) e 51.º, n.º 3 dos Estatutos da ANACOM, arts. 46.º, n.ºs 2 e 3, 47.º, n.º 1, c) e d), e 49.º dos Estatutos da ANAC, art. 28.º dos Estatutos da ERSE)⁵³ –, existindo mesmo algumas entidades que revestem a natureza formal de entidade de resolução alternativa de litígios de consumo (é o caso da ERSE, que já chegou a integrar a lista das entidades de RAL elaborada pela DGC para efeitos do art. 17.º, n.º 2 da LRALC⁵⁴: cf. arts. 3.º, n.º 4, g), arts. 20.º a 23.º dos Estatutos da ERSE).

IV. As *associações de consumidores*, previstas e reguladas nos arts. 17.º a 19.º da LDC, são pessoas coletivas de tipo associativo, dotadas de personalidade jurídica própria e sem fins lucrativos, cujo objeto principal consiste na proteção dos direitos e interesses dos consumidores em geral ou seus associados⁵⁵. Muito embora se trate de entidades que prestam relevantes serviços de informação, aconselhamento, encaminhamento, e acompanhamento dos consumidores no âmbito dos litígios de consumo, as associações de consumidores não constituem “hoc sensu” entidades de resolução alternativa ou extrajudicial destes litígios

53. Para uma ilustração, vide FERREIRA, Emília; VIANA, L. Matos; MELO, Sofia. *A Resolução Alternativa de Litígios na Saúde: O Sistema de Mediação de Conflitos da Entidade Reguladora da Saúde*, in: 22 “Revista Lusobrasileira de Direito do Consumo” (2016), p. 139-159.

54. Cf. lista em [<https://www.consumidor.gov.pt/pagina-de-entrada/lista-das-entidades-de-resolucao-alternativa-de-litigios-de-consumo.aspx>]. Cf. ainda ALVES, E. Cabaça. *As Competências das Entidades Reguladoras Setoriais na Área da Resolução Alternativa de Litígios: O Caso da ERSE*, in: “A Regulação da Energia em Portugal”, p. 198-212, Lisboa: ERSE, 2016.

55. Sobre as associações de consumidores, vide FROTA, Mário. *Da Representatividade das Associações de Consumidores e a sua Entronização na Sociedade Portuguesa*, in: 18 “Revista Portuguesa de Direito do Consumo” (1999), p. 25-36. Em diferentes quadrantes, e para diferentes temáticas, vide ALFANO, Gianfranco, *Rappresentatività e Democraticità Delle Associazioni di Consumatori*, Napoli: Edizione Scientifiche Italiana, 2020; BAZIN, Eric. *De l'Exercice du Droit par les Associations de Consommateurs*, in: 29 “Recueil Dalloz Sirey” (2001), Chr., p. 2395-2399; CAFAGGI, Fabrizio; MICKLITZ, Hans-Wolfgang. *Collective Enforcement of Consumer Law: A Framework for Comparative Assessment*, in: 16 “European Review of Private Law” (2008), p. 391-425; SCHMEDES, Hans-Jörg. *Wirtschafts- und Verbraucherschutzverbände im Mehrebenensystem*, esp. p. 313 e ss., Wiesbaden: VS Verlag, 2007.

dado que, atuando em defesa e representação dos consumidores seus associados, não preenchem os requisitos gerais de independência e imparcialidade que são próprios das entidades de RAL (art. 8.º, n.º 1, da LRALC), além de não figurarem na lista oficial destas entidades (art. 17.º, n.º 2 da LRALC). Por maioria de razão, também não o serão as *associações de profissionais*, incluindo os chamados “provedores de cliente”, entidades criadas por empresas privadas ou públicas (v.g., Provedor de Cliente EDP, Provedor do Cliente TAP) ou por organizações representativas de um setor empresarial (v.g., Provedor do Cliente das Empresas de Seguros, Provedor do Cliente das Agências de Viagem e Turismo) destinadas a acolher e apreciar as reclamações apresentadas pelos respetivos clientes.⁵⁶

§3 As MODALIDADES DE RALC

1. Noção

I. Nos termos do art. 3.º, j) da LRALC, são “«procedimentos de RAL», a mediação, a conciliação e a arbitragem”. São assim três os procedimentos, meios ou modalidades relevantes da resolução alternativa de litígios de consumo: a *mediação* (na qual os litigantes procuram voluntariamente alcançar uma solução consensual para o litígio com a assistência de um terceiro “mediador”, imparcial e independente, desprovido de poderes decisórios), a *conciliação* (na qual o terceiro “conciliador”, encontrando-se simultaneamente investido em poderes decisórios, assume um papel mais ativo na obtenção de uma solução consensual e, caso esta falhe, determina a solução final própria para o litígio) e a *arbitragem* (na qual, por acordo das partes ou imposição da lei, a decisão do litígio é confiada a um terceiro “árbitro”).⁵⁷

II. Este elenco legal é *taxativo*, não sendo admissíveis ou relevantes, para efeitos da aplicação da LRALC, outras modalidades ou procedimentos extrajudiciais de resolução (tais

56. PEREIRA, J. Matos, *O Provedor do Cliente de Telecomunicações*, in: AA.VV., “As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação”, p. 165-172, Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, 1998. Estranhamente, foi reconhecido o estatuto de entidade de RAL a algumas destas provedorias: assim sucede com o “Provedor do Cliente das Agências de Viagem e Turismo”, criado pela Associação Portuguesa das Agências de Viagem e Turismo (APAVT), que integra a lista de entidades de RAL elaborada pela DGC (cf. [https://www.consumidor.gov.pt/parceiros/sistema-de-defesa-do-consumidor/entidades-de-resolucao-alternativa-de-litigios-de-consumo/ral-mapa-e-lista-de-entidades.aspx]) e que tem competência para “dirimir conflitos entre as agências de viagens e turismo associadas da APAVT e seus clientes, mediante a elaboração de decisões, tomadas com base na lei e na equidade” (art. 11.º, n.º 1, e) dos seus Estatutos).

57. Sobre estes procedimentos, além dos estudos adiante referidos a respeito de cada um deles, vide CEBOLA, C. Marques, *Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo: Panorama Português*, in: 70 “Revista Portuguesa de Direito do Consumo” (2012), p. 11-46; CORDEIRO, A. Menezes, *A Arbitragem de Consumo*, in: 11 “Estudos de Direito do Consumidor” (2016), p. 67-72; GOUVEIA, M. França; CARVALHO, J. Morais, *A Experiência da UMAC na Mediação de Conflitos de Consumo*, in: AA.VV., “Conflitos de Consumo”, p. 23-39, Coimbra: Almedina, 2006; OLIVEIRA, Isabel, *A Arbitragem de Consumo*, in: 2 “Estudos de Direito do Consumidor” (2000), p. 371-414; SANTOS, A. Marques, *Arbitragem no Direito do Consumo*, in: I “Estudos do Instituto de Direito do Consumidor” (2002), p. 281-296. Noutros quadrantes, vide CARRILLO, F. Garrido (coord.), *Mediación y Arbitrage de Consumo – Una Perspetiva Española, Europea y Comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010; MORAIS, M. Medeiros, *Arbitragem nas Relações de Consumo*, Curitiba: Juruá Editora, 2005.

como, por exemplo, a negociação)⁵⁸. Não seguiu assim o nosso legislador a solução do direito europeu, que, no art. 4.º, g) da Diretiva RAL, optou por consagrar uma cláusula geral que não específica ou limita os procedimentos de resolução alternativa admissíveis, limitando-se a exigir que estes sejam efetuados por uma entidade de RAL e cumpram os requisitos previstos na Diretiva.⁵⁹

III. Conquanto não constituindo propriamente uma modalidade ou procedimento de resolução alternativa de litígios de consumo, merece uma referência autónoma a *resolução de litígios em linha (RLL)*: dada a crescente importância do comércio e consumo eletrónicos, a plataforma de resolução de litígios em linha – plataforma RLL, também designada plataforma ODR (“*online dispute resolution*”) – constitui um ponto de entrada único para os consumidores e empresários/profissionais que pretendam resolver litígios decorrentes de contratos celebrados em linha (mormente, compras de bens e prestação de serviços), tanto a nível nacional como em outros países da União Europeia. Dada a sua relevância prática, a ela nos referiremos autonomamente mais adiante.⁶⁰

2. Mediação

I. Designa-se por *mediação de consumo* o procedimento de resolução de conflitos através do qual as partes de uma relação de consumo litigiosa procuram alcançar um acordo ou solução consensual sobre o objeto do litígio com a assistência um terceiro (“mediador”) imparcial e independente, que atua desprovido de poderes decisórios ou de imposição.⁶¹

58. A *negociação* constitui um outro meio típico da resolução alternativa de litígios, através do qual uma ou ambas as partes de um litígio atual ou futuro modificam voluntariamente as suas exigências de modo a alcançar um acordo direto entre si, sem intervenção de quaisquer terceiros (GOUVEIA, M. França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, p. 41 e ss., 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014).

59. Esta abertura deveu-se ao reconhecimento da grande heterogeneidade dos procedimentos de RAL ao nível dos Estados-Membros da União Europeia (Considerando 21), bem como ao propósito de deixar a estes a possibilidade de aprovar disposições nacionais relativas a procedimentos não abrangidos na referida diretiva (v.g., procedimentos internos de tratamento de queixas geridos pelos comerciantes) (Considerando 17).

60. Cf. *infra* § 3-5.

61. Sobre a mediação de consumo, vide CARVALHO, J. Campos; CARVALHO, J. Morais. *Problemas Jurídicos da Arbitragem e da Mediação de Consumo*, in: 1 “Revista Electrónica de Direito” (2016), p. 1-32; CEBOLA, C. Marques. *Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo: Panorama Português*, in: 70 “Revista Portuguesa de Direito do Consumo” (2012), p. 11-46; GOUVEIA, M. França; CARVALHO, J. Morais. *A Experiência da UMAC na Mediação de Conflitos de Consumo*, in: AA.VV., “Conflitos de Consumo”, p. 23-39, Coimbra: Almedina, 2006; PEREIRA, P. Guia. *A Adequação dos Meios de Resolução Alternativa, em Especial da Mediação, aos Conflitos de Consumo*, in: Vasconcelos-Sousa, José (coord.), “Mediation and Consensus Building: The New Tools for Empowering Citizens in the European Union”, p. 167-212, Coimbra: Mediarcom-Minerva, 2009; ROCHA, C. Siqueira. *A Aplicação da Mediação como Método de Resolução Alternativa de Litígios nas Relações de Consumo*. Coimbra: Almedina, 2023. Noutras latitudes, vide CARRASCO, M. Blanco. *Mediación y Consumidores*. Madrid: Instituto Nacional de Consumo, 2005; ENGEL, Martin; HORNUF, Lars. *Mediation als Verbraucherschutz – oder Verbraucherschutz vor Mediation?*, in: 10 “Neue Zeitschrift für Schiedsverfahren” (2012), p. 26-32; THOMAS, Vincent. *La Médiation de la Consommation*, Paris: LexisNexis, 2018.

II. A mediação (“mediation”, “médiation”, “mediazione”) constitui uma das modalidades gerais da resolução alternativa de conflitos⁶². Esta figura encontra-se prevista e regulada na “Lei da Mediação” ou LM (Lei nº 29/2013, de 19 de abril), conhecendo atualmente múltiplas aplicações em diversos outros setores da ordem jurídica, tanto privada como pública: pense-se, apenas a título de exemplo, na mediação *penal* (Lei nº 21/2007, de 12 de junho), na mediação *familiar* (Despacho Normativo n.º 13/2018, de 22 de outubro), na mediação *administrativa* (arts. 27.º, nº 1, d) e 476.º do CCP), na mediação *laboral* (arts. 526.º a 528.º do CT), na mediação *financeira* (arts. 33.º e 34.º do CVM) ou na mediação na *recuperação de empresas* (Decreto-Lei nº 6/2018, de 22 de fevereiro).⁶³

III. A *mediação de consumo*, enquanto modalidade de resolução alternativa dos litígios de consumo, caracteriza-se por um conjunto de particularidades que importa destacar, incluindo as suas fontes legais, as suas modalidades, as suas características distintivas e o seu regime jurídico, a que agora aludiremos sucintamente.

IV. A mediação de consumo releva, desde logo, de um conjunto de *fontes legais* diversas. São elas as disposições da própria LRALC (a qual, aliás, prevê um escassíssimo número de regras especificamente aplicáveis à mediação: cf. arts. 3.º, a) e j), 4.º, nºs 1 e 3) e, subsidiariamente, com as necessárias adaptações, as disposições gerais da LM, as disposições especiais previstas em leis avulsas pertinentes ao concreto litígio mediado (por exemplo, o Decreto-Lei nº 144/2009, de 17 de junho, relativamente à mediação de crédito, os arts. 33.º e 34.º do CVM e o Regulamento CMVM nº 2/2016, de 3 de junho, em sede da mediação de conflitos entre investidores e intermediários financeiros), e as próprias disposições particulares previstas nos regulamentos das entidades de resolução alternativa envolvidas (cf. art. 9.º do RHA).⁶⁴

V. A mediação de consumo pode revestir uma significativa variedade de *modalidades*.⁶⁵

62. Sobre a mediação em geral, vide GOUVEIA, M. França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, p. 47 e ss., 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014; noutros quadrantes, monograficamente, FRITZ, Roland; PIELSTICKER, Dietrich. *Handbuch zum Mediationsgesetz*, 3. Aufl., Köln: Luchterhand Verlag, 2023; GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. *La Médiation*, 6^{ème} édition, Paris : PUF, 2013; MENKEL-MEADOW. Carrie; LOVE, L. Porter; SCHNEIDER, A. Kupfer. *Mediation: Practice, Policy, and Ethics*, 3rd edition, New York: Aspen, 2020. Apesar da homonomia, com a mediação enquanto forma de resolução de conflitos não pode naturalmente ser confundida a mediação enquanto atividade comercial ancilar, consistente na preparação, negociação e/ou execução de negócios jurídicos alheios (v.g., mediadores imobiliários, de seguros, etc.): cf. ANTUNES, J. Engrácia. *Direito dos Contratos Comerciais*, p. 458 e ss., 7ª reimp., Coimbra: Almedina, 2021.

63. Sobre a LM, vide LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso. *Lei da Mediação Comentada*, Coimbra: Almedina, 2016.

64. Cf. ainda o “Código de Ética e Deontologia dos Mediadores” (2003) da Associação de Mediadores de Conflitos (in: <https://mediadoresdeconflitos.pt/codigo-de-etica-e-deontologia-dos-mediadores/>), e o “Código Europeu de Conduta para Mediadores” (2004) da Comissão Europeia (in: https://dgpj.justica.gov.pt/Portals/31/GRAL_Media%E7%E3o/Codigo_Europeu_Coduto_Mediadores_2014.pdf).

65. A LM consagrou uma noção geral de mediação, definindo-a como “a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através da qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos” (art. 2.º, a) da LM). Noção algo idêntica foi consagrada pela Diretiva 2008/52/CE, de 21 de maio, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial (art. 3.º).

De acordo com a sua origem, a mediação de consumo pode ser *voluntária ou necessária* (“*rectius*”, potestativa), consoante o recurso ao procedimento de mediação resulta da vontade de ambas as partes litigantes – por exemplo, uma convenção de mediação anterior ou posterior ao litígio (v.g., cláusula de RALC inserta em contrato de consumo)⁶⁶ – ou da vontade de apenas uma delas (consumidor) – como sucede com os conflitos de consumo cujo valor não seja superior a EUR 5 000, os quais se encontram sujeitos a mediação obrigatória por opção expressa dos consumidores (art. 14.º, nº 2 da LDC, art. 44.º, nº 1 da LOSJ).⁶⁷

De acordo com o papel desempenhado pelo terceiro mediador, a mediação pode ser (mais) *passiva* ou *ativa*. Muito embora as partes litigantes mantenham o controlo de todo o processo de mediação (sendo as “donas do litígio” mediado desde a sua instauração até à sua conclusão) e o mediador se encontre destituído de poderes adjudicatórios ou de decisão (devendo abster-se de impor ou condicionar o respetivo resultado), o mediador pode assumir uma mera postura assistencial ou facilitadora do diálogo entre as partes (“*facilitative mediation*”), ou, indo mais além, pode apresentar às partes sugestões ou propostas de solução para o conflito destinadas a favorecer a obtenção de um consenso sem, todavia, jamais o impor (“*evaluative mediation*”).⁶⁸

De acordo com o seu enquadramento institucional, a mediação pode ser *judicial ou extrajudicial*, consoante o processo de mediação ocorra no âmbito de uma entidade estadual ou de uma entidade alternativa de resolução de conflitos. A mediação de litígios de consumo está predominantemente confiada a entidades de RAL (“*maxime*”, centros de arbitragem), o que não impede que possa também aflorar no âmbito de ações instauradas num tribunal judicial (mediação endoprocessual: cf. art. 273.º do CPC) ou num julgado de paz (arts. 16.º e segs., 30.º e segs. da LJP).⁶⁹

66. As convenções de mediação, mormente sob a forma de cláusulas compromissórias insertas em contratos de consumo padronizados (art. 12.º da LM), além de terem de passar pelo crivo da LCCG, não prejudicam nem precludem o direito do consumidor de optar por recorrer à resolução judicial do litígio (art. 13.º, nº 1 da LRALC). Cf. PINTO-FERREIRA, J. Pedro; CARVALHO, J. Campos. *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, p. 102 e ss., Coimbra: Almedina, 2017; GOUVEIA, M. França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, p. 78 e ss., 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

67. Falamos de mediação *potestativa*, na medida em que a lei atribui apenas a uma das partes (consumidor) a faculdade de determinar unilateralmente o recurso ao procedimento da mediação, ficando a outra parte (empresário/profissional) num estado de sujeição relativamente a tal opção – constituindo assim uma espécie híbrida de mediação, que não é puramente voluntária (resultante da vontade conjunta das partes) nem necessária (resultante de imposição legal a ambas as partes). Sobre questão idêntica a propósito da arbitragem prevista nos art. 14.º, nº 2 da LDC e art. 15.º, nº 1 da LSPE, com mais desenvolvimentos, vide *infra* § 3-4 (IX).

68. CARVALHO, J. Morais; PINTO-FERREIRA, J. Pedro; CARVALHO, J. Campos. *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, p. 151 e ss., Coimbra: Almedina, 2017. Em sentido oposto, todavia, GOUVEIA, M. França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, p. 49, 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

69. Visto de outra perspetiva, a mediação pode ser *pré-jurisdicional* ou *jurisdicional*, consoante é anterior à propositura de uma determinação ação (judicial ou arbitral) ou é contemporânea ou posterior a essa ação, como sucede, por exemplo, no caso do art. 273.º do CPC, que justamente prevê a possibilidade de, em qualquer fase de um processo em curso, este ser remetido para mediação por decisão do juiz ou por decisão conjunta das partes, ficando a instância suspensa por prazo não superior a 6 meses (cf. ainda o art. 12.º, nº 4 da LM).

E de acordo com a natureza do conflito, este pode ser *mediável* ou não *mediável*, consoante o concreto litígio de consumo se encontra abrangido ou excluído do elenco legal dos litígios de consumo suscetíveis de constituir objeto de um procedimento alternativo de resolução de conflitos (art. 2.º, nº 2 da LRALC).

VI. A *tramitação* do procedimento de mediação é relativamente simples. O processo é iniciado com a reclamação do consumidor apresentado junto da entidade de RAL, sendo objeto de uma avaliação preliminar destinada ao enquadramento jurídico da relação jurídica de consumo litigiosa em face dos factos alegados na reclamação e eventuais meios de prova oferecidos; feita esta avaliação preliminar, aquela entidade contacta as partes (usualmente, por meios de comunicação à distância) para, além de dar conhecimento do teor da reclamação à parte reclamada, explicar o funcionamento da mediação, indicar o mediador a designar, e solicitar àquelas uma resposta com vista a alcançar-se um acordo; sendo obtido acordo entre as partes, este deverá ser reduzido a escrito e poderá ser objeto de homologação.

VII. São *caraterísticas distintivas* do procedimento de mediação, entre outras, a sua gratuitidade – dado que, por regra, os serviços de mediação não implicam quaisquer custos para ambas as partes mediadas (consumidor e empresário/profissional) –, a sua impessoalidade – dado que, também por regra, não existe contacto direto entre as partes, sendo a comunicação entre estas assegurada pelo mediador usualmente através de mecanismos de comunicação à distância (telefone, carta, correio eletrónico) – e a sua confidencialidade – encontrando-se o mediador sujeito a uma obrigação de sigilo, que o impede, “inter alia”, de ser chamado como testemunha em processo judicial posterior.⁷⁰

VIII. Aspeto importante do seu regime jurídico é o *efeito suspensivo* da mediação em sede dos prazos materiais e processuais relativos à caducidade e prescrição de direitos do consumidor. Nos termos das disposições gerais da LM (arts. 12.º, nº 4 e 13.º, nº 2), mas também de diversas disposições especiais previstas em leis jusconsumeristas (v.g., arts. 17.º, nº 3, a) e c), 25.º, nº 3, a) e c) da LVBC, art. 15.º, nº 2 da LSPE), os prazos de caducidade e de prescrição dos direitos dos consumidores ou os prazos para a propositura das correspondentes ações suspendem-se a partir do momento em que as partes, por acordo ou mediante exercício de direito potestativo especial, submetam o litígio de consumo a um processo de mediação, mantendo-se tal suspensão até que tal processo finde por desistência de alguma das partes ou por obtenção de um acordo.

IX. Por fim, o *acordo de mediação* possui carácter obrigatório e vinculativo para as partes do litígio de consumo, podendo revestir força executiva sempre que o mediador se encontre inscrito na lista oficial dos mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça (art. 9.º da LM, Portaria nº 344/2013, de 27 de novembro) ou o acordo venha a ser objeto de homologação arbitral (através de sentença homologatória do tribunal arbitral de um centro de arbitragem) ou judicial (através de sentença homologatória de um tribunal judicial ou de um julgado de paz: cf. art. 14.º, nº 3 da LM, art. 56.º da LJP).

70. Cf. CARVALHO, J. Campos. *O Princípio da Confidencialidade na Mediação*, in: LVIII “Scientia Iuridica” (2009), p. 311-333.

3. Conciliação

I. Designa-se por *conciliação* o procedimento de resolução de conflitos através do qual as partes de uma relação de consumo litigiosa procuram alcançar uma solução sobre o objeto do litígio mediante a intervenção de um terceiro (“conciliador”) imparcial e independente que, encontrando-se simultaneamente investido em poderes decisórios, promove ativamente a obtenção de uma solução por acordo das partes ou, na ausência deste, decide a solução para o respetivo litígio.⁷¹

II. A conciliação (“conciliation”, “Schlichtung”, “conciliazione”), tal como a mediação e a arbitragem, constitui uma das modalidades gerais da resolução alternativa de conflitos. Todavia, ao contrário destas (que dispõem de leis próprias, respetivamente, a LM e a LAV), a conciliação é uma figura que não se encontra prevista ou regulada em lei própria, nem tão pouco à qual corresponda sequer uma noção jurídica geral. Tudo o que encontramos são referências esparsas à figura em diplomas e normas legais diversas, que lhe acabam por associar um conteúdo heterogêneo: pense-se assim, por exemplo, na conciliação judicial, que consiste na tentativa de conciliação promovida pelo juiz na audiência preliminar (arts. 594.º e segs.) ou na audiência final de julgamento (art. 604.º, nº 2, ambos do CPC)⁷²; na conciliação arbitral, prevista em convenções de arbitragem ou nos regulamentos dos centros de arbitragem, promovida pelo diretor do centro de arbitragem ou pelos árbitros na audiência preliminar (art. 11.º do RHA) ou mesmo em qualquer fase do processo (§ 4.º, d) das “IBA Guidelines on Conflicts of Interests in International Arbitration”⁷³; ou até na conciliação prevista em diplomas legais avulsos e específicos, tais como o “Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas (RERE)” (Decreto-Lei nº 8/2018, de 2 de março) e o “Sistema Público de Apoio à Conciliação no Sobre-Endividamento (SISPACSE)” (Decreto-Lei nº 105/2020, de 23 de dezembro).⁷⁴

71. Sobre a conciliação de consumo, vide CARVALHO, J. Campos. *A Função de Conciliação nos Conflitos Cíveis e Comerciais*, in: AA.VV., “A Mediação e a Conciliação nos Conflitos Cíveis e Comerciais”, p. 9-52, Lisboa: Centro de Estudos Judiciais, 2019; FILGUEIRA, L. Teles. *A Importância da Arbitragem e da Conciliação no Âmbito da Relação de Consumo*, in: “Perspetivas Luso-Brasileiras na Resolução Alternativa de Conflitos”, p. 175-195, Lisboa: Legit Edições, 2019; FROTA, R. Marques. *Mediação e Conciliação de Conflitos de Consumo*, in: V “Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo” (2006), p. 161-185. Noutros quadrantes, NÜRNBERG, Maurice. *Verbraucherschlichtung: Neue Entwicklung im Bereich der außergerichtlichen Streitbeilegung in Verbrauchersachen und das Verhältnis zur Zivilgerichtbarkeit*. Frankfurt am Main: Metzner, 2016; PERRIN, M. Daphné. *Le Règlement des Litiges en Droit de la Consommation: La Conciliation en Matière de Litige Individuel*. Paris: Dissertação, 1996.

72. Algo de semelhante se passa com a diligência de conciliação promovida pelo juiz de paz previamente à sua decisão final (art. 26.º, nº 1 da LJP). Sobre a conciliação judicial, vide CARVALHO, J. Campos. *A Conciliação Judicial*, esp. p. 15 e ss., Lisboa: Dissertação, 2009.

73. “An arbitrator may assist the parties in reaching a settlement of the dispute, through conciliation, mediation or otherwise, at any stage of the proceedings”. Regra algo semelhante consta do “Código Deontológico da APA – Associação Portuguesa de Arbitragem” (2020), cujo art. 14.º, nº 1 prevê que “os árbitros podem sempre sugerir às partes a possibilidade de resolução do litígio mediante transação, mediação ou conciliação, mas não devem influenciar a opção das partes nesse sentido, designadamente dando a entender que já formaram um juízo sobre o resultado da arbitragem”. Sobre a conciliação arbitral, vide CORDEIRO, A. Menezes. *Tratado da Arbitragem*, p. 17, Coimbra: Almedina, 2015.

74. Sobre estes mecanismos, vide CASANOVA, N. Salazar. *O RERE – Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas*, in: “Actas das IV Jornadas de Reestruturações e Insolvências da Uría Menéndez-Proncha de

III. Mercê desta ausência de uma noção geral ou unitária, bem como de um regime legal próprio, a *conciliação de consumo* apresenta-se compreensivelmente como uma figura de contornos algo imprecisos no quadro geral dos meios alternativos de resolução de conflitos.

Há quem sustente que a conciliação não se distingue da mediação (não existindo verdadeiramente uma diferença de género mas tão-somente de espécie entre ambas) e, inversamente, quem entenda que a conciliação e a mediação são figuras distintas, seja em virtude do papel interventivo do conciliador (que não se limita a facilitar o diálogo das partes, podendo participar ativamente na busca de um acordo ou solução consensual para o litígio), seja em virtude do poder decisório do conciliador (a quem compete em última análise, no caso de as partes não chegarem a acordo, a decisão sobre o respetivo litígio)⁷⁵. Considerando a expressa autonomização das figuras da mediação e conciliação no âmbito da LRALC (arts. 3.º, a) e j), 12.º, nº 2 e 14.º, nº 3), e tendo presente a conceção ampla de mediação atrás exposta⁷⁶, pensamos que a conciliação constitui um procedimento autónomo no quadro geral dos mecanismos de resolução alternativa de litígios de consumo, que não se confunde nem com a mediação – dado que o terceiro que conduz as diligências de conciliação (“conciliador”), enquanto juiz ou árbitro do processo, é titular de um poder de decisão final no caso de as partes não chegarem a um acordo –, nem com a arbitragem – dado que o conciliador persegue primordialmente a resolução do litígio através de um acordo ou solução consensual das partes litigantes, e não, como sucede com o árbitro, através de uma decisão ou sentença do litígio⁷⁷. Nesta ordem de considerações, pode dizer-se que existirá conciliação sempre que, no âmbito de um litígio de consumo, o juiz (no caso de o processo correr num julgado de paz) ou o árbitro (no caso de aquele correr num centro de arbitragem)⁷⁸ assiste ativamente as partes litigantes na obtenção de um acordo ou solução consensual para o litígio antes de dar início à audiência de julgamento e proferir decisão final própria sobre tal litígio.

Carvalho”, p. 23-39, Porto: Universidade Católica Editora, 2019; TAÍNHAS, Fernando. *A Recuperação Judicial e Extrajudicial de Pessoas Singulares à luz do SISPACSE*, in: 1 “Revista do CEJ” (2022), p. 7-30.

75. Sobre tal questão, desenvolvidamente, vide CARVALHO, J. Morais; PINTO-FERREIRA, J. Pedro; CARVALHO, J. Campos. *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, p. 164 e ss., Coimbra: Almedina, 2017; GOUVEIA, M. França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, p. 104 e ss., 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

76. Cf. *supra* § 3-2 (V).

77. Note-se que esta autonomia da conciliação em face dos demais procedimentos de RAL, muito em particular em face da mediação, não constitui uma mera questão académica, possuindo *relevância prática* para efeitos da determinação do regime jurídico aplicável: é que, como veremos já em seguida, ao contrário da mediação, que se encontra prevista e regulada por lei própria (LM), a conciliação não dispõe de um regime geral, podendo aquela, quando muito, ser aplicada a esta *por via analógica*, e não por via direta (art. 10.º do CCivil, art. 3.º do CCom).

78. Ou ainda, porventura, no caso de se tratar de litígio submetido a resolução por uma entidade reguladora setorial, o conciliador por esta designado: pense-se por exemplo no caso da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE), a qual, constituindo uma entidade de RAL (cf. *supra* § 2-4 (III)), está habilitada a proferir decisão final no âmbito de um procedimento de conciliação, nos termos do art. 20.º, nº 1, a) dos Estatutos da ERSE e dos arts. 2.º, 6.º, 7.º e 9.º do “Regulamento de Mediação e Conciliação de Conflitos da ERSE”, aprovado pelo Despacho nº 22674-A/2002, de 11 de outubro (in: DR, II Série, nº 244/2002, 1º Suplemento, de 22.10.2002).

IV. O regime jurídico da conciliação em geral, e da conciliação de consumo em particular, é muito incipiente e fragmentário, o que, naturalmente, é simultaneamente causa e consequência da referida imprecisão da figura. Para além da aplicação analógica das normas da LM (confirmada ocasionalmente pelo próprio legislador: cf. art. 14.º, nº 3 da LRALC)⁷⁹ e de outras leis especiais (arts. 594.º e segs. do CPC, art. 26.º, nº 1 da LJP), relevam aqui dois principais tipos de fontes: as normas da LRALC e as normas dos regulamentos dos centros de arbitragem onde se encontre sediada a conciliação.

Quanto às primeiras, o art. 12.º, nº 2 da LRALC veio consagrar um conjunto de direitos imperativos das partes no âmbito do procedimento de conciliação: o direito a desistirem do procedimento em qualquer momento (caso não estejam satisfeitas com o desempenho do conciliador ou com o funcionamento do procedimento), devendo ser informadas desse direito antes de se iniciar a respetiva tramitação (art. 12.º, nº 2, a)); o direito a serem informadas, antes de aceitarem ou adotarem qualquer solução proposta, de que podem aceitar, recusar ou adotar tal solução, que a sua adesão à conciliação não as impede de recorrer aos órgãos jurisdicionais competentes para resolver o litígio, e que a solução proposta pelo conciliador pode ser diferente de uma solução obtida por via judicial que aplique as disposições em vigor (art. 12.º, nº 2, b)); e ainda o direito a serem informadas dos efeitos jurídicos da eventual aceitação ou adoção da solução proposta (art. 12.º, nº 2, c)) e a disporem de um prazo razoável para refletir sobre o seu consentimento a tal solução (art. 12.º, nº 2, d)). Importante é também o disposto no art. 14.º, nº 3 da mesma LRALC, que manda aplicar à conciliação, com as necessárias adaptações, o regime de suspensão dos prazos de caducidade e de prescrição previsto no art. 13.º da LM.⁸⁰

Quanto às últimas, destaca-se o art. 11.º do RHA, relativo ao mecanismo endoprocessual de conciliação no âmbito de um litígio de consumo sujeito a procedimento arbitral, que encontrou acolhimento na generalidade dos regulamentos dos centros de arbitragem. Nos termos desta disposição, “previamente à realização da audiência de arbitragem poderá tentar-se resolver o litígio através da conciliação das partes” (art. 11.º, nº 1)⁸¹, sendo ainda que “a referida tentativa de conciliação deverá ser efetuada pelo árbitro, pelo diretor do Centro ou por um jurista responsável por procedimentos de resolução alternativa de litígios” (art. 11.º, nº 2). Consoante o resultado desta tentativa de conciliação seja positivo ou negativo, o processo arbitral terminará ou prosseguirá: “conseguido o acordo das partes, este será reduzido a escrito e, após a homologação pelo árbitro, produz os efeitos de uma sentença

79. Sustentando também tal aplicação analógica, com as necessárias adaptações decorrentes da particular natureza do conciliador como terceiro titular de poderes simultaneamente mediatórios e decisórios, vide CARVALHO, J. Morais; PINTO-FERREIRA, J. Pedro; CARVALHO, J. Campos. *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, p. 172, Coimbra: Almedina, 2017; LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso. *Lei da Mediação Comentada*, Coimbra: Almedina, 2016.

80. Sobre tal regime suspensivo, vide *supra* § 3-2 (VIII).

81. Mecanismo endoprocessual semelhante se encontra previsto no âmbito dos litígios submetidos a um julgamento de paz, já que, nos termos do art. 26.º, nº 1 da LJP, “compete ao juiz de paz proferir, de acordo com a lei ou equidade, as decisões relativas a questões que sejam submetidas aos julgados de paz, devendo, previamente, procurar conciliar as partes”.

arbitral” (art. 11.º, nº 3); e “não resultando da tentativa de conciliação qualquer acordo, o árbitro iniciará a audiência de arbitragem” (art. 12.º, nº 1, todos do RHA).⁸²

4. Arbitragem

I. Designa-se por *arbitragem* o procedimento de resolução de conflitos através do qual um litígio de consumo, atual ou futuro, por acordo das partes ou por imposição da lei, é dirimido por um terceiro (“árbitro”) que nele profere uma decisão final e vinculativa.⁸³

II. A arbitragem (“arbitration”, “arbitrage”, “arbitrato”) constitui uma das modalidades típicas da resolução alternativa de conflitos⁸⁴. Esta figura encontra-se prevista e regulada na “Lei da Arbitragem Voluntária” ou LAV (Lei nº 63/2011, de 14 de dezembro)⁸⁵, conhecendo atualmente uma enorme proliferação nos mais variados setores da ordem jurídica: é o caso, entre tantos outros, da arbitragem *comercial* (de longe a mais frequente), *administrativa* (arts. 180.º e segs. do CPTA), *tributária* (RJAT), *laboral* (art. 508.º do CT), *bancária*

-
82. Sublinhe-se que, ainda que haja saído gorada a tentativa de conciliação nesta fase inicial do procedimento arbitral, nem por isso as partes deixarão de continuar a dispor da faculdade de acordarem uma solução consensual para o litígio em qualquer fase ulterior: nos termos do art. 12.º, nº 2 do RHA, “não obstante o início da audiência, as partes poderão acordar na resolução do litígio até ao seu final, observando-se o disposto no n.º 3 do artigo anterior”.
83. Sobre a arbitragem de consumo, além de outros já anteriormente referidos, vide ainda CARRAPIÇO, Joaquim (Org.). *Arbitragem de Conflitos de Consumo*, Lisboa: Instituto do Consumidor, 1997; CAPELO, M. José; DIAS, A. Francisca. *Arbitragem de Conflitos de Consumo: Questões Práticas*, in: 17 “Estudos de Direito do Consumidor” (2021), p. 331-361; CEBOLA, C. Marques. *Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo: Panorama Português*, in: 70 “Revista Portuguesa de Direito do Consumo” (2012), p. 11-46; CORDEIRO, A. Menezes. *A Arbitragem de Consumo*, in: 11 “Estudos de Direito do Consumidor” (2016), p. 67-72; DIAS, A. Pinto; CAPELO, M. José. *Arbitragem de Conflitos de Consumo: Questões Práticas*, in: 17 “Estudos de Direito do Consumidor” (2021), p. 331-361; OLIVEIRA, Isabel. *A Arbitragem de Consumo*, in: 2 “Estudos de Direito do Consumidor” (2000), p. 371-414; SANTOS, A. Marques. *Arbitragem no Direito do Consumo*, in: I “Estudos do Instituto de Direito do Consumidor” (2002), p. 281-296; TRINDADE, J. Pires. *Arbitragem de Conflitos de Consumo*, in: 13 “Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação” (2020), p. 127-146; VICENTE, D. Moura. *Arbitragem de Conflitos de Consumo: Da Lei nº 31/86 ao Anteprojecto de Código do Consumidor*, in: III “Estudos do Instituto de Direito do Consumidor” (2002), p. 75-92. Noutros quadrantes, vide ABREU, E. Almeida. *Arbitragem de Consumo no Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro: COP Gráfica, 2015; BELOHLÁVEK, Alexander. *B2C Arbitration: Consumer Protection in Arbitration*. New York: Iuris Net, 2012; DÍAZ, J. Salorio. *Arbitraje de Consumo: Sistema y Procedimiento*. Madrid: Aranzadi, 2019; RAÏA, A. Androva, *Le Régime de l'Arbitrage dans les Litiges de Consommation en Droit Français*. Montreal: McGill University, 2004; SILVA, A. Ferreira, *A Arbitragem de Consumo nos Ordenamentos Jurídicos Português e Espanhol – Estudo Comparado*, Vigo: Dissertação, 2020.
84. Sobre a arbitragem em geral, vide BARROCAS, M. Pereira. *Manual de Arbitragem*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014; GOUVEIA, M. França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, p. 119 e ss., 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014; MONTEIRO, A. Pinto; SILVA, A. Flaminio; MIRANTE, Daniela. *Manual de Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2019.
85. Sobre a LAV, vide os comentários de BARROCAS, M. Pereira. *Lei da Arbitragem Comentada*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018; CORDEIRO, A. Menezes. *Tratado da Arbitragem – Comentários à Lei 63/2011*. Coimbra: Almedina, 2015; OLIVEIRA, M. Esteves. *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Coimbra: Almedina, 2014; VICENTE, D. Moura (Coord.). *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

(v.g., art. 5.º-A do Decreto-Lei nº 27-C/2000, de 10 de março, arts. 30.º e 31.º do Decreto-Lei nº 107/2017, de 30 de agosto), de *concorrência* (arts. 2.º, a) e s), e 11.º da Lei nº 23/2018, de 5 de junho, art. 18.º da Diretiva 2014/104/UE, de 26 de novembro) ou de *propriedade industrial* (arts. 47.º a 49.º do CPI, Lei nº 62/2011, de 12 de dezembro).

III. A *arbitragem de consumo*, enquanto modalidade específica de resolução alternativa dos litígios de consumo, contradistingue-se por um conjunto de aspetos distintivos que importa destacar sucintamente, incluindo as suas fontes legais, as suas modalidades, as suas características distintivas e o seu regime jurídico.

IV. A arbitragem de consumo releva, desde logo, de um conjunto de *fontes*. São elas: as disposições da LRALC (a qual, aliás, à semelhança da mediação e conciliação, contém um reduzido número de regras especificamente aplicáveis à arbitragem: cf. arts. 3.º, a) e j), 6.º, nº 1, h), 10.º, 13.º, nºs 2 e 3, 14.º, nºs 1 e 2, e 18.º, nº 1); as disposições gerais da LAV, as quais serão subsidiariamente aplicáveis à arbitragem de consumo, com as necessárias adaptações (v.g., em matéria da convenção de arbitragem, do tribunal arbitral e dos árbitros, da condução do processo arbitral, da sentença arbitral e da sua impugnação, recurso e execução); as disposições previstas em legislação consumerista pertinente ao litígio concreto, sejam de natureza geral (v.g., art. 14.º, nºs 2 a 5 da LDC) ou apenas relativas a certos litígios ou relações de consumo (v.g., Lei nº 6/2011, de 10 de março, relativa aos litígios sobre serviços públicos essenciais); e ainda as disposições previstas nos regulamentos do centro de arbitragem onde corre o processo arbitral (cf. arts. 7.º e 8.º, 10.º, 12.º e segs. do RHA).

V. A arbitragem de consumo pode revestir diversas *modalidades*.

De acordo com a sua fonte, a arbitragem pode ser *voluntária ou necessária* (“rectius”, potestativa ou unidirecional), consoante o recurso ao procedimento arbitral resulta, respetivamente, de um acordo de vontades de ambas as partes litigantes – “maxime”, mediante convenção de arbitragem anterior ou posterior ao litígio – ou da vontade unilateral de apenas uma delas – v.g., nos litígios de reduzido valor económico (art. 14.º, nº 2 da LDC) e nos litígios relativos a serviços públicos essenciais (art. 15.º, nº 1 da LSPE), os quais que se encontram sujeitos a arbitragem por opção expressa e discricionária dos consumidores⁸⁶. De acordo com o seu objeto, a arbitragem de consumo pode ser *genérica ou específica*, consoante diz respeito às relações de consumo em geral ou a determinadas relações de consumo em particular: é o que sucede, por exemplo, nos litígios de consumo relativos ao setor automóvel e ao setor segurador, que estão confiados ao CASA e ao CIMPAS⁸⁷. De acordo com o seu âmbito, a arbitragem pode ser *nacional ou internacional*, consoante diz respeito a conflitos relativos

86. Eventos de arbitragem necessária “hoc sensu”, isto é, decorrente de imposição legal a ambas as partes, encontram-se previstos noutros ramos jurídicos, v.g., no direito público (art. 38.º do CExp), no direito do trabalho (arts. 510.º e 511.º do CT), no direito do desporto (arts. 4.º e 5.º da Lei nº 74/2013, de 6 de setembro), no direito da propriedade industrial (Lei nº 62/2011, de 12 de dezembro, entretanto revogada). Apesar de alguns autores falarem aqui de arbitragem necessária (BASTO, S. Pereira. *Arbitragem Necessária*, p. 16, Coimbra: Dissertação, 2016; CORDEIRO, A. Menezes. *Tratado de Arbitragem*, p. 19, Coimbra: Almedina, 2015), os eventos previstos nos art. 14.º, nº 2 da LDC e art. 15.º, nº 1 da LSPE correspondem, na verdade, a eventos de arbitragem voluntária híbrida, de natureza potestativa ou unidirecional. Sobre o ponto, cf. ainda *infra* IX.

87. Sobre este aspeto, vide *supra* § 2-2 (IV).

a relações de consumo puramente internas (cujas partes litigantes possuem a sua residência ou sede num mesmo país) ou transfronteiriças (em que tal residência e/ou sede se localizam em diferentes países).⁸⁸

VI. Qualquer que seja a sua natureza ou espécie, a arbitragem de consumo possui um conjunto de *caraterísticas distintivas*: ela é voluntária na sua origem (decorrendo primordialmente de convenção das partes ou do exercício de um direito potestativo por parte de uma delas), é privada na sua natureza (constituindo uma projeção da autonomia privada, e não da soberania estadual, ao contrário do que sucede com os tribunais judiciais), e é jurisdicional na sua função (já que, agora à semelhança dos tribunais judiciais, os tribunais arbitrais dirimem litígios através de uma decisão final vinculativa e com força de caso julgado).⁸⁹

VII. Finalmente, e particularmente importante, o *regime jurídico* da arbitragem de consumo exhibe diversas especialidades, em matéria da arbitragem voluntária, da arbitragem necessária e do próprio procedimento arbitral.

VIII. No que diz respeito à *arbitragem voluntária*, ela implica que as partes de uma relação jurídica de consumo são livres de determinar, mediante convenção de arbitragem, que os litígios daquela emergentes sejam resolvidos mediante o recurso a um tribunal arbitral (art. 1.º da LAV, art. 10.º do RHA). Tal convenção, que deverá revestir obrigatoriamente forma escrita, pode ser contemporânea ou posterior ao litígio de consumo – visando a resolução de um litígio atual, inclusive daqueles relativamente aos quais corra já ação judicial (que se extinguirá em tal caso: cf. art. 277.º, b) do CPC) (*compromisso arbitral*) – ou pode ser anterior ao mesmo – visando a resolução de quaisquer eventuais litígios futuros entre as partes (*cláusula compromissória*) (art. 1.º da LAV, art. 10.º do RHA).

Sendo rara a conclusão direta de convenções arbitrais de consumo – seja sob a forma da celebração de compromissos arbitrais entre consumidores e empresários ou da inserção de cláusulas compromissórias no âmbito dos contratos de consumo –⁹⁰, assume aqui um especial relevo a *adesão plena das empresas* a centros de arbitragem de consumo. Esta figura, prevista no art. 18.º, nº 1 da LRALC e acolhida no art. 10.º, nº 3 do RHA, consiste numa declaração unilateral e prévia por parte de empresas fornecedoras de bens e prestadoras de serviços através da qual estas aderem a um determinado centro de arbitragem com competência para resolução

88. A LRALC adotou aqui o critério do local de residência do consumidor no início da relação de consumo, distinguindo os *litígios nacionais e transfronteiriços* consoante o consumidor, no momento em que encomenda os bens ou serviços, “residir no mesmo Estado membro em que o fornecedor de bens ou prestador de serviços está estabelecido” ou “residir num Estado membro diferente do Estado membro em que o fornecedor de bens ou prestador de serviços está estabelecido” (art. 3.º, h) e i)).

89. Para uma interessante visão do curso e dinâmica do processo arbitral de consumo, vide TRINDADE, J. Pires. *Resolução Alternativa de Litígios de Consumo: Papel do Juiz Árbitro*, esp. p. 125 e ss., in: 22 “Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo” (2016), p. 117-138.

90. Sublinhe-se, em qualquer caso, que os tribunais judiciais podem apreciar e revogar decisões arbitrais de consumo com fundamento no caráter abusivo da convenção de arbitragem clausulada em contratos de adesão, ainda quando tal nulidade não tenha sido invocada no processo arbitral: cf. Acórdão do TJUE de 26-X-2006 (J. CUNHA RODRIGUES), in: XIV “Colectânea de Jurisprudência – Acórdão do STJ” (2006), III, p. 30-33 (também disponível em: ECLI:EU:C:2006:675).

de litígios de consumo⁹¹. É discutida na doutrina a qualificação jurídica desta declaração como mera promessa pública ou verdadeira proposta contratual⁹²: sob pena de se retirar efeito útil à figura, pensamos que a adesão de uma empresa a um centro de arbitragem de consumo, desde que divulgada validamente nos respetivos contratos (v.g., formulários negociais de adesão), estabelecimentos (v.g., dístico) ou publicidade (v.g., “website”)⁹³, não pode deixar de ser havida como uma proposta contratual de celebração de uma convenção de arbitragem relativamente à resolução de litígios futuros emergentes da relação de consumo nesse mesmo centro, que se tornará assim perfeita com a aceitação do consumidor, sendo desnecessária, para estes efeitos, qualquer manifestação de vontade ulterior por parte da empresa aderente ou do próprio centro de arbitragem (art. 236.º, n.º 1 do CCivil, arts. 10.º, 11.º, n.º 2, 15.º e 16.º da LCCG, arts. 7.º, n.º 5 e 8.º, n.º 1, g) da LDC, arts. 18.º e 23.º da LRALC).

IX. Particularmente importantes são também os eventos *de arbitragem necessária* previstos na lei⁹⁴. Nalguns casos, a obrigatoriedade do recurso à arbitragem decorre do valor

91. Saliente-se que tal adesão, sendo tradicionalmente voluntária, tem vindo a tornar-se *obrigatória* para um número crescente de empresas – o que pode conduzir, embora por via indireta ou camuflada, a situações de arbitragem obrigatória: é o caso, entre outras, das empresas prestadoras de serviços postais (art. 41.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 17/2012, de 26 de abril), das empresas mutuantes de crédito ao consumo (art. 32.º da LCC), das empresas mutuantes de crédito hipotecário à habitação (art. 38.º do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho), das empresas de comunicações eletrónicas (art. 144.º da Lei n.º 16/2022, de 16 de agosto), dos intermediários de crédito (art. 70.º do Decreto-Lei n.º 80-C/2017, de 7 de julho), das instituições de crédito comercializadoras de produtos financeiros (art. 20.º do Anexo I da Lei n.º 35/2018, de 20 de junho), ou dos prestadores de serviços de pagamento e emittentes de moeda eletrónica (art. 144.º do RJSPME).
92. No primeiro sentido, sustentando que a adesão é apenas fonte para o consumidor de um direito subjetivo à emissão de uma proposta de convenção de arbitragem por parte da empresa aderente, tendo a eventual recusa desta meros efeitos obrigacionais, vide GOUVEIA, M. França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, p. 127, 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014; SANTOS, A. Marques. *Arbitragem no Direito do Consumo*, p. 288, in: I “Estudos do Instituto de Direito do Consumidor” (2002), p. 281-296; VICENTE, D. Moura. *A Manifestação do Consentimento na Convenção de Arbitragem*, p. 998, in: 43 “Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa” (2002), p. 987-1004. No último sentido, considerando que a adesão é fonte para o consumidor de um verdadeiro direito potestativo de recorrer à arbitragem, encontrando-se a empresa aderente num estado de sujeição relativamente à celebração da convenção arbitral perante a aceitação da proposta contratual insita na sua adesão, vide CARVALHO, J. Morais; PINTO-FERREIRA, J. Pedro; CARVALHO, J. Campos. *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, p. 178 e ss., Coimbra: Almedina, 2017; COSTA, C. Filipe. *Regulamento Harmonizado dos Centros de Arbitragem de Conflito de Consumo – Uma Proposta de Revisão*, p. 338, in: 13 “Data Venia – Revista Jurídica Digital” (2022), p. 325-382.
93. Tenha-se ainda presente que os empresários/profissionais têm a obrigação de informar os consumidores relativamente às entidades de RALC a que se encontram vinculados, por adesão ou por imposição legal decorrente de arbitragem necessária (art. 18.º, n.º 1 da LRALC, art. 8.º, n.º 1, g) da LDC). Cf. BRAGANÇA, M. Marques, *O Direito à Informação quanto aos Meios de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo à luz do artigo 18.º da Lei n.º 144/2015*, esp. p. 81 e ss., Lisboa: Dissertação, 2017.
94. Sobre a arbitragem necessária no Direito do Consumo, vide em geral BASTOS, S. Pereira. *Arbitragem Necessária*, p. 16 e ss., Coimbra: Dissertação, 2016; FONSECA, T. Soares. *Arbitragem e Mediação Potestativa nos Conflitos de Consumo por Opção do Consumidor – Comentários ao Artigo 14.º da Lei de Defesa do Consumidor*, Coimbra: Almedina, 2022; MENDES, S. Ribeiro. *A Arbitragem Necessária de Consumo: Uma Tensão Recorrente do Legislador Nacional*, in: 12 “Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação” (2019), p. 247-249. Sobre a questão da constitucionalidade da arbitragem necessária consumerista, vide PEREIRA,

do conflito de consumo: assim, nos termos do art. 14.º da LDC, os *litígios de consumo de reduzido valor económico* – que se definem como aqueles cujo valor não excede a alçada dos tribunais de 1ª instância, ou seja, os conflitos de valor igual ou inferior a EUR 5 000 (art. 14.º, n.º 3 da LDC, art. 44.º, n.º 1 da LOSJ) – estão sujeitos a arbitragem necessária sempre que, por decisão expressa do consumidor, aqueles sejam submetidos à apreciação de tribunal arbitral adstrito a um centro de arbitragem de consumo legalmente autorizado (art. 14.º, n.º 2), sendo ainda atribuído ao consumidor o direito a ser notificado de que pode fazer-se representar no processo por advogado ou solicitador e, caso não tenha meios económicos para tal, pode solicitar apoio judiciário (art. 14.º, n.º 4 da LDC), e o direito à dispensa do pagamento prévio da taxa de justiça (art. 14.º, n.º 5 da LDC)⁹⁵. Outras vezes, aquela obrigatoriedade resulta da natureza do conflito de consumo: assim, nos termos do art. 15.º da LSPE, os *litígios de consumo no âmbito dos serviços públicos essenciais* (v.g., contratos de fornecimento de água, energia elétrica, gás natural, comunicações eletrónicas, serviços postais, serviços de transporte de passageiros, etc.)⁹⁶ estão sujeitos a arbitragem necessária quando, por opção expressa dos utentes pessoas singulares, sejam submetidos à apreciação do tribunal arbitral dos centros de arbitragem de consumo legalmente autorizados (art. 15.º, n.º 1 da LSPE), suspendendo-se, no seu decurso, os prazos de caducidade e de prescrição dos direitos do utente ou os prazos para a propositura das correspondentes ações (arts. 10.º e 15.º, n.º 2 da LSPE)⁹⁷. A arbitragem necessária de consumo prevista nestes preceitos da LDC e da LSPE – que veio contribuir para um aumento significativo do número dos litígios de consumo submetidos a resolução arbitral⁹⁸ – constitui uma modalidade híbrida ou mista de arbitragem, já que, não podendo “summo

Isabel. *A Arbitragem de Consumo*, p. 392 e ss., in: 2 “Estudos de Direito do Consumidor” (2000), p. 371-414; SERRA, Cláudio. *A Arbitragem Necessária e o Acesso à Justiça*, in: 83 “Revista Portuguesa de Direito do Consumo” (2015), p. 61-69; SILVA, A. Flaminio; MIRANTE, Daniela. *Da Constitucionalidade da Arbitragem Necessária: O Caso da Arbitragem no Direito do Consumo*, in: 13 “Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação” (2020), p. 89-104.

95. Sobre este preceito, vide em particular CARVALHO, J. Morais; PINTO-FERREIRA, J. Pedro. *Reflexão sobre a Arbitragem e a Mediação de Consumo na Lei de Defesa do Consumidor – A Lei nº 63/2019, de 16 de agosto*, p. 15 e ss., in: 13 “Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação” (2020), p. 9-35; FONSECA, T. Soares. *Arbitragem e Mediação Potestativa nos Conflitos de Consumo por Opção do Consumidor – Comentários ao Artigo 14.º da Lei de Defesa do Consumidor*, p. 37 e ss., Coimbra: Almedina, 2022. Na jurisprudência, vide o Acórdão da Relação de Lisboa de 11-III-2021 (G. CUNHA RODRIGUES), in: [www.dgsi.pt].
96. Esta exigência de sujeição a arbitragem necessária dos litígios de consumo foi expressamente corroborada no âmbito do regime legal próprio de alguns desses serviços essenciais: assim sucede, por exemplo, com o art. 185.º, n.º 6 da nova Lei do Serviço Elétrico Nacional (Decreto-Lei nº 15/2022, de 14 de janeiro), a respeito dos contratos de fornecimento de energia elétrica.
97. Sobre o recurso à arbitragem na resolução dos litígios emergentes destes contratos, vide ABREU, Marcelino. *Lei dos Serviços Públicos Essenciais (Anotada e Comentada)*, p. 188 e ss., Nova Causa – Edições Jurídicas, s/l, 2017; DUARTE, Paulo. *A Chamada “Arbitragem Necessária” de Litígios de Consumo no Domínio dos Serviços Públicos Essenciais: Âmbito, Natureza e Aspetos Processuais*, in: “Estudos de Direito do Consumo: Homenagem a M. Ataíde Ferreira”, p. 452-469, Coimbra: Almedina/Deco, 2016.
98. CEBOLA, C. Marques. *Revisitar os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo em Portugal: Evolução Recente e Tendências de Digitalização*, p. 38, in: III “Revista Jurídica Portuguesa” (2022), nº especial, p. 23-48.

rigore” ser qualificada de voluntária (uma vez que não resulta de acordo de vontade das partes litigantes: cf. art. 1.º, nº 1 da LAV) ou de necessária (uma vez que não resulta de determinação legal que se imponha a ambas essas partes: cf. art. 1136.º do CPC), melhor deveria ser qualificada como uma arbitragem “potestativa” ou “unidirecional”, que se contradistingue por atribuir a uma das partes litigantes (o consumidor) um direito potestativo de submeter a resolução do litígio a arbitragem, ou seja, a faculdade de determinar de forma unilateral e discricionária o recurso ao procedimento arbitral, ficando a outra parte (o empresário/profissional) num estado de sujeição relativamente a tal opção.⁹⁹

X. Finalmente, o *regime substantivo e processual* da arbitragem de consumo decorrerá fundamentalmente da aplicação (subsidiária) das disposições gerais da LAV e das disposições específicas do regulamento do centro de arbitragem envolvido. Aspeto importante é o de que à arbitragem de consumo se aplicam plenamente, com as necessárias adaptações, os princípios estruturantes da arbitragem, a começar pelo princípio da igualdade (com os seus corolários da citação, audiência efetiva e contraditório), da imparcialidade e da independência: como foi bem advertido por um juiz-árbitro, “nunca por nunca se deve deixar transparecer a ideia de que se está perante um «tribunal de defesa do consumidor», como muitas vezes é apelido este tribunal”.¹⁰⁰ Tal não significa que a LRALC não haja previsto algumas normas especiais ou particulares relevantes nesta sede (arts. 3.º, a e j), 6.º, nº 1, h), 10.º, 13.º, nºs 2 e 3, 14.º, nºs 1 e 2, e 18.º, nº 1)¹⁰¹. Entre elas, merece destaque a regra relativa aos efeitos da convenção de arbitragem, prevista no art. 13.º, nº 1 da LRALC, de acordo com a qual “os acordos efetuados entre consumidores e fornecedores de bens ou prestadores de serviços no sentido de recorrer a uma entidade de RAL, celebrados antes da ocorrência de um litígio e através de forma escrita, não podem privar os consumidores do direito que lhes assiste de submeter o litígio à apreciação e decisão de um tribunal judicial”: tal significa que o consumidor não fica vinculado por cláusulas compromissórias previstas no contrato de consumo celebrado, permanecendo *livre de optar por recorrer a um tribunal estadual* e intentar uma ação judicial para resolver os litígios daquele porventura emergentes.¹⁰²

99. Encontramo-nos assim diante de mais uma projeção de um princípio fundamental da resolução alternativa dos litígios de consumo, já atrás assinalado (cf. *supra* § 1-4 (II)): a *unidirecionalidade* dos mecanismos de RALC, de que é exemplo a atribuição exclusiva ao consumidor de uma legitimidade processual ativa neste domínio (art. 2.º, nº 2, d) da LRALC, art. 7.º do RHA). Sobre esta questão, vide ainda CARVALHO, J. Morais; PINTO-FERREIRA, J. Pedro; CARVALHO, J. Campos. *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, p. 187 e ss., Coimbra: Almedina, 2017.

100. TRINDADE, J. Pires. *Resolução Alternativa de Litígios de Consumo: Papel do Juiz Árbitro*, p. 127, in: 22 “Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo” (2016), p. 117-138.

101. Sobre estas fontes, vide *supra* § 3-4 (IV).

102. Ao direito (subjetivo) unidirecional do consumidor de recorrer aos procedimentos de resolução alternativa de conflitos de consumo (cf. art. 21.º, nº 1 e nº 2, d) da LRALC) e ao direito (potestativo) unidirecional de submeter a ação arbitral os conflitos de pequeno valor ou relativos a serviços públicos essenciais (art. 14.º, nº 2 da LDC, art. 15.º, nº 1 da LSPE), soma-se assim o *direito de opção* – já depois de ter acordado o recurso a um tribunal arbitral para a resolução de conflitos futuros e eventuais – entre os meios judiciais (ações individuais ou coletivas) e os meios alternativos (arbitragem) de resolução do litígio de consumo (cf. ainda o art. 10.º, nº 1 da Diretiva RAL).

5. Resolução em Linha

I. A plataforma europeia de resolução de litígios em linha (RLL) – conhecida por *Plataforma RLL* ou, na gíria internacional, como “plataforma ODR” (“online dispute resolution”) – consiste numa plataforma eletrónica interativa, multilingue e gratuita, acessível através da internet, destinada a funcionar como ponto único de entrada para os consumidores e as empresas que pretendam resolver extrajudicialmente os seus litígios de consumo decorrentes de aquisições de bens ou contratações de serviços, tanto nacionais como transfronteiriças, efetuadas em linha (“online”).¹⁰³

II. Num tempo marcado pela progressiva substituição do comércio físico tradicional pelo comércio eletrónico, compreende-se que os mecanismos da resolução alternativa de conflitos (“ADR – Alternative Dispute Resolution”) tenham evoluído por forma a assegurar uma resposta eficaz aos litígios relativos a contratos de consumo eletrónicos e à necessidade da sua resolução extrajudicial por via eletrónica (“ODR – Online Dispute Resolution”).¹⁰⁴

A Plataforma RLL teve a sua origem no Regulamento *UE/524/2013, de 21 de maio* (doravante abreviadamente RRL)¹⁰⁵: esta plataforma, criada em 2016 e gerida pela Comissão Europeia, teve como objetivo último contribuir para o bom funcionamento do mercado interno, em particular do mercado interno digital, através da consecução de um elevado nível de proteção dos consumidores, facilitando a resolução extrajudicial e em linha de litígios entre consumidores e empresários de forma independente, imparcial, transparente, eficaz, célere e justa (art. 1.º do RRL). Em conformidade com este desiderato geral, a plataforma visa ainda prestar informações gerais aos consumidores e empresários sobre a resolução extrajudicial de litígios resultantes de contratos de consumo em linha, permitir que aqueles apresentem reclamações através de um formulário eletrónico disponível em todas as línguas oficiais da UE, assegurar a transmissão de tais reclamações às entidades de RAL

103. Sobre a figura, vide desenvolvimento Cortés, Pablo. *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*. Oxon/New York: Routledge, 2010; DAS, Saptarshi. *Recours des Consommateurs par le Règlement en Ligne des Litiges*. Paris: Éditions Notre Savoir, 2022. Entre nós, podem ver-se BARROS, J. Leite. *Arbitragem Online em Conflitos de Consumo*, São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019; CEBOLA, C. Marques. *ADR 3.0 @ Resolução Online de Conflitos de Consumo em Portugal*, in: 22 “Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo” (2016), p. 65-92; VIANA, F. Martins. *A Resolução Alternativa de Litígios e as Tecnologias de Informação e Comunicação: O Caso Particular da Resolução de Conflitos na Internet em Portugal e na UE*. Universidade do Minho: Dissertação, 2015; VIANA, Fernando; ANDRADE, Francisco; NOVAIS, Paulo. *Resolução de Conflitos de Consumo em Linha em Portugal e na União Europeia: A Plataforma Europeia de Resolução de Conflitos em Linha (RLL)*, in: LXV “Scientia Iuridica” (2017), p. 207-240.

104. Sobre este movimento ODR, que lança as suas raízes históricas remotas no pioneiro projeto da plataforma “E-Bay” nos Estados Unidos da América, vide RAINEY, David; KATSH, Ethan; WABAH, Mohamed (eds.). *Online Dispute Resolution – Theory and Practice: A Treatise on Technology and Dispute Resolution*, 2nd edition, The Hague: Eleven International Publishing, 2021.

105. Este Regulamento – além de se encontrar interligado com a Diretiva RAL (cf. Considerando 11, arts. 5.º, nº 2, a) e 8.º, a)) – foi ainda complementado através do Regulamento de Execução *UE/2015/1051, de 1 de julho*, relativo às modalidades do exercício das funções da plataforma de resolução de litígios em linha, do formulário eletrónico de queixa e da cooperação entre os pontos de contacto previstas no citado Regulamento *UE/524/2013*.

competentes para conhecer do litígio em causa, e disponibilizar ferramentas eletrônicas de gestão gratuita que permitam a estas entidades conduzir o procedimento de resolução com as partes através da plataforma de RLL (art. 5.º, nº 4 do RRL).¹⁰⁶

III. O âmbito de aplicação da resolução dos litígios em linha é delimitado por critérios de natureza objetiva, subjetiva e espacial.

Desde logo, a plataforma RLL é aplicável aos litígios emergentes de *contratos de venda ou de serviços em linha* (art. 2.º, nº 1, “ab initio”, do RRL): estão aqui assim abrangidos os conflitos relativos a obrigações emergentes de um contrato de compra e venda ou de prestação de serviços (com exclusão de outros contratos, v.g., empreitada, locação) em que o empresário, diretamente ou através de intermediário, oferece, num sítio web ou através de outros meios eletrônicos, bens ou serviços que o consumidor encomenda nesse mesmo sítio ou por esses meios (com exclusão de formas de contratação “off line”, designadamente contratação física ou presencial, fora do estabelecimento, por outros meios de comunicação à distância, etc.) (art. 4.º, nº 1, c), d), e) e g) do RRL, art. 4.º, nº 1, c) e d) da Diretiva RAL).¹⁰⁷

Depois ainda, ao contrário dos procedimentos de RAL previstos na lei nacional (que são tipicamente unidirecionais: cf. art. 2.º, nº 2, d) da LRALC)¹⁰⁸, a plataforma RLL confere legitimidade ativa indistintamente a *consumidores e empresários/profissionais*, podendo assim ser utilizada por um consumidor para apresentar uma reclamação contra um empresário seu fornecedor ou prestador, mas também pelos empresários para apresentar uma reclamação contra os respetivos clientes (“maxime”, cobrança de preço). Esta bidirecionalidade – “rectius”, a utilização da plataforma RLL por parte de um empresário – encontra-se, todavia, condicionada à previsão, na ordem jurídica do Estado-Membro em que o consumidor tem a sua residência habitual, da possibilidade de esses litígios serem resolvidos através da intervenção de uma entidade de RAL (art. 2.º, nºs 2 a 4 do RRL).

Finalmente, e aqui à semelhança dos procedimentos de RAL previstos na lei nacional (art. 3.º, h) e i) da LRALC), a plataforma RLL é aplicável os *litígios nacionais e transfronteiriços* (art. 2.º, nº 1, “in fine”, do RRL), abrangendo indistintamente contratos de venda ou de serviços celebrados em linha entre consumidores residentes e empresários/profissionais sediados no mesmo Estado-membro ou em diferentes Estados membros da União Europeia. Aspeto importante são os deveres específicos de informação relativamente à plataforma RLL: sem prejuízo dos demais deveres gerais previstos na lei nacional (v.g., LRALC, LDC, LVBC) e europeia (Diretiva RAL), os empresários ou profissionais estabelecidos na União Europeia que celebrem contratos de venda ou de serviços em linha estão obrigados a

106. Ao contrário do sistema europeu, os sistemas nacionais de resolução de conflitos de consumo dos Estados-Membros, incluindo o português, ainda se encontram construídos predominantemente em base convencionais ou físicas: sobre a digitalização da arbitragem de consumo, vide CEBOLA, C. Marques. *Revisitar os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo em Portugal: Evolução Recente e Tendências de Digitalização*, p. 42 e ss., in: III “Revista Jurídica Portucalense” (2022), nº especial, p. 23-46.

107. Sobre a distinção entre contratação eletrónica e contratação à distância, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Contratos Eletrónicos B2C*, p. 39 e ss., in: 32 “Revista Electrónica de Direito” (2023), p. 28-77.

108. Sobre esta unidirecionalidade, vide *supra* § 1-4 (II).

informar os consumidores da existência da plataforma RLL e da possibilidade de a ela recorrerem para resolver os seus litígios (caso sejam aderentes ou estejam obrigados a recorrer a uma ou mais entidades de RAL), a disponibilizar nos seus sítios “web” uma ligação eletrónica à plataforma RLL (ou, se a proposta for apresentada através de mensagem eletrónica, nessa mesma mensagem) e ainda a prestar tais informações nas condições gerais aplicáveis aos contratos de venda e de serviços em linha (art. 14.º do RRL).

IV. O *procedimento* de RLL encontra-se previsto e regulado nos arts. 8.º e segs. do RRL. Em termos sintéticos, o procedimento tem início com a apresentação de uma queixa ou reclamação (art. 8.º do RRL): essa apresentação deve ser feita mediante o preenchimento de um formulário eletrónico, disponível na Plataforma RLL e acessível em todas as línguas oficiais da União Europeia (art. 8.º, nº 1 do RRL, art. 2.º do Regulamento de Execução UE/2015/1051)¹⁰⁹. Apresentada a queixa, a plataforma RLL verifica se a queixa poderá ser tratada (não prosseguindo se e enquanto o formulário não se encontrar devidamente preenchido: cf. art. 9.º, nºs 1 e 2) e, em caso afirmativo, deve transmitir de imediato tal queixa à parte requerida através de mensagem eletrónica normalizada, informando-a de que foi apresentada uma queixa contra si, acompanhada de um importante conjunto de informações adicionais (art. 9.º, nº 3 do RRL). Caso as partes (autor da queixa e parte requerida) cheguem a acordo sobre a entidade de RAL à qual pretendem submeter a resolução do litígio, e esta aceite essa incumbência (art. 9.º, nºs 6 e 7 do RRL), esta entidade deverá informar as partes das suas regras processuais e dos custos do procedimento de resolução de litígios em causa (art. 9.º, nº 6, “in fine”, do RRL, art. 5.º do Regulamento de Execução UE/2015/1051), poderá conduzir esse procedimento através da plataforma RLL ou através dos seus meios próprios fora dessa plataforma (art. 10.º, d) do RRL), e deverá concluir o procedimento de resolução do litígio no prazo de 90 dias a contar da data em que tiver recebido o processo completo de queixa (art. 10.º, a) do RRL)¹¹⁰. Concluído o procedimento, a entidade de RAL deve notificar por escrito as partes do resultado desse procedimento de RAL e seus fundamentos (cf. art. 9.º, nº 1, c) da Diretiva RAL), comunicando ainda à plataforma RLL a data da conclusão e o resultado desse mesmo procedimento (art. 10.º, c) do RRL).

109. Sublinhe-se que o autor da queixa deve transmitir um conjunto de informações (cf. Anexo I do RRL), as quais devem ser suficientes para determinar a entidade competente de RAL para o tratamento do litígio (art. 8.º, nº 2 do RRL). Além disso, no caso de não ser identificada uma entidade de RAL competente no formulário eletrónico de queixa, a plataforma de RLL deve apresentar à parte requerida uma lista indicativa de entidades de RAL, a fim de facilitar a identificação da entidade de RAL competente (art. 4.º, nº 1).

110. Caso no prazo de 30 dias após a apresentação do formulário de queixa as partes não lograrem obter acordo relativamente à entidade de RAL competente ou, bem assim, se a entidade de RAL escolhida de comum acordo recusar conhecer o litígio, a queixa será abandonada e o seu autor é informado da possibilidade de contactar um conselheiro de resolução de litígios em linha a fim de obter informações gerais sobre outras vias de recurso (art. 9.º, nº 8 do RRL, art. 6.º do Regulamento de Execução UE/2015/1051).



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Consumidor; Arbitragem

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A resolução de litígios on-line da união europeia em contraste com a arbitragem nos contratos de consumo no Brasil, de Francisco José Cahali e Viviane Rosolia Teodoro – RDC 131/385-415;
- Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta, de Fátima Nancy Andrichi – RArb 9/13-21, *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor* 6/1049-1058 e *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação* 4/1109-1120; e
- Justiça multiportas, o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e o tratamento do superendividamento, de Veridiana Maria Rehbein – RDC 148/85-104.

Use exclusivo – proibida a reprodução

A SHORT PRACTITIONERS GUIDE TO ARBITRATION IN BRAZIL

UM BREVE GUIA PRÁTICO SOBRE ARBITRAGEM NO BRASIL

RODRIGO NIKOBIN

FCIArb, Brazil Branch. Lawyer in São Paulo.
rodrigo.nikobin@gmail.com

LIGIA NOVAIS DE OLIVEIRA

LLM University of São Paulo. Lawyer in São Paulo.
ligiafnoliveira@gmail.com

PEDRO LINS

LLM Cantab. Lawyer in London.
pedro.lins@wilmerhale.com

ÁREA DO DIREITO: Arbitragem

ABSTRACT: After a short introduction (Section I), the paper provides a brief, yet comprehensive, overview of arbitration in Brazil (Section II). Section II covers the following subjects of interest: the scope of application of the Brazilian Arbitration Act (II.A); subject-matter arbitrability and choice of law (II.B); formal and substantive validity of arbitration agreements (II.C); appointment and challenge of arbitrators (II.D); certain procedural aspects of the arbitration proceeding, such as the key features of the rules of domestic arbitral institutions as well as rules and practices concerning the taking of evidence, confidentiality and the calculation and apportionment of costs (II.E); interim measures and court assistance, including with respect to evidence gathering, also touching briefly on anti-arbitration injunctions (II.F); the grounds for setting-aside an arbitral award and

RESUMO: Após a introdução (Seção I), o artigo apresenta uma breve, porém abrangente, visão geral da arbitragem no Brasil (Seção II). A Seção II aborda os seguintes temas de interesse: o âmbito de aplicação da Lei Brasileira de Arbitragem (II.A); a arbitrabilidade da matéria e escolha da lei aplicável (II.B); validade formal e substantiva das convenções de arbitragem (II.C); nomeação e impugnação de árbitros (II.D); certos aspectos procedimentais do procedimento arbitral, como as principais características das regras das instituições arbitrais nacionais, bem assim regras e práticas relativas à obtenção de provas, confidencialidade e cálculo e alocação de custos (II.E); medidas provisórias e assistência judicial, inclusive no que diz respeito à produção de provas, abordando também brevemente as medidas liminares anti-arbitragem (II.F); os fundamentos

available remedies (II.G); recognition and enforcement of arbitral awards (II.H). Section III concludes with a few remarks on the outlook of arbitration in Brazil.

KEYWORDS: Arbitration in Brazil – Brazilian Arbitration Act – Confidentiality – Interim measures – Arbitral awards.

para anulação de uma sentença arbitral e os recursos disponíveis (II.G); e reconhecimento e execução de sentenças arbitrais (II.H). A Seção III conclui com algumas observações sobre as perspectivas da arbitragem no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem no Brasil – Lei brasileira de arbitragem – Confidencialidade – Medidas de urgência – Sentenças arbitrais.

SUMÁRIO: I. Introduction. II. Overview of arbitration in Brazil. II.A. Brazilian Arbitration Act: Scope and Application. II.B. Subject-Matter Arbitrability and Choice of Law. II.B.1. Subject-matter arbitrability. II.B.2. Choice of law. II.C. Arbitration Agreements. II.C.1. Formal validity. II.C.2. Substantive validity. II.D. Appointment and Challenge of Arbitrators. II.E. Arbitration Proceedings. II.E.1. Arbitral Institution Rules or Practices. II.E.2. Rules and Practices on the Taking of Evidence. II.E.3. Confidentiality. II.E.4. Costs. II.F. Interim Measures and Court Assistance. II.G. Setting Aside of Arbitral Awards and Remedies. II.G.1. Grounds for challenge. II.G.2. Procedure for challenge. II.G.3. Remedies available to the challenging party. II.H. Recognition and Enforcement of Arbitral Awards. II.H.1. Enforcement of domestic awards. II.H.2. Recognition and enforcement of foreign awards. III. Conclusion.

I. INTRODUCTION

Brazil¹ is no stranger to the international arbitration community and, alongside other newcomers in Latin America, such as Colombia and Peru, has now become an established destination for arbitration users. However, to the extent Brazil has wholeheartedly endorsed international best practices and promises court assistance, which is both reliable and effective, when set against its regional counterparts it stands out as the true “*belle of ball*”, as Albert Jan Van den Berg famously put it.² Although this does not mean that Brazil is an arbitration jurisdiction without problems, the purpose of this short paper is not to advance proposals for reform. Instead, the authors seek to provide a brief, yet comprehensive, overview of specific matters of substance and procedure in connection with arbitration, with reference to the relevant authorities and, where appropriate, legal opinion and up to date statistical data, in a concise and straightforward manner. In this respect, the paper was written with foreign practitioners in mind, and is meant to serve as a (very) short guide for arbitration in Brazil.

1. The authors benefitted from invaluable assistance with research carried out by Ms. Carolina Kresch, to whom they thank. Any errors are, as usual, exclusively ours. The views expressed in this paper are the authors’ alone and do not necessarily represent the views of Padis Mattar Advogados or Wilmer Hale.
2. Albert Jan Van Den Berg, ‘The New York Convention and Its Application by Brazilian Courts’ (2013). 36/2013 Revista de Arbitragem e Mediação 15.

II. OVERVIEW OF ARBITRATION IN BRAZIL

II.A. *Brazilian Arbitration Act: Scope and Application*

Arbitration in Brazil is governed by Federal Law No. 9,307/1996, as amended (“BAA”). Unlike other systems, the BAA provides for a unified legal framework applicable to both domestic and international arbitration.

The BAA does, however, distinguish between domestic and foreign awards for the purposes of enforcement and recognition. An arbitral award will be deemed domestic if rendered in Brazil, in which case it will be tantamount to a court judgment and immediately enforceable. An arbitral award will be deemed foreign if rendered outside Brazil (Art. 34, BAA), in which case it will need to be recognized before enforcement pursuant to the provisions laid down in the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (“NYC”).³

Further, Brazil is a party to the Inter-American Convention on International Commercial Arbitration (Decree No. 1,902 of 1996); the 1992 Las Leñas Protocol on Jurisdictional Cooperation and Assistance in Civil, Commercial, Labor and Administrative Matters (Decree No. 6,891 of 2009); the 1994 Buenos Aires Protocol on International Jurisdiction in Contractual Matters (Decree No. 129 of 1995); the Olivos Protocol for the Settlement of Disputes in Mercosur (Decree No. 4,982 of 2004); the 1998 International Commercial Arbitration Agreement of Mercosur (Decree No. 4,719 of 2003). Notably, Brazil is not a member of the Convention of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID).

Several provisions of the Brazilian Code of Civil Procedure (“BCCP”) are likewise applicable to both domestic and international arbitration, as the case may be, covering matters as the enforcement of partial and final awards, court assistance in connection with the enforcement of interim measures and orders compelling the production of evidence.

According to statements made in the Brazilian Congress by the promoter of the original bill which ultimately became the BAA, the legislature drew inspiration from the UNCITRAL Model Law and leading arbitral jurisdictions with a view to designing a statute which was both modern and supportive of arbitration.⁴ In the whole, the BAA appears to have succeeded in this task, as Brazil went on to become a major regional arbitral destination and, as observed, is often praised as an arbitration-friendly seat.

This is, however, largely a result of how the provisions in the BAA have been interpreted and applied by the Superior Court of Justice (“STJ”), the highest appellate court in Brazil for non-constitutional matters, which has consistently maintained a pro-arbitration approach, setting important precedents which tend to be closely followed by lower courts.⁵

3. The NYC was ratified by Brazil in 2002, without any declarations or reservations, by the Presidential Decree 4,311 of 24 July 2002, which entered into force on 5 September 2002.

4. Brazilian Senate, Bill No. 78/1992, 3 June 1992 [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1138518&filename=Dossie-PL%204018/1993, accessed 8 May 2023 (hereinafter *Bill Proposal*)].

5. Although Brazilian law does not observe a formal system of precedent, judges and courts will generally find decisions by the STJ and STF to be highly persuasive. Pursuant to Art. 927 BCCP, an exception is made to

II.B. Subject-Matter Arbitrability and Choice of Law

In order to be enforceable an arbitration agreement must concern a subject-matter which is arbitrable under Brazilian Law (Art. 1, BAA). In addition, the BAA affords parties to arbitration agreements the right to freely choose the rules of law applicable to their contractual obligations, provided this does not entail a breach of good customs or public policy (Art. 2, paragraph 1st, BAA). Each issue is addressed in turn.

II.B.1. Subject-matter arbitrability

Any dispute relating to freely transferable property rights may be referred to arbitration (Art. 1, BAA). This generally excludes employee to employee disputes or family law and antitrust or competition matters.

State and state-controlled entities are authorized to submit disputes to arbitration provided the above subject-matter arbitrability requirement is met. In this respect, several statutes and other legal instruments have been enacted to regulate arbitration with state entities within specific sectors, including foreign investment. Significantly, Federal Law No. 13,448/2017, which concerns procurement agreements within the, *inter alia*, highway, railway, and airport segments, contains a standing offer to investors which meet the requirements set out in the statute to submit disputes to arbitration. Similarly to the mechanism for perfecting consent typically provided for in investment treaties, qualifying investors may consent to arbitration simply by initiating proceedings.

Further, the standard concession contract for the exploration and production (E&P) of oil and gas in Brazil⁶ contains an ICC arbitration clause and several energy utilities at the state level have largely preferred to resolve disputes with companies through arbitration. Brazilian seated energy arbitrations between companies and regulatory agencies have therefore become commonplace.

Different rules apply to consumer and employment arbitration. Although arbitrable, disputes between consumers and businesses, on the one hand, and employees and their employers, on the other, can only be resolved by arbitration provided the consumer or employee expressly consents to submit to arbitration once proceedings have commenced.⁷

specific types of decisions by the STJ and STF, which are strictly binding on both lower and appellate courts. This includes decisions rendered in the context of trials of multiple claims on the same point of law, which are subject to a special proceeding. Furthermore, appellate courts are also under a duty not to depart from their previous decisions unless this is justified under the circumstances (Art. 926 BCCP).

6. The Brazilian state, through the Federal Union, holds a monopoly over oil & gas reserves. Accordingly, exploration and production by energy companies takes place under a production sharing regime. Energy companies looking to invest in Brazil must therefore enter into concession agreements with the National Agency of Petroleum, Gas and Biofuels – ANP (Brasil) and are subject to the regulatory framework set out in Law No. 9,478/1997, which lists arbitration as one of the key elements of such concession agreements.
7. Superior Court of Justice, REsp No. 1,169,841/RJ (2009/0239399-0), CZ6 Empreendimento Comerciais Ltda *et al.* (*appellants*), Davidson Roberto de Faria Meira Júnior (*appellee*), rapporteur Justice Nancy Andrighi, 6 November 2012.

II.B.2. Choice of law

As mentioned, the BAA affords parties to arbitration agreements the right to freely choose the rules of law applicable to their contractual obligations, provided this does not entail a breach of good customs or public policy (Art. 2, paragraph 1st, BAA).

Parties are not limited to the national law of any given country, as they may also agree on the application of general principles of law, trading customs or even the *lex mercatoria* (Art. 2, paragraph 2nd, BAA). This is in stark contrast to proceedings before state courts, where the parties are not entitled to choose the law applicable to their contract.⁸ Instead, in court proceedings the contract shall be governed by the law of the country with which it is more closely connected, according to the criteria set out in Decree No. 4,657/1942.

Further, except where the arbitration involves a state or a state-controlled entity (Art. 2, paragraph 3rd, BAA), the parties may also choose to have their disputes decided *ex aequo et bono* (Art. 2, BAA). In this connection, even if the arbitrators are deciding the dispute *ex aequo et bono* they are still generally expected to give reasons for the award.⁹

II.C. Arbitration Agreements

Under Brazilian law, the arbitration agreement must meet minimum requirements of form and substance to be enforceable (Art. 4, paragraphs 1st and 2nd, BAA). Nonetheless, the BAA will give effect to the parties' intention to arbitrate even where the arbitration agreement fails to specify certain key elements, such as how the arbitrators should be appointed (Art. 7, BAA). Again, each issue is addressed in turn.

II.C.1. Formal validity

With respect to form, the arbitration agreement must be capable of being evidenced in writing (Art. 4, paragraph 1st, BAA). Accordingly, unilateral arbitration clauses are, in principle, fully enforceable, insofar as they can be evidenced by a text. Although Brazil is a contracting state to the NYC, it is not settled, under Brazilian law, whether arbitration agreements providing for arbitration abroad must comply with the form requirements set out in Article II(2) of the NYC or with the more lenient ones contained in the BAA.

Additional requirements as to form apply to arbitration agreements contained in adhesion contracts¹⁰ (*i.e.*, standard form contracts which are unilaterally imposed by the other

8. Superior Court of Justice, REsp No. 1.729,549/SP, Editorial Perfil S.A. (*appellant*), Universo Online S/A (*appellee*), rapporteur Justice Luis Felipe Salomão, 9 March 2021.

9. São Paulo Appellate Court, No. 1048961-2019.8.26.0000, Luis Francisco Debellis Mascaretti et al. (*appellants*), Vyttra Diagnósticos Importação e Exportação Ltda. (*appellee*), rapporteur Appellate Judge Azuma Nishi, 10 March 2021.

10. A definition of "adhesion contract" is provided by Article 54 of the Brazilian Consumer Protection Code (Law No. 8,078/1990), which states that "[a]n adhesion contract is a contract whose clauses have been approved by the competent authority or established unilaterally by the product or service supplier without the consumer having had a chance to substantially change its content."

party). In this case, the arbitration agreement itself, whether contained in a separate document or in the main contract, must be specifically signed and incorporation is subject to more onerous notice requirements (e.g. the agreement must be highlighted in bold) (Art. 4, paragraph 2nd, BAA). Franchise agreements¹¹ and certain types of insurance¹²⁻¹³ are generally deemed to fall under this rule. The STJ has held that the court may, of its own motion, set aside the arbitration clause if the foregoing requirements are not met.¹⁴

The arbitration agreement should provide the form of appointment of the arbitral tribunal. However, defective drafting will not render the arbitration agreement unenforceable: the party seeking to refer the dispute to arbitration may file an application, under Art. 7 of the BAA, requesting the assistance of the competent court to establish any relevant questions of procedure the parties failed to designate in the arbitration agreement.¹⁵

II.C.2. Substantive validity

With respect to substantive validity, similar to other jurisdictions, Brazilian courts have accepted tacit consent to an arbitration agreement (by way of, *inter alia*, the exchange of e-mails; incorporated by reference to a document other than the container contract; implicit within the language of the agreement; or any conduct which otherwise implies consent to the arbitration agreement). This approach is supported by the established case law of the STJ, which has consistently upheld that, albeit ultimately a matter of consent, the issue of whether

11. Superior Court of Justice, Third Panel, REsp No. 1,602,076/SP, Odontologia Noroeste Ltda (*appellant*), GOU – Grupo Odontológico Unificado Franchising Ltda. (*appellee*), rapporteur Justice Nancy Andrighi, 15 September 2016.
12. São Paulo Appellate Court, No. 0304979-49.2011.8.26.0000, Enesa Engenharia S.A. *et al.* (*appellants*), Sul América Companhia Nacional de Seguros S.A. *et al.* (*appellees*), rapporteur Appellate Judge Paulo Alcides, 19 April 2012.
13. Significantly, the STJ has recently clarified that directors and officers (D&O) insurance does not amount to an adhesion contract. See: Superior Court of Justice, REsp No. 1,926,477/SP, Chubb do Brasil Companhia de Seguros *et al.* (*appellants*), Fibria Celulose S/A (*appellee*), rapporteur Justice Marco Aurélio Bellizze, 18 October 2022.
14. Superior Court of Justice, AgInt no AREsp No. 2,024,123/MG, Maio Empreendimentos e Construções S.A. *et al.* (*appellants*), Livia da Costa e Silva S.A. *et al.* (*appellees*), rapporteur Justice Maria Isabel Galloti, 28 November 2022; Superior Court of Justice, AgInt no AREsp No. 1,672,575/SP, Breville Pty Limited *et al.* (*appellants*), Art Home Comércio e Distribuição Eireli (*appellee*), rapporteur Justice Maria Isabel Galloti, 27 June 2022; Superior Court of Justice, AgInt no REsp No. 1,975,571/MG, Maio Empreendimentos e Construções S.A. *et al.* (*appellants*), Ronie Wiston Cordeiro Guimarães (*appellee*), rapporteur Justice Marco Aurélio Bellizze, 2 May 2022; Superior Court of Justice, AgInt no REsp No. 1,834,946/MG, Maio Empreendimentos e Construções S.A. *et al.* (*appellants*), Alexandre Couri Sadi *et al.* (*appellees*), rapporteur Justice Marco Buzzi, 2 May 2022; Superior Court of Justice, AgInt nos EDcl no AREsp No. 1,560,937/SP, Missoni S P A (*appellant*), MMR Investimentos e Participações S.A. (*appellee*), rapporteur Justice Marco Aurélio Bellizze, 14 March 2022; Superior Court of Justice, AgInt no AREsp No. 1,809,792/SP, Regina Celia Matheus Crizza (*appellant*), Franquia Show Assessoria em Negócios Ltda. (*appellee*), rapporteur Justice Raul Araújo, 14 February 2022.
15. Article 7 of the BAA provides for a court assistance mechanism equivalent to the remedy available under Article 179(2) of the Swiss Private International Law Act, as amended.

a non-signatory party is bound by the arbitration clause turns on their overall conduct.¹⁶ The STJ has also made it clear that there are no limits as to how far the decision-maker can go to find evidence of such consent.¹⁷

In the exercise of this broad mandate to investigate whether consent to arbitration exists, courts have, on occasion, relied on alter ego¹⁸ and 'group of companies'¹⁹ reasoning to extend the effects of arbitration agreements to non-signatories. However, the mere existence of a group of companies will not automatically lead to the extension of the arbitration clause. Rather, such legal doctrines, as applied by Brazilian courts, are essentially premised on consent to arbitration, albeit implied, and, thus, do not represent a departure from the general principle set out above.²⁰ It follows that, in the absence of words or conduct implying acceptance to arbitration, Brazilian courts will not find consent based on considerations of policy, expediency, or on the proper administration of justice.²¹

Relatedly, disputes arising out of the same group of contracts shall be resolved by arbitration where the transaction forms a single economic operation. This test was established by the STJ in *Paranapanema v. BTG*.²² As such, provided the test is satisfied on the facts, where only one of the contracts in the group contains an arbitration clause or each of the contracts contains their own, separate and distinct, arbitration clause, all disputes related therewith must be resolved in the same arbitral proceeding.

16. Superior Court of Justice, SEC No. 856/GB (2005/0031430-2), L'Aiglon S.A. (*applicant*), Têxtil União S.A. (*respondent*), rapporteur Justice Carlos Alberto Menezes Direito, 18 May 2005; Superior Court of Justice, SEC No. 866/EX (2005/0034926-5), Oleaginosa Moreno Hermanos Sociedad Anónima Comercial Industrial Financiera Inmobiliaria y Agropecuaria (*applicant*), Moinho Paulista Ltda. (*respondent*), rapporteur Justice Félix Fischer, 17 June 2006; Superior Court of Justice, AgRg na MC No. 24,815/SP (2015/0210831-0), Fischer America Comunicação Total Ltda. (*appellant*), Pro Brasil Propaganda SaA *et al.* (*appellees*), rapporteur Justice Marco Aurélio Bellizze, 6 October 2015.
17. Superior Court of Justice, REsp No. 1,569,422/RJ, Haakon Lorentzen, Erling Sven Lorentzen and Lorentzen Empreendimentos S.A. (*appellant*), Hugo Pedro de Figueiredo (*appellees*), Rapporteur Justice Marco Aurélio Bellizze, 16 August 2016.
18. São Paulo Appellate Court, No. 267.450.4/6-00, Trelleborg do Brasil Ltda *et al.* (*appellant*), Anel Empreendimentos Participações e Agropecuária Ltda (*appellee*), rapporteur Appellate Judge Constança Gonzaga, 24 May 2006.
19. São Paulo Appellate Court, No. 0214068-16.2010.8.26.0100, MatlinPatterson Global Opportunities Partners H.L.P. *et al.* (*appellees*), VRG Linhas Aéreas S/A (*appellees*), rapporteur Appellate Judge Roberto Mac Cracken, 16 October 2012; São Paulo Appellate Court, No. 0035404-55.2013.8.26.0100, GP Capital Partners V LP and Smiles LLC (*appellees*), Fernando Correa Soares *et al.* (*appellees*), rapporteur Appellate Judge Pereira Calças, 26 August 2015.
20. Pedro Lins Conceição de Medeiros and Rodrigo de Oliveira Franco, 'The Extension of the Arbitration Clause to Third-Parties Based on the Group of Companies Theory: an analysis of the applicable law, its application in international disputes and its reception by the Brazilian legal system' (2018) 56/2018 *Revista de Arbitragem e Mediação* 63.
21. Selma Ferreira Lemes, 'A arbitragem como Justiça do Consentimento e a vinculação de terceiros. Grupos Societários e Econômicos e Grupos de Contratos. Análise da lei brasileira de arbitragem' in Selma Ferreira Lemes and Arnaldo Wald (eds), *25 Anos da Lei de Arbitragem (1996-2021): história, legislação, doutrina e jurisprudência* (Thomson Reuters Brasil 2021).
22. Superior Court of Justice, REsp No. 1,639,035/SP, Paranapanema S/A (*appellant*), Banco BTG Pactual S.A. *et al.* (*appellees*), rapporteur Justice Paulo de Tarso Sanseverino, 18 September 2018.

Examples from caselaw assist in determining when a group of contracts will be deemed to exist. In *Paranapanema v. BTG* itself, the STJ considered that a swap contract and its underlying financing agreement formed a single economic operation. In contrast, in *Termopernambuco S/A v. Companhia Pernambucana de Gás Copergás* midstream and downstream natural gas contracts were deemed not to amount to a group of contracts for the purposes of extending the arbitration clause to non-signatory third parties insofar as each of the contracts, however related, imposed discrete and independent obligations binding only on the signatory parties to each agreement.²³

Somewhat contradictorily to the principle that arbitration is strictly a matter of consent, courts have nevertheless accepted that non-signatories may enforce arbitration agreements, or otherwise be compelled to arbitration, through piercing the corporate veil²⁴ or subrogation²⁵.

On a separate note, pursuant to the caselaw of the STJ the party's insolvency does not render the arbitration agreement inoperative or incapable of being performed.²⁶ That notwithstanding, in a 22 December 2022 decision, the São Paulo Appellate Court set aside an arbitral award rendered against a party which was facing bankruptcy proceedings on the

23. Special Court of Justice, REsp No. 1,519,041/RJ, *Termopernambuco S/A (appellant)*, Companhia Pernambucana de Gás Copergás (*appellee*), rapporteur Justice Marco Aurélio Bellizze, 1 September 2015.
24. Superior Court of Justice, REsp No. 1,698,730/SP, *Serpal Engenharia e Construtora et al. (appellants)*, Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda (*appellees*), rapporteur Justice Marco Aurélio Bellizze, 8 May 2018.
25. In this connection, the following decision by the STJ is often invoked as authority for the proposition that an insurance company which pays out under the policy, and is thereby subrogated to the rights of the insured, will be bound by an arbitration clause entered into by the insured and the at-fault party: Superior Court of Justice, SEC No. 14,930/EX (2015/0302344-0), *Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda et al. (applicants)*, Mitsui Sumitomo Seguros S/A (*respondent*), rapporteur Justice Og Fernandes, 15 May 2019. More recently, in *Mapfre v Log Wisdom*, the STJ confirmed that an insurance company will be bound by the arbitration clause entered into by the insured party provided it has the relevant knowledge as to the existence of the clause: Superior Court of Justice, REsp 1,988,894/SP, *Mapfre Seguros Generales de Colombia S/A (appellant)*, *Log Wisdom S/A et al. (appellee)*, rapporteur Justice Maria Isabel Gallotti, 9 May 2023. It is difficult to reconcile this strand of authority with earlier decisions to the effect that arbitration is a matter of consent. They are also inconsistent with cases which found that subrogation does not apply to jurisdiction agreements (see: Superior Court of Justice, REsp No. 1.961.113/RJ, *Waiver Arts Logísticas de Precisão Ltda. (appellant)*, *Allianz Seguros S/A (appellee)*, rapporteur Justice Nancy Andrighi, 22 March 2022). That said, the outcome in *Mapfre v Log Wisdom*, which concerned the role of arbitration clauses in international maritime transport contracts and insurance, can be confined to its own peculiar facts, as, in this particular industry, the arbitration clause is generally considered an integral part of the insurance policy, thus influencing the insurer's risk assessment. You may find a report in English of the STJ's decision in *Mapfre v Log Wisdom* at: Carlos Eduardo Carvalho, Lucas Russi, 'Transmission of the Arbitration Clause to Subrogated Insurers: A Brazilian Perspective' (*Kluwer Arbitration Blog*) [<https://arbitration-blog.kluwerarbitration.com/2023/08/02/transmission-of-the-arbitration-clause-to-subrogated-insurers-a-brazilian-view/>]. Accessed 2 August 2023.
26. Superior Court of Justice, REsp No. 1,959,435/RJ, *Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social Refer et al. (appellants)*, *Stiebler Arquitetura e Incorporações Ltda – Massa Falida et al. (appellees)*, rapporteur Justice Nancy Andrighi, 30 August 2022.

basis that its insolvency disallowed reliance on the arbitration clause.²⁷ In reaching this outcome, the appellate court did not expressly consider the STJ decision. Further, the case was not decided exclusively on its facts but, instead, purports to lay down a general statement of principle. Although the decision directly contradicts specific authority by the STJ, the appeal was considered untimely and not admitted.

II.D. Appointment and Challenge of Arbitrators

The parties can appoint as arbitrator any legally capable person whom they trust (Art. 13, BAA).²⁸ As there are no specific citizenship or qualification requirements, arbitrators may be foreigners or non-lawyers.

Differently from international practice, Brazilian major arbitration centres maintain lists of recommended or approved arbitrators.²⁹ Some provide that the sole arbitrator or the president of the arbitral tribunal shall be chosen from among their lists,³⁰ others only state that this is 'preferable'³¹. The parties may nevertheless opt-out of any such rules (Art. 13, paragraph 4th, BAA).

The arbitrator shall perform his or her duty with impartiality, independence, competence, diligence, and discreetness (Art. 13, paragraph 6th, BAA). Furthermore, the arbitrator cannot have any relationship with the case, the parties or their attorneys which would, pursuant to the BCCP, preclude a court judge from hearing a case (Art. 14, BAA). However, given the differences between the roles of arbitrators and court judges, said provision is generally applied with reservations and the grounds listed therein are not considered to be exhaustive. In this respect, the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration are commonly relied on by tribunals and *ad hoc* committees, even where their application is not expressly chosen by the parties.

Individuals appointed to sit as arbitrator have a legal duty to disclose any facts that could give rise to justifiable doubts as to their impartiality and independence (Art. 14, paragraph

27. São Paulo Appellate Court, No. 1006072-45.2021.8.26.0100, Rosemar Gomes de Santana Filho Comércio de Jóias em Aço *et al.* (appellants), Vfrossetti Franqueadora e Participações Ltda *et al.* (appellees), rapporteur Appellate Judge Cesar Ciampolini, 22 December 2022.

28. The Federal Government and its controlled entities, when selecting who to appoint as arbitrator, must also consider the candidate's availability, previous experience as arbitrator, number of prior appointments by the Federal Government and its controlled entities, and the profile of the arbitrator appointed by the counterparty (Attorney General Offices' Resolution No. 42 of 7 March 2022).

29. For example, Center for Arbitration and Mediation of the Chamber of Commerce Brazil-Canada (CAM-C-CBC), Chamber of Conciliation, Mediation and Arbitration of São Paulo – CIESP/FIESP (CAM-CIESP/FIESP), Market Arbitration Chamber managed by BM&FBOVESPA S.A. – Securities, Commodities and Futures Exchange (CAM-MERCADO), FGV Mediation and Arbitration Chamber (CAM-FGV), Brazilian Center for Mediation and Arbitration (CBMA) and CAMARB – Business Mediation And Arbitration Chamber – Brazil (CAMARB).

30. For example, Articles 3.2.1 and 3.4.1 of CAM-MERCADO's Arbitration Rules and Article 4.1 of CAMARB's Arbitration Rules.

31. For example, Articles 13.2 and 11.5 of CAM-CCBC's Arbitration Rules and Article 2.4 of CAM-CIESP/FIESP's Arbitration Rules.

1st, BAA). This is an ongoing duty. That notwithstanding, nondisclosure of a material fact, without more, will not be sufficient to demonstrate that the arbitrator lacked the requisite impartiality and independence. It follows that, despite disclosure being characterised as a legal duty, courts and tribunals will weigh the tribunal's failure to disclose in the light of all the surrounding circumstances before disqualifying an arbitrator, including the relevance of the fact which should have been disclosed.³²

The law on the arbitrator's duty to disclose remains unclear in respect of some critical issues, however. For example, the authorities provide no clear answer as to whether the arbitrator's failure to disclose may be offset, either in whole or in part, by the parties' duty to investigate the arbitrator's background.³³ Further, even where such duty has been deemed to exist, there is no guidance as to its precise scope and, more precisely, as to whether it exists only until the arbitrator accepts its appointment or continues to exist throughout the proceeding.

The arbitrator cannot be challenged under grounds which already existed prior to their appointment, unless the challenge is not raised by the party who appointed them or said grounds were only discovered after their appointment (Art. 14, paragraph 2nd, BAA).

The party that intends to raise objections concerning the impartiality or independence of the arbitrator must do it at the earliest opportunity (Article 20, BAA). Arguably, the failure to comply with this provision prevents the party from subsequently raising a challenge to the award under this ground (see *Setting Aside of Arbitral Awards and Remedies* below). Nevertheless, recently there have been late challenges which resulted in the setting aside of the award.³⁴

Absent specific rules in this regard, the challenge shall be presented directly to the sole arbitrator or to the president of the arbitral tribunal (Art. 15, BAA) and, if granted, will entail the arbitrator's replacement (Art. 15, sole paragraph, BAA). Most local arbitral institutions provide for detailed rules in this respect, whereby challenges shall be heard either by an *ad hoc* committee, appointed by the secretariat,³⁵ or by an administrative body within the institution itself.³⁶

32. São Paulo Appellate Court, No. 1056100-47.2019.8.26.0100, L.D. de S.F. (*appellant*), B.I.P.E.A. S/A (*appellee*), rapporteur Appellate Judge Fortes Barbosa, 25 August 2020.

33. The São Paulo Appellate Court has had the occasion to voice its opinion on the issue on two separate instances. While it originally held in *Eletropaulo* that such duty exists and may be offset against the arbitrator's nondisclosure, in a later case, *Esho*, it held that in no circumstance was the arbitrator released from its duty to disclose material facts on the basis that the parties failed to carry out independent investigations on its background, irrespective of whether said information was easily available. Respectively: São Paulo Appellate Court, No. 1097621-39.2021.8.26.0100, Raphael Brandão Moreira et al. (*appellants*), Esho Empresa de Serviços Hospitalares S.A. (*appellee*), rapporteur Appellate Court Judge, 22 November 2022; São Paulo Appellate Court, No. 1116375-63.2020.8.26.0100, I.E.E.P. Ltda. et al. (*appellants*), M.F. et al. (*appellees*), rapporteur Appellate Judge Maurício Pessoa, 1 August 2023.

34. São Paulo Appellate Court, No. 1055194-66.2017.8.26.0100, M. R. do B. R. S.A. (*appellant*), S. S. G. S.A. (*appellee*), rapporteur Appellate Judge Erickson Gavazza Marques, 6 August 2021.

35. Art. 14 2022 CAM-CCBC Rules; Art. 5.3 2019 CAMARB Rules; Art. 7.3 CMA-CIESP/FIESP Rules.

36. Art. 3.12 Market Arbitration Chamber Rules; Art. 7.4 2023 CAM-AMCHAM Rules.

A study analysing awards issued under the rules of the major arbitral institutions in Brazil between 2020 and 2021 revealed that there were few challenges to the appointment of arbitrators and even fewer which were granted.³⁷ In the same vein, according to data published by the Centre for Arbitration and Mediation of the Chamber of Commerce Brazil-Canada (“CAM-CCBC”), in over 1,400 cases administered by this institution in 2022 only 10 challenges were raised, none of which were granted.³⁸

II.E. Arbitration Proceedings

The date on which the sole arbitrator accepts its appointment, or the arbitral tribunal is constituted, as the case may be, is deemed to be the date of the commencement of the arbitration (Article 19, BAA).

Parties have broad freedom in determining the procedural rules applicable to the proceeding and may refer to the rules of arbitral institutions (Article 21, BAA). We provide an overview of the main features of the rules of the major institutions in Brazil in II.E.1 below.

In the absence of party choice, the arbitral tribunal has significant discretion in conducting the proceedings, provided that due process is observed (Article 21, paragraphs 1st and 2nd, BAA). Some key aspects of the arbitration proceeding, such as rules and practices concerning the taking of evidence (II.E.2), confidentiality (II.E.3), and the calculation and apportionment of costs (II.E.4) are also addressed.

II.E.1. Arbitral Institution Rules or Practices

There are five main local arbitration institutions in Brazil: CAM-CCBC, the Market Arbitration Chamber, the Chamber of Conciliation Mediation and Arbitration of São Paulo (“CMA-CIESP/FIESP”), the Arbitration and Mediation Centre of the American Chamber of Commerce in São Paulo (“CAM-AMCHAM”) and the Business Mediation and Arbitration Chamber – Brazil (“CAMARB”). Also, the ICC has a local branch in São Paulo.

Leading the group, CAM-CCBC is the most sought-after arbitral institution in Brazil, having registered 123 new cases in 2022 involving parties from 21 countries. As to the nationality of the parties, Brazil, United States, the Netherlands, Argentina and Italy ranked first in the list. In August 2022, the CAM-CCBC Advisory Board formally adopted its new arbitration rules (“2022 CAM-CBCC Rules”). The 2022 CAM-CBCC Rules came into force on 1st November 2022 and shall apply to any CAM-CCBC arbitration commenced from

37. In 2020, considering 996 ongoing international and domestic arbitrations, there were 38 challenges, of which 12 were granted; in 2021, considering 1,047 ongoing international and domestic arbitrations, there were 35 challenges, of which only 7 were granted (Selma Lemes, ‘Arbitragem em Números: Pesquisa 2020/2021’ (*Migalhas*) [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/10/78B3FD4545063E_pesquisa-arbitragem.pdf], accessed 19 April 2023) (hereinafter *Arbitration Research 2020/2021*).

38. CAM-CCBC, ‘CAM-CCBC’s Facts & Figures’ (2022) [<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/en/2022-facts-figures/>], accessed 26 April 2023.

that date onwards, unless the parties have agreed to submit their arbitration to the rules in effect on the date of their arbitration agreement (Article 1.2).

The alterations introduced by the 2022 CAM-CBCC Rules cover a wide range of issues, including: (i) the incorporation of several matters that were previously addressed by the centre's administrative resolutions (*e.g.*, emergency arbitrator procedure; expedited procedure with reduced scales of fees; express authorization for the selection of the UNCITRAL Rules) (Article 43); (ii) a more flexible approach towards the inclusion of new claims after the terms of reference are signed, affording wider discretion to the tribunal to entertain new claims where this is found not to be unduly disruptive to the proceedings (Article 25(5)); (iii) reduction of the default timeframe for rendering the final award, from 90 to 60 days, extendable for an equal period (Articles 29.1 and 29.2); (iv) notice of third-party funding and of any related third-parties that may be materially relevant to the proceedings (Articles 9.5 and 9.6).

Also, on 1 January 2023, the new version of the CAM-AMCHAM Rules of Arbitration came into force ("CAM-AMCHAM 2023 Rules"). The revised rules apply to proceedings filed since its enactment, regardless of the date of the arbitration agreement under which the arbitration is founded. The CAM-AMCHAM 2023 Rules introduce a number of changes to the previous 2018 version, including: (i) the possibility of adopting the UNCITRAL Rules (Article 4.5); (ii) the stay of the proceedings in case of challenge of an arbitrator (Article 7.5); and (iii) the inclusion of an specific provision stating that the signing of the Terms of Reference is the milestone from which the parties can no longer introduce new claims to the proceeding, unless otherwise authorized by the arbitral tribunal (Article 12.5).

The rules of the Market Arbitration Chamber, which is attached to Brazil's most important stock exchange, B3 S.A., formerly known as BM&BOVESPA, are also of special interest. Significantly, since 2019 listed companies must provide for arbitration under Market Arbitration Chamber rules in their articles of association as an entry requirement to the premium segments of the B3 S.A. Such arbitration clauses are binding on every shareholder of the company (Art. 136-A, Federal Law 6,404/1976 – Brazilian Companies Act). As a result, a significant number of all major corporate disputes in Brazil are now submitted to arbitration, including class and multi-party claims by minority shareholders.

The following provisions of the Market Arbitration Chamber's rules are therefore particularly salient:

- A party wishing to join an additional party to the arbitration shall submit its request to the Secretariat (Article 6.1.1), which shall refer the matter for a preliminary decision by the President of the Market Arbitration Chamber (Article 6.1.4). Any such request for joinder must be submitted before the appointment of any of the arbitrators (Article 6.1). If the request is contested or the President rules in favour of joinder, the final decision shall rest with the arbitral tribunal (Article 6.1.4). The rules do not provide for the right of the joined party to participate in the process of appointing the arbitrators.
- Parallel proceedings initiated with the same subject matter may be joined with the proceeding instituted first (Article 6.2). To the extent the tribunal in neither

proceeding has been fully appointed and no agreement can be reached by the parties in this respect, all three arbitrators, or the sole arbitrator, as the case may be, will be appointed by the Market Arbitration Chamber (Article 6.2.2). If, however, the tribunal in the proceedings instituted first was already in place, the proceedings may only be joined if the parties to the second proceeding agree to the composition of the arbitral tribunal of the first (Article 6.2.3).

As a response to the increased number of corporate arbitrations, in April 2022 the CAM-CCBC introduced a special set of rules in this respect. The rules shall apply where the arbitration arose out of, or is related to, the validity of shareholder or board resolutions, the winding up of a limited liability partnership or a company, or a breach of duty by controlling shareholders, board members or minority shareholders (Articles 1 and 2). There is no need for the parties to refer to the rules in their arbitration agreement or have otherwise agreed on their application (Article 3). The 2022 CAM-CBCC Rules remain applicable to proceedings conducted under the additional rules to the extent that the latter do not contain more specific provisions (Article 13). On matters of substance, the rules are very similar to the 2009 DIS Supplementary Rules for Corporate Disputes.³⁹

As to arbitration practices in Brazil's major arbitral institutions, three trends are noteworthy: (i) the number of international agreements under dispute increased almost 41 per cent from 2020 to 2021;⁴⁰ (ii) the number of foreign individuals sitting as arbitrators practically doubled from 2020 to 2021;⁴¹ and (iii) the number of tribunals with women sitting as

39. The key features of the rules are as follows: (i) the claimant must give notice of arbitral proceedings to all the company's shareholders, as well as to any other Affected Third-Parties in the sense of Article 1 of the rules, which, depending on the subject-matter of the claim, may include the holders of securities issued by the company or its directors and officers (Article 4, paragraph 2nd, and Article 5); (ii) all Affected Third-Parties may, within 30 days of notice, choose to join the proceedings as a party, on either claimant's or respondent's side, or as an intervenor (Article 7); (iii) if any Affected Third-Party chooses to join proceedings as a party, they shall be entitled to the same rights and shall bear the same duties as the original parties to the arbitration, including in respect of costs (Article 8); (iv) any Affected Third-Parties who, after the expiry of the 30-day time-limit, have not so chosen, can still join the proceedings at any time, provided, however, that they do not object to the constitution of the arbitral tribunal and accept the proceedings in the state they are in at the time of joinder (Article 10); (v) any Affected Third-Parties which have not joined the proceedings are entitled to request to be provided an access link to the digital platform with the record of the arbitral proceeding, in which case they shall be bound by any confidentiality obligations agreed on by the parties – there is, however, no active duty on either the tribunal or the parties to keep Affected Third-Parties informed of the progress of the arbitral proceedings (Article 11); (vi) all Affected Third-Parties are bound by the decisions of the arbitral tribunal, irrespective of joinder (Article 4); (vii) in the event of an extension or alteration of a claim, the arbitration shall be stayed until all Affected Third-Parties are given notice – the party responsible for introducing such an extension or alteration shall bear the burden of effecting notice (Article 12). You may find an English language summary of the main aspects of the rules in the following blog post by Baker & McKenzie: Joaquim de Paiva Muniz, 'CAM-CCBC enacts new rules on Corporate Arbitrations' (*Global Arbitration News*, 8 May 2023) [<https://www.globalarbitrationnews.com/2023/05/08/cam-ccbc-enacts-new-rules-on-corporate-arbitrations/>], accessed 8 May 2023.

40. In 2020, there were 32 disputes involving international agreements; in 2021, there were 49 disputes involving international agreements (*Arbitration Research 2020/2021*).

41. In 2020, there were 152 foreign individuals sitting as arbitrators in Brazil. In 2021, there were 296 foreign individuals sitting as arbitrators in Brazil (*Arbitration Research 2020/2021*).

arbitrators increased from 2020 to 2021.⁴² These trends seem to reflect Brazil's growing participation in the international arbitration community and the ongoing efforts towards gender diversity.

II.E.2. Rules and Practices on the Taking of Evidence

Brazilian parties will typically include a provision in the terms of reference authorizing the tribunal to rely on the IBA Rules on the Taking of Evidence for guidance when deciding issues of evidence. It is nevertheless unusual for parties to make it binding on the tribunal to follow such guidelines. To be sure, this will rarely happen in practice. That said, parties will, as matter of course, rely on the IBA Rules or on the structure provided therein when pleading matters in this connection. Tribunals will also typically refer to the relevant provisions of the IBA Rules, even if they are not directly applicable. In this respect, a recent study carried out by the ICC on local practices in Latin America as to the use of the IBA Rules observed that “*arbitrators have not been hesitant in applying or referring to the IBA Rules even in the absence of the parties’ express agreement*”.⁴³ In our experience, we find that this observation is reflective of arbitral practice in Brazil.

II.E.3. Confidentiality

The BAA does not expressly provide for confidentiality and there is no general presumption that arbitration proceedings are confidential. That said, arbitration agreements and institutional rules normally do provide for confidentiality. Any agreement of the parties to this effect will be upheld, unless one of the parties is a state entity or a state-controlled entity, in which case arbitration must be public (Art. 2, paragraph 3rd, BAA).

Despite the exception made to arbitration proceedings involving state or state-controlled entities, such proceedings, albeit not confidential, will generally be conducted, in whole or in part, in private. That is to say, third parties are not entitled to attend the hearing or to have access to all the case documents. Detailed rules as to the precise degree of disclosure and as to how such disclosure is to take place will be typically laid down in the proceeding's terms of reference. Indeed, parties often agree on procedures for the protection of proprietary or privileged information, as well as account for matters of public interest.

The BAA is unclear as to whether the burden to ensure the publicity of proceedings falls upon the relevant state or state-controlled entity or the arbitral institution. In any event, whilst certain arbitral institutions, such as CAM-CCBC, maintain a public record of the names of the parties and of the dates of each request for arbitration, state instrumentalities have mainly taken it upon themselves to comply with this duty. To this end, the federal

42. In 2020, there were women sitting as arbitrators in 59.1 per cent of the tribunals; in 2021, there were women sitting as arbitrators in 64 per cent of the tribunals (*Arbitration Research 2020/2021*).

43. André Abbud *et al.*, ‘Taking Evidence in Latin America: Some Observations on Local Practices and Use of the IBA Rules’, (2012) 2/23 ICC International Court of Arbitration Bulletin 14.

government and the state of São Paulo have put in place publicly accessible databases of relevant documents presented in the proceedings they are involved in, including, but not limited to, partial awards, final awards, the proceeding's terms of reference, relevant procedural orders, and decisions on requests for clarification.⁴⁴ The National Agency of Petroleum, Gas and Biofuels – ANP (Brasil) is also in the process of developing its own public database.

In addition to available public databases, state instrumentalities must also provide access to relevant documents, submissions, and awards upon demand, according to Federal Law No. 12,527/2011. The statute makes an exception for documents that contain state secrets or information that is either proprietary or privileged, which need not be disclosed.

In all other cases, provided evidence is made of the confidentiality of the arbitration, any court proceeding involving arbitration, interim or otherwise, including enforcement, recognition and setting-aside proceedings, shall be confidential (Art. 189, IV, BCCP). Consequently, as long as parties have agreed on confidentiality, even if they go on to seek the assistance of the courts the existence of the dispute and the details of the award will not be publicly disclosed.

The district court of São Paulo has, however, consistently lifted the confidentiality of proceedings by virtue of deeming it unconstitutional, thereby largely rendering said provision without effect. Inasmuch as São Paulo is the leading venue for arbitrations in Brazil, the impact of such decisions is widespread. The São Paulo Appellate Court has nevertheless recently confirmed that court proceedings in connection with arbitration must be kept confidential and be conducted in private, therefore dispelling any doubts as to the constitutionality of Art. 184, IV, BCCP.⁴⁵

A noteworthy exception to confidentiality is made in respect of regulatory disclosures. Specifically, in March 2022, the Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) – the Brazilian securities and exchange regulator – issued the Resolution No. 80/2022, which deals with the disclosure and reporting obligations of listed companies. The resolution imposes a broader duty on listed companies to disclose information on arbitral proceedings (e.g. status, named parties, the essential facts and background upon which the action is based, and the relief or remedy sought). Corporate disclosure obligations also cover arbitrations involving the company's shareholders or directors, in which case the latter shall share the information with the company, who will then be responsible for disclosing it to the market.

II.E.4. Costs

The BAA confers authority to arbitrators to assess and apportion costs as they see fit, unless otherwise agreed (Art. 27, BAA). In line with international practice, costs are

44. Said databases are accessible via the following links: [http://www.pge.sp.gov.br/Portal_PGE/Portal_Arbitragens/paginas/] (for the State of São Paulo); [<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/needir/casos-de-arbitragem-2>] (for the Federal Government).

45. São Paulo Appellate Court, No. 2114763-14.2022.8.26.0000, J.V. da S. et al. (*appellants*), D.I.A.A. de I. Ltda. (*appellee*), rapporteur Appellate Judge Grava Brazil, 27 June 2022.

therefore usually assessed by determining whether they were reasonably incurred and are reasonable and proportionate in amount. Costs are then allocated between the parties based on a variety of context-specific factors.

Also of relevance to international arbitration is Brazil's peculiar rule regarding '*honorários de sucumbência*', which applies if the parties expressly provide for it in their arbitration agreements or seek the annulment of the arbitral award before Brazilian Courts. The rules of the BCCP do not apply to arbitration and the BAA does not provide for '*honorários de sucumbência*'. Accordingly, such rules will only apply if the parties reach an agreement to this effect in the course of the proceedings or expressly provide for this in the arbitration agreement or the terms of reference.⁴⁶

Under the BCCP the defeated party in court proceedings is liable for the legal fees of the prevailing party, which are payable directly to their counsel (Art. 85, BCCP). The prevailing party has no independent right to recover costs.⁴⁷ Unless a state or state-controlled entity is a party, in which case separate criteria for fixing costs apply, fees must be set between 10 per cent and 20 per cent of either (i) the awarded sum, (ii) the economic benefit of the award, or (iii) the amount in dispute as stated in the statement of claim (where neither of the first two criteria otherwise applies). It follows that the unsuccessful party is liable for any court fees plus the other party's attorney's fees calculated as a set percentage of the awarded sum, regardless of whether such costs were actually incurred.

Courts would typically equitably reduce the sums due as adverse fees where application of the rule yielded unconscionably high amounts, but, on 16 March 2022, the STJ decided that, however large the sums, the set percentages should nonetheless apply. This decision is binding on lower courts.⁴⁸⁻⁴⁹

Illustrative of how this may affect arbitration users, according to a 29 July 2022 decision, over US\$114 million (roughly 10 per cent of the amount in dispute) were awarded as adverse costs in connection with a failed setting aside application.⁵⁰ The arbitral award in question had authorized the claimant to complete the acquisition of one of Brazil's largest pulp and paper producers by the amount of approximately US\$1.15 billion.

Several decrees and regulations, at both the state and federal levels, require state entities, when entering into arbitration agreements, to expressly provide that adverse costs shall be

46. Rodrigo Garcia Fonseca, 'Reflexões sobre a Sentença Arbitral' (2005) 6/2005 Revista de Arbitragem e Mediação 40.

47. Superior Court of Justice, REsp 1,566,168/RJ, Itau Unibanco S.A. (*appellant*), Sílvio Félix e Advogados Associados (*appellees*), rapporteur Justice Paulo de Tarso Sanseverino, 27 April 2017.

48. Superior Court of Justice, REsp 1,906,618/SP, Fazenda do Estado de São Paulo (*appellant*), Metalúrgica Golin S/A (*appellee*), rapporteur Justice Og Fernandes, 16 March 2022.

49. The decision was rendered in the context of trials of multiple claims on the same point of law and, thus, must be observed by lower courts under Art. 927, III, BCCP.

50. São Paulo Second Business and Arbitration Conflicts Court, No. 1027596-98.2021.8.26.0100, J&F Investimentos S/A (*claimant*), CA Investment (Brazil) S.A. *et al.* (*defendants*), Judge Renata Mota Maciel, 29 July 2022.

calculated at the rates and in the form set forth in the BCCP.⁵¹ This is consequential, as, by law, state entities must be legally represented by state employees, paid with taxpayer money, and thus will invariably incur no actual expense with legal representation.

According to a non-confidential 2022 ICC award, absent such an express agreement on the application of the BCCP rules, state entities can only recover actually incurred costs (which will invariably amount to nil).⁵² On this basis, when arbitrating against state entities, the claimant can pursue a claim without the risk of having to pay the other party's costs. On the flipside, if BCCP adverse costs are provided for in the arbitration agreement and the claim fails, claimants' liability is substantially increased.

II.F. Interim Measures and Court Assistance

The BAA recognizes the separability of the arbitration agreement and both the negative and positive effects of the competence-competence principle (Art. 8, BAA). Courts are therefore not permitted to rule on the validity of the arbitration agreement after the constitution of the arbitral tribunal and, if seized of the matter, must refer the parties to arbitration forthwith. Before this cut-off point, courts are precluded from ruling conclusively on the validity of the arbitration clause, unless it is manifestly void, inoperative, or incapable of being performed (Art. 8, sole paragraph, BAA).⁵³

Accordingly, the party seeking to rely on the arbitration clause need only make a *prima facie* case that it exists, that it is valid, and that there are no other reasons which would otherwise render it inoperative or incapable of being performed. This is a low bar: whenever there is reasonable doubt as to the enforceability of the arbitration clause the matter must always be referred to arbitration so that the tribunal is given the opportunity to be the first to rule on its own jurisdiction.⁵⁴⁻⁵⁵ If the defendant raises the existence of the arbitration agreement, the

51. Decree No. 46,245/2018 of the State of Rio de Janeiro re. arbitration involving state entities at the level of the State of Rio de Janeiro; Federal Decree No. 10,025/2019 re. arbitration on the port, highway, railway, waterway, and airport public procurement contracts; Decree No. 64,356/2019 of the State of São Paulo re. arbitration involving state entities at the level of the State of São Paulo; Decree n. 42.245 of the state of Rio de Janeiro re. arbitration involving the State of Rio de Janeiro or any of its instrumentalities.

52. ICC. Final Award. Case No. 24,717/PFF (Antônio Pinto Leite (P), Gustavo Justino de Oliveira, José Emilio Nunes Pinto). 25 March 2022. Publicly available on demand at The National Agency of Petroleum, Gas and Biofuels – ANP (Brasil).

53. It is worth noting that, whilst a party has the automatic right to file an interlocutory appeal against a court order denying a motion to compel arbitration, proceedings before the lower court judge shall not be stayed while the interlocutory appeal is pending (Art. 995, BCCP). An order suspending the lower court decision shall nevertheless be granted if, on application by the losing party to the court of appeal, it is found that the appeal has a reasonable prospect of success and that the appellant would suffer irreparable harm if the order was not granted (Art. 1.019, I, BCCP). It follows that, depending on how long it takes for the case to be disposed of by the lower court judge, this may defeat the purpose of the appeal, as, even if the court of appeal ultimately compels arbitration, the parties may by then have already incurred significant expense and inconvenience in pleading the merits of their case, marshalling evidence, and preparing for the hearing.

54. Superior Court of Justice, REsp 1,278,852/MG, Samarco Mineração S/A (*appellant*), Jerson Valadares da Cruz (*appellee*), rapporteur Justice Luis Felipe Salomão, 21 May 2013.

issue of whether the parties should be referred to arbitration must be dispensed with on a summary basis, without a hearing or the production of additional evidence.

Unless otherwise agreed (e.g. by the stipulation of emergency arbitration procedures), a party may apply to state courts for provisional relief in support of arbitration proceedings up until the constitution of the arbitral tribunal (Art. 22-A, BAA). Three conditions must be satisfied: (i) the measure sought must be necessary to prevent irreparable harm or to ensure the effectiveness of a future award; (ii) the applicant's substantive claim must have a reasonable chance of success; and (iii) the order sought must not be irreversible. Following its formation, the tribunal will have exclusive jurisdiction to grant additional relief and to either confirm, reverse, or modify any order granted by the court (Art. 22-B, BAA).

Parties may apply to the courts at any time, either prior to or after the constitution of the arbitral tribunal, to obtain executive measures or to enforce orders granted by the tribunal. Moreover, the tribunal itself may, of its own motion, seek the assistance of the courts to secure compliance with its orders (Art. 22-C, BAA). In either case, the application must be supported by *prima facie* evidence of the tribunal's jurisdiction.

Pursuant to a recent decision by the STJ, unless otherwise agreed, parties may only seek court assistance in evidence gathering in aid of prospective arbitration proceedings if the requirements above for granting provisional relief have been made out.⁵⁶⁻⁵⁷ As a result, parties seeking pre-arbitration production of evidence must satisfy the court: (i) that their substantive claim has a reasonable prospect of success; and (ii) that there is an immediate risk that the requested evidence will be lost. It is nevertheless likely that the very reason why evidence production is sought is because the party lacks sufficient evidence to substantiate its claim. Accordingly, satisfaction of the above conditions may prove difficult, or even impossible. Thus, arbitration users were hit with a double whammy in as many years, as, since 2021, US courts are no longer authorized to order broad discovery in aid of international arbitration.⁵⁸

-
55. Pedro Batista Martins, 'Poder Judiciário – Princípio da Autonomia da Cláusula Compromissória – Princípio da Competência-Competência – Convenção de Nova Iorque – Outorga de Poderes para Firmar Cláusula Compromissória – Determinação da Lei Aplicável ao Conflito – Julgamento pelo Tribunal Arbitral' (2005) 7/2005 *Revista de Arbitragem e Mediação* 175.
 56. Superior Court of Justice, REsp No. 2,023,615/SP, *Renova Energia S/A et al. (appellants)*, *Blue Moon Fundo de Investimento Multimercado – Crédito Privado – Investimento no Exterior et al. (appellees)*, rapporteur Justice Marco Aurélio Bellizze, 14 March 2023.
 57. Under the procedure set in Arts. 381 *et seq.* BCCP, a party can apply for the targeted and limited disclosure of documents or production of other types of evidence (including, but not limited to, testimony and expert evidence) in aid of prospective litigation. The application must detail the reasons why relief is needed and the specific facts the requested evidence is meant to prove. Further, the court must be satisfied that either: (i) there is a well-grounded, urgent risk that the evidence will be lost; (ii) the requested evidence may be conducive to a settlement; or (iii) the evidence sought will allow the party to make an informed decision as to whether or not to issue proceedings.
 58. Supreme Court of the United States, No. 21-401 and 21-518, *ZF Automotive Us, Inc., et al. (petitioners) v Luxshare, Ltd. and Alixpartners, LLP et al. (petitioners) v The Fund for Protection of Investors' Rights in Foreign States*, 13 June 2022.

That said, the STJ made it clear that parties may agree to exclude arbitral jurisdiction over pre-action evidence production requests by reserving this matter for state courts. Any such carve-out would, however, require very clear language. Hence, although it remains unclear exactly what kind of wording would be effective for this purpose, as this has yet to be tested in litigation, ‘*the courts shall have jurisdiction for the purposes of the proceeding of articles 381 to 383 of the BCCP*’ is likely to cover it.⁵⁹

Moreover, in court proceedings, parties are limited to the forms of evidence available under the BCCP.

Last, there is a special, streamlined procedure by way of which parties may apply to set aside an anti-arbitration injunction directly before the STJ without having to first move up the appeal ladder (Arts. 951 *et seq.* BCCP). In numerous decisions, the STJ has held that it is competent to resolve a so-called conflict of jurisdiction (‘*conflito de competência*’) between state courts and arbitral tribunals,⁶⁰ and that it will refer the matter to arbitration provided there is *prima facie* evidence of the validity of the arbitration agreement. Relief may be obtained even if arbitral proceedings were commenced but the tribunal had not yet been constituted at the time the anti-arbitration injunction was made.⁶¹

Despite allegations that such procedure is legally unprincipled, as state courts should not undercut the arbitrators’ authority to decide on their own jurisdiction,⁶² it remains an extremely valuable tool for arbitration users in Brazil. It should be borne in mind that this is without prejudice to the right of the party seeking to rely on the arbitration clause to raise a substantive defence in court proceedings. In Brazil jurisdictional objections are dealt

59. Contracts providing for arbitration in Brazil will sometimes include boilerplate wording along the following lines: ‘*Without prejudice to the validity of this arbitration clause, the Parties irrevocably decide that the courts of the [include city], shall have jurisdiction, to the exclusion of any other, for the exclusive purposes of (a) ensuring the commencement of the arbitration, if necessary (action of article 7 of Law No. 9,307/96); (b) granting urgent, injunctive, or any other form of interim relief prior to the constitution of the arbitral tribunal; (c) enforcing this Agreement and the obligations provided herein, as they are liquid and payable for the purposes of the provisions of article 783 and 786 the Brazilian Civil Procedure Code and (d) the proceeding of articles 381 to 383 of the Brazilian Code of Civil Procedure. Any interim measure granted by a judicial authority may be confirmed, amended, or suspended by the arbitral tribunal as soon as it is constituted. Once duly constituted, the arbitral tribunal shall have exclusive jurisdiction with respect to any conservatory or interim measures.*’

60. Superior Court of Justice, CC No. 111,230/DF, S. E. Ltda. (*applicant*), Tribunal Arbitral do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá *et al.* (*respondents*), rapporteur Justice Nancy Andrichi, 8 May 2013; Superior Court of Justice, CC No. 139,519/RJ, Petróleo Brasileiro SA – Petrobras (*applicant*), Tribunal Arbitral do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá *et al.* (*respondents*), rapporteur Justice Napoleão Nunes Maia Filho, 11 October 2017; Superior Court of Justice, CC No. 150,830/PA, Agra Empreendimentos Imobiliários S.A. *et al.* (*applicant*), Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá *et al.* (*respondents*), rapporteur Justice Marco Aurélio Bellizze, 10 October 2018.

61. Superior Court of Justice, CC No. 159,162/AM, BNP Paribas (*applicant*), Court of the International Chamber of Commerce *et al.* (*respondents*), rapporteur Justice Maria Isabel Gallotti, 9 December 2020.

62. Horacio A. Grigera Naón, ‘Competing Orders Between Courts of Law and Arbitral Tribunals: Latin American Experience’ in Gerald Aksen *et al.* (eds) *Liber Amicorum in honour of Robert Briner – Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution* (ICC Publishing 2005).

together with the substantive merits of the claim. It follows that a party which objects to jurisdiction will have to enter a plea on the merits subject to the court entering a default judgment in favour of the claimant if the objection ultimately fails (Arts. 336 and 337 BCCP). Accordingly, provided the party timely argues that the dispute should be referred to arbitration, it will not be deemed to have submitted to the court's jurisdiction if it makes submissions to the merits or even if it raises a counterclaim.⁶³

II.G. Setting Aside of Arbitral Awards and Remedies

As mentioned, Brazilian courts adopt a narrow and strict approach towards applications to set aside arbitral awards. In the paragraphs that follow, the grounds for challenge (II.G.1), the procedure for challenging the award (II.G.2), and available remedies (II.G.3) shall be addressed in turn.

II.G.1. Grounds for challenge

The grounds for challenging an award made in Brazil are as follows (Art. 32 BAA):

- *the arbitration agreement is null and void (section I);*
- *the award emanated from someone who could not act as an arbitrator (section II).*

This ground is confined to cases where any of the arbitrators were under some incapacity to act, or the arbitral tribunal was improperly constituted.

- *the award is not reasoned, not signed or otherwise does not contain certain specific information (e.g. a summary of the facts and of the proceedings; the name of the parties; the date and place of the award) (section III).*

An award will only be set aside under this ground provided that the challenging party suffered harm as a direct result of the award's failure to comply with any formalities. If the application is successful, proceedings will typically be remanded to the arbitral tribunal so as it may correct any formal defects in the award.

- *the award was issued outside the limits of the arbitration agreement (section IV).*

According to some authors, the failure of the arbitral tribunal to apply the law chosen by the parties to govern the merits of the dispute may warrant a challenge under this section.⁶⁴ That said, even if ultimately established as an available vacatur ground, the threshold for annulment on this basis would be extremely high. Arguably, a party would have to show that the arbitrators knew, or should have known, of the existence of the law and explicitly failed to apply it in whole.

63. Superior Court of Justice, AgInt no REsp No. 1.897.758/PR, Todo Insumos SRL (*appellant*), RNA Imports do Brasil – EIRELI (*appellee*), rapporteur Justice Raul Araújo, 27 September 2021.

64. Guilherme Rizzo Amaral, *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent? A Comparative Study of UK, US and Brazilian Law and Practice* (Wildy, Simmonds & Hill Publishing 2017).

- *the award was obtained by virtue of malfeasance, bribery, or corruption (section V);*
- *the award was rendered after the time-limit set by the parties, provided the tribunal had reasonable notice of the deadline (section VI);*
- *the award was rendered in breach of due process, equal treatment of the parties, or impartiality/independence of the arbitrator(s) (section VII).*

The STJ has consistently held that the rejection by the tribunal of requests to produce evidence does not warrant setting aside the award.⁶⁵ Also indicative of the deference of Brazilian courts towards arbitral awards, the STJ, in a decision which followed the long held position of the appellate courts⁶⁶, recently confirmed that where the arbitrators take an issue which has not been specifically pleaded by the parties or requalifies the facts alleged by them in the proceedings this will not entail a breach of due process.⁶⁷⁻⁶⁸

Aside from the expressly listed grounds, arbitration awards may also be set aside if they are contrary to substantive public policy (*i.e.* if the award violates overriding mandatory provisions of Brazilian law). This vacatur ground is considered to be well established by commentary and parties will often plead it when applying to set aside an award.⁶⁹ That said, there is only limited caselaw in support of public policy as a ground for setting aside the

65. Superior Court of Justice, REsp No. 1,500,667/RJ, Chaval Navegação Ltda. (*appellant*), Liebherr Brasil – Guindastes e Máquinas Operatrizes Ltda. (*appellee*), rapporteur Justice João Otávio de Noronha, 9 August 2016; Superior Court of Justice, REsp No. 1,203,359/RJ, PetroRio O&G Exploração e Produção de Petróleo Ltda. (*appellant*), Tuscany Rig Leasing SA and Great Oil Perfurações Brasil Ltda. (*appellee*), rapporteur Justice Marco Aurélio Bellizze, 11 May 2021.

66. São Paulo Appellate Court, No. 0214068-16.2010.8.26.0100, Matlinpatterson Global Opportunities Partners LI LP *et al.* (*appellants*), VRG Linhas Aéreas S/A (*appellee*), rapporteur Appellate Judge Roberto Mac Cracken, 16 October 2012; São Paulo Appellate Court, No. 0133123-71.2012.8.26.0100, TEC Incorporações e Empreendimentos Imobiliários S/A (*appellant*), Patrimonial Volga Ltda (*appellee*), rapporteur Appellate Judge Fortes Barbosa, 7 November 2013; Rio de Janeiro Appellate Court, No. 0404529-38.2013.8.19.0001, Statkraft Energias Renováveis S.A. (*appellant*), PJ6 Participações Ltda *et al.* (*appellee*), rapporteur Appellate Judge André Ribeiro, 6 June 2017.

67. Superior Court of Justice, REsp No. 1,636,102/SP, TEC Incorporações e Empreendimentos Imobiliários S/A (*appellant*), Patrimonial Volga Ltda (*appellee*), rapporteur Justice Ricardo Villas Boas Cueva, 13 June 2017.

68. This position has come under criticism insofar as it is at odds with how other important jurisdictions handle the same issue, such as England, Singapore, Switzerland, and France (*e.g.* Rafael Francisco Alves, 'Chapter 3: Country Report: Brazil' in Franco Ferrari, Friedrich Jakob Rosenfeld *et al.* (eds), *Due Process as a Limit to Discretion in International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2020)). It is also inconsistent with the rule applicable to court proceedings in Brazil. Pursuant to Art. 10 BCCP, courts are precluded from taking novel issues of either law or fact *sua sponte* without first allowing the parties to address them. If this duty is breached, the court's decision is completely invalid and may be quashed on appeal. In view of this, parties often include wording in the terms of reference or Procedural Order Number 1, as the case may be, compelling the arbitral tribunal to hear the parties prior to taking any issue which has not been previously raised in the course of the proceedings.

69. Carlos Alberto Carmona. *Arbitragem e Processo* (Editora Atlas 2009) p. 416; Ruy Rosado de Aguiar, 'Arbitragem, os Precedentes e a Ordem Pública' (2019) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: edição comemorativa 30 anos do STJ 193.

award⁷⁰ and, to date, the few statements by the STJ to this effect were all made in obiter.⁷¹ Accordingly, there is little guidance as to what may amount to a qualifying breach of public policy.

II.G.2. Procedure for challenge

Challenges must be filed within a 90-day time limit (counted in calendar days), which starts to run as of the date the losing party has been served with the award or, where applicable, the decision on a request for clarification.⁷² As held by the STJ, this time limit applies to the challenge of both partial and final awards.⁷³ It follows that the judgment debtor will likely not be able to afford waiting until after proceedings are closed to apply to have a partial award vacated, at the risk of losing the right to challenge.

The challenge will be heard by a lower court judge, whose decision is appealable to the competent appellate court and then either to the STJ, exclusively for non-constitutional matters, or the Supreme Court (“STF”), exclusively for constitutional matters. In principle, a decision by the STJ may be further appealed to the STF. It is nevertheless extremely rare in practice for decisions concerning arbitration to ever reach the STF, either directly or by virtue of an appeal from the STJ.⁷⁴

The annulment court has broad powers to reopen the proceedings to investigate the grounds for challenge. Similarly, the parties’ rights pertaining to pleadings and evidence are not restricted. That said, the annulment court is precluded from re-examining the merits of

-
70. Recently, the São Paulo Appellate Court found that an award which ordered the claimant’s claim to be set off against the respondent’s liability was in breach of substantive public policy insofar as the respondent was facing insolvency proceedings and thus set off violated the rule against unequal treatment of creditors (often referred to as the *par condicio creditorum* or *pari passu* principle). See: São Paulo Appellate Court, No. 1051567-83.2019.8.26.0100, UNIMED – Volta Redonda (*appellant*), UNIMED Paulistana Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico (*appellee*), rapporteur Appellate Judge Natan Zelinschi de Arruda, 16 November 2022.
 71. Superior Court of Justice, REsp No. 1,660,963/SP, GSC Administração e Participações S.A. (*appellant*), C.A.P. (*appellee*), rapporteur Justice Marco Aurélio Bellizze, 26 March 2019; Superior Court of Justice, REsp No. 1,862,147/MG, EMSA – Empresa Sul-Americana de Montagens S/A (*appellant*), AQUAMEC Tratamento de Águas Ltda *et al.* (*appellees*), rapporteur Justice Marco Aurélio Bellizze, 14 September 2021.
 72. Even in the absence of specific agreement to this effect, a party is entitled to request the arbitral tribunal to correct any clerical errors in the award, clarify any obscurity, doubt, or contradiction, or remedy an omission within five days after receiving notice of the award (Art. 30, BAA). Unless otherwise agreed, the tribunal shall have 10 days to rule on the request and, if necessary, render an additional award (Art. 30, sole paragraph, BAA).
 73. Superior Court of Justice, REsp No. 1,519,041/RJ, Termopernambuco S.A. (*appellant*), Companhia Pernambucana de Gás Copergás (*appellee*), rapporteur Justice Marco Aurélio Bellizze, 1 September 2015.
 74. Although any party may appeal to the STJ and to the STF as of right, in each case the appeal must first be certified by the immediately lower court (which will be either the competent appellate court, in the case of an appeal to the STJ or the STF, or the STJ itself, in the case a decision by this court is further appealed to the STF). Additionally, only appeals on points of law are allowed and, in the case of the STF, there is an additional requirement that the appeal must also concern an issue of general public importance.

the case. As such, it cannot review the tribunal's assessment of evidence, interpretation of claims (= requalification) or fact-finding.⁷⁵

A ground for challenge may only be invoked if it could not have been raised in the course of the proceedings, notwithstanding appropriate care. Objections going to the validity of the arbitration agreement or the impartiality and independence of arbitrators must be raised at the earliest opportunity once proceedings have commenced (Art. 20, BAA). The failure to raise a challenge without delay will likely result in the forfeiture of the right to seek the annulment of the award on that basis.⁷⁶ This has recently been confirmed by the São Paulo Appellate Court in a decision rendered on 22 November 2022.⁷⁷

II.G.3. Remedies available to the challenging party

On an application to vacate the award, the court may either (i) confirm the award; or (ii) set it aside in whole or in part. If the award is set aside only in part, the case will be remanded to the arbitrators for a new decision (Art. 33, paragraph 2nd, BAA). This will be the case where the defect in the award pertains to a specific act or omission of the tribunal during the proceedings, rather than to the tribunal's substantive jurisdiction to hear the case or to the independence and impartiality of the arbitrators.

The pendency of a challenge to the award does not prevent its enforcement.⁷⁸ For the enforcement of the award to be stayed or otherwise prevented, the challenging party must first obtain an interim injunction. The conditions for obtaining such an injunction are the same as for provisional relief.⁷⁹

II.H. Recognition and Enforcement of Arbitral Awards

With respect to the recognition and enforcement of arbitral awards, different rules apply to domestic awards – where the seat of arbitration is in Brazil – and to foreign awards – where the seat of arbitration is elsewhere.

75. Superior Court of Justice, AgInt AREsp 1,662,996/SP, Nilson Correa da Silva *et al.* (*appellants*), Nelson Laks Eizirik *et al.* (*appellees*), rapporteur Justice Maria Isabel Gallotti, 2 May 2022; Superior Court of Justice, REsp 1,928,951/TO, Leonardo Rizzo Participações Imobiliárias Ltda. (*appellant*), Adalberto Pereira Neto (*appellee*), rapporteur Justice Nancy Andrichi, 15 February 2022.

76. São Paulo Appellate Court, No. 1048961-82.2019.8.26.0100, L.F.D.M. *et al.* (*appellants*), V.D.I.E.E. Ltda. *et al.* (*appellees*), rapporteur Appellate Judge Azuma Nishi, 10 March 2021.

77. São Paulo Appellate Court, No. 1097621-39.2021.8.26.0100, Raphael Brandão Moreira e Brandão & Valgas Serviços Médicos Ltda. (*appellants*), ESHO Empresa de Serviços Hospitalares S.A. (*appellee*), rapporteur Appellate Judge Jorge Tosta, 22 November 2022.

78. Superior Court of Justice, REsp No. 1,636,113/SP, UTC Desenvolvimento Imobiliário S/A and Patrimonial Volga Ltda. (*appellants*), PATRI Sete Empreendimentos Imobiliários Ltda. (*appellee*), rapporteur Justice Ricardo Villas Bôas Cueva, 13 June 2017.

79. Significantly, unlike other systems, injunctions are available as of right and are not subject to the discretion of the court. Accordingly, provided the requirements for provisional relief, set out above, are made out on the facts, the court must grant the injunction.

II.H.1. Enforcement of domestic awards

Under Brazilian law an arbitral award is, for all legal intents and purposes, tantamount to a court judgment (Arts. 18, BAA). As a result, domestic awards are not subject to recognition and thus may be enforced immediately (Art. 31, BAA). Unlike other jurisdictions, where different rules apply depending on whether the party is seeking the enforcement of money or non-money judgments, in Brazil both types of judgments are given effect by way of the same summary procedure. The claim must be filed before a first instance judge and is subject to appeal.

A party may seek enforcement of both final and partial awards. In turn, different rules apply to the enforcement of interim measures (see *Interim Measures and Court Assistance*).

The defendant may resist enforcement of the arbitral award under the same limited grounds available for challenge outlined above, which must be raised within the 90-day statutory time limit for bringing a setting aside claim (Art. 33, paragraph 1st, BAA). As explained, the same time limit applies to both final and partial awards.

If the party fails to apply for the award to be vacated or does not raise a substantive defence against enforcement within this time limit, it will be barred from seeking a remedy. If the winning party delays enforcement of the award until after the 90-day time limit, the losing party which intends to challenge it will have no choice but to commence proceedings itself at an earlier date.

In the event the defendant fails to timely challenge the award, it can still move to set aside any execution measures ordered by the enforcement court (such as attachment orders) under the following grounds: (i) procedural defects in connection with the attachment of assets; (ii) the existence of parallel enforcement proceedings over the same judgment debt; (iii) any cause that modifies or discharges the obligation, such as payment, novation, set-off, settlement or expiry of a limitation period, provided it has arisen after the arbitral award was rendered (Art. 525 BCCP).

If a substantive defence against enforcement is raised, the same considerations as to evidence and procedure laid down above in connection with setting aside claims apply. The standard of review is likewise the same. Further, unless the judgment debtor obtains an injunction, the execution against its assets will proceed as if no defence was raised and thus will not be stayed pending disposal of the defendant's objections to the validity of the award.⁸⁰

80. Note that a different rule applies for the specific performance of contracts containing an arbitration clause. Under Brazilian law, if the contract is signed by two witnesses and contains obligations of an enforceable type (namely, a debt or an obligation to perform or not to perform a specific action), it will be capable of specific performance (Art. 784, III, BCCP). Provided such formal requirements are satisfied, a claim of specific performance is for summary judgment and will be brought before the court, regardless of whether or not the contract contains an arbitration clause (Superior Court of Justice, REsp No. 1,465,535/SP, Fundação Patrimônio Histórico da Energia e Saneamento (*appellant*), Corumbataí Eletricidade Ltda. (*appellee*), rapporteur Justice Luis Felipe Salomão, 21 June 2016). However, if the remedy of specific performance is available but the contract contains an arbitration clause, the court will lack jurisdiction over a substantive defence. Accordingly, should the defendant wish to raise a defence going to the substance of the claim, it must initiate a self-standing arbitration against the other party, in which case court proceedings will be stayed during the pendency of the arbitration. See: Superior Court of Justice, REsp 1,949,566/SP, Homero

Brazilian courts have remained cautious in setting aside arbitral awards.⁸¹ In recent years, the São Paulo Appellate Court, which is representative of the practice of other local courts across Brazil, annulled only very few awards, based on the following grounds:⁸² (i) violation of substantive public policy;⁸³ (ii) unequal treatment of the parties;⁸⁴ and (iii) breach of the tribunal's duty of impartiality due to the non-disclosure of a qualifying conflict of interest by one of the arbitrators.⁸⁵⁻⁸⁶ Further, in yet another demonstration of the reluctance of Brazilian courts to vacate arbitral awards, on a 21 June 2022 decision the STJ clarified that matters raised in annulment proceedings cannot be relitigated at the enforcement stage, thereby fostering the finality of arbitral awards under Brazilian law.⁸⁷

II.H.2. Recognition and enforcement of foreign awards

Foreign arbitral awards must first be recognized by the STJ prior to being enforced (Arts. 34 *et seq.* BAA). The operative principles and applicable rules in respect of recognition are set out in Arts. 34 *et seq.* BAA, the internal rules of the STJ and the NYC. The BAA does not contain rules on the recognition and enforcement of interim relief by foreign-seated tribunals. However, the STJ has already held that conservatory or provisional measures granted by foreign tribunals may, just like partial and final awards, be subject to summary recognition proceedings provided they are also enforceable at the seat of arbitration.⁸⁸

de Mario Jorge Luiz Costa Vieira Olivetto (*appellant*), Shi Consultoria e Gestão Empresarial Ltda. (*appellee*), rapporteur Justice Luis Felipe Salomão, 14 September 2021.

81. Bárbara Pombo, 'Tribunais anularam 19% das sentenças arbitrais questionadas' (*Valor Econômico*, 15 July 2021) [<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/07/15/tribunais-anularam-19-das-sentencas-arbitrais-questionadas.ghtml>], accessed on 19 April 2023.
82. In a decision which attracted particular attention, the State Court of São Paulo upheld an arbitral award rendered in a dispute over the multibillion-dollar sale of a pulp producer, dismissing allegations that (i) the proceeding was tainted by a cyberattack, (ii) the arbitrator had failed to disclose relevant facts and (iii) the arbitral tribunal had overstepped its jurisdiction (As reported in Global Arbitration Review: Cosmo Sanderson, 'Brazilian pulp award survives hacking allegations' (*GAR*, 4 August 2022) [<https://globalarbitrationreview.com/article/brazilian-pulp-award-survives-hacking-allegations>], accessed 19 April 2023). This decision has been appealed to the São Paulo Appellate Court and thus is not yet final.
83. São Paulo Appellate Court, No. 1051567-83.2019.8.26.0100, UNIMED – Volta Redonda (*appellant*), UNIMED Paulistana Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico (*appellee*), rapporteur Appellate Judge Natan Zelinschi de Arruda, 16 November 2022.
84. São Paulo Appellate Court, No. 1066484-54.2019.8.26.0053, Companhia do Metropolitanano de São Paulo – Metrô (*appellants*), Consórcio Linha Amarela (*appellee*), rapporteur Appellate Judge Luís Francisco Aguililar Cortez, 27 April 2021.
85. São Paulo Appellate Court, No. 1055194-66.2017.8.26.0100, M. R. do B. R. S.A. (*appellant*), S. S. G. S.A. (*appellee*), rapporteur Appellate Judge Erickson Gavazza Marques, 6 August 2021.
86. São Paulo Appellate Court, No. 1056400-47.2019.8.26.0100, L. H. DE S. F. (*appellant*), B. I. P. E. A. S.A. (*appellee*), rapporteur Appellate Judge Fortes Barbosa, 25 August 2020.
87. Superior Court of Justice, REsp No. 2,001,912/GO, Rhaine Nunes Cardoso *et al.*, (*appellants*), Genesi de Jesus Melo (*appellee*), rapporteur Justice Nancy Andrighi, 21 June 2022.
88. See: Superior Court of Justice, HDJ No. 3,671/US, Alperton Capital Ltd (*applicant*), Constellation Overseas Ltd (*respondent*), rapporteur Justice João Otávio de Noronha, 29 November 2019. Note, however, that it is

The STJ is competent to hear the recognition application and its decision is final.⁸⁹ The grounds for refusing recognition are set out in Arts. 38 and 39 BAA, which mirror Arts. V and VI NYC.

Whilst the STJ has consistently held that, out of considerations of international comity, recognition of the award turns on the verification of mere formal requirements,⁹⁰ it has applied a more stringent standard of review where it would be contrary to Brazilian public policy. In a landmark decision, the court denied recognition of an award rendered by a tribunal in which the chairman was found to have lacked impartiality and the tribunal's assessment of damages was contrary to mandatory rules of Brazilian law.⁹¹ Arguably, the same reasoning would apply to cases in which the award was either obtained or influenced by a criminal offence.

There is no requirement of double *exequatur* (Art. 35 BAA). Accordingly, although the foreign arbitration award must first be recognized by the STJ before it can be enforced, there is no further requirement that it must also be confirmed in its home jurisdiction.⁹²

questionable whether this decision amounts to sufficient authority in favour of the proposition that interim relief by foreign tribunals is subject to the same recognition proceeding as partial and final awards. In addition to being a single-justice decision, it is the only one of its kind. Consequently, it is uncertain whether the full court, if given the chance to revisit the matter, would have agreed that this was indeed the applicable procedure.

89. The application must be made to the President of the STJ, who is authorized to grant emergency relief. After being served with the claim, the respondent party has 15 business days to submit a defense. Failure to submit a defense in time will entail the immediate recognition of the award, thereby authorizing the claimant to enter judgment on the award in the same way as if it was a domestic award. At enforcement, the respondent is not entitled to raise a challenge under Arts. 32 and 33 BAA and is thereupon limited to the formal grounds bearing on whatever execution orders are eventually made by the court. If, however, the respondent submits a defense to recognition, the application will be transferred to the Special Court of the STJ – composed of the 15 most senior justices of the court across all three of its divisions – and proceed to trial. There are two rounds of pleadings and a hearing, but joinder and rejoinder are subject to shorter time limits.
90. Superior Court of Justice, HDE No. 5,431/EX, Noble Resources International PTE Ltd. (*applicant*), Full Comex Trading S.A. (*respondents*), rapporteur Justice Francisco Falcão, 3 August 2022; Superior Court of Justice, HDE No. 3,876/EX, ELECNOR Peru S.A.C. (*applicant*), CNO S.A. (*respondent*), rapporteur Justice Og Fernandes, 1 August 2022.
91. Superior Court of Justice, SEC No. 9,412/EX, ASA Bioenergy Holding AG *et al.* (*applicant*), Adriano Gianetti Dedini Ometto (*respondent*), rapporteur Justice Feliz Fischer, 19 April 2017.
92. In contrast, despite a decision by the STJ to the contrary (see footnote 82 above), double *exequatur* is arguably a requirement for the enforcement of interim relief by foreign tribunals. This is because, according to discussions in the Senate regarding the bill which became the BAA, the BCCP should apply to fill any gaps in the BAA in connection with matters of recognition and enforcement of foreign arbitral awards (see, *Bill Proposal*). Accordingly, inasmuch as the BAA is silent in this respect, the specific rules set out in Arts. 36, 515, IX, and 962, paragraph 1st, of the BCCP, which effectively impose a requirement of double *exequatur* for the enforcement of foreign interim measures, should apply by analogy. That said, even in the absence of a requirement of double *exequatur*, a recognition application before the STJ will typically be contested and, thus, may result in delay. It therefore remains the case that, by the time of enforcement, the risk the conservatory or provisional measure meant to neutralize will likely have already materialized. This approach compares unfavourably with other leading jurisdictions. Consider, for example, Art. 185a of the Swiss Private International Law Act, as amended, which allows a party to a foreign arbitration to request the direct assistance of the state court at the place where the interim measure is to be enforced.

As a condition for recognition the award must be final and conclusive and must not have been annulled at the arbitral seat (Art. 38, VI, BAA). This rule has been strictly applied by the STJ, admitting no exception.⁹³ It follows that, unlike in other hotspot jurisdictions for arbitration, the STJ will not scrutinize the decision by the courts of the seat which annulled the arbitral award.

In the same vein as the enforcement of awards, the few decisions rendered by the STJ on applications for the recognition of foreign awards in 2022 were all in favour of recognition.⁹⁴

III. CONCLUSION

Brazilian arbitration law rests fundamentally on the principle of party autonomy and seeks to be highly supportive of arbitration. Accordingly, it affords parties wide discretion to agree upon the procedural aspects of the arbitration and, in our view, strikes a sensible balance between court review of the parties' choices and the jurisdiction of arbitral tribunals.

Except when the arbitration clause is manifestly void, inoperative or incapable of being enforced, courts can only intervene, by either granting a stay or an injunction, at the very earliest of stages in the arbitration and never after the tribunal has already been constituted. Even in cases where an injunction or stay is ultimately granted, the party seeking to rely on the arbitration clause may avail itself of a procedure for appealing directly to the STJ from the lower court, bypassing the competent Appellate Court. The BAA also provides for very restrictive grounds for challenging the arbitral award, which, in any case, are only reluctantly enforced by Brazilian courts. In this respect, although courts are entitled to review the tribunal's jurisdiction after the award is rendered, wide deference is given to the decision of the tribunal and the process that led to it.

Overall, this makes Brazil a highly reliable seat, which offers predictable court support to arbitration proceedings and an enhanced degree of legal certainty when compared to regional peers.

In addition to the prowess of Brazilian courts as *juge d'appui*, Brazilian arbitration centres have updated their rules to fall in line with best practices adopted by world-class institutions.

93. Superior Court of Justice, SEC No. 5,782/EX, EDF International S/A (*applicant*), ENDESA Latinoamérica S/A and YPF S/A (*respondent*), rapporteur Justice Jorge Mussi, 2 December 2015.

94. Superior Court of Justice, SEC No. 5,431/EX, Noble Resources International Pte Ltd. (*applicant*), Full Comex Trading S.A. (*respondent*), rapporteur Justice Francisco Falcão, 3 August 2022; Superior Court of Justice, SEC No. 3,876/EX, Elecnor Peru S.A.C. (*applicant*), CNO S.A. (*respondent*), rapporteur Justice OG Fernandes, 1 August 2022; Superior Court of Justice, AgInt SEC No. 3,233/EX, Duroline Indústria e Comércio de Materiais de Fricção Ltda. (*appellant*), Stemco Products LLP (*appellee*), rapporteur Justice Paulo de Tarso Sanseverino, 12 April 2022.

Last, despite not being a member of the international investment protection regime,⁹⁵ Brazil compensates for its lack of investment treaties by largely resolving complex disputes between investors and the state by way of commercial arbitration. To be sure, despite a small reduction in the number of new cases involving state parties between 2020 and 2021,⁹⁶ the upward trend in the use of arbitration for large-scale investor-state disputes shows no sign of abating, not in the least in strategic sectors such as energy and oil and gas, where arbitration is by far the preferred method of dispute resolution of regulators and public utilities.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Arbitragem

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A arbitragem no Brasil. Notas de um árbitro português, de José Miguel Júdice – RArb 67/295-300; e
- História e perspectivas da arbitragem no Brasil, de Carlos Augusto da Silveira Lobo – RArb 50/79-94.

95. Brazil is not a signatory member of ICSID and does not have a single investment treaty providing for investor-state dispute settlement (ISDS).

96. In 2021, around 8.5 per cent of the total number of new arbitrations involved state parties, a 0.4 per cent reduction from the previous year (*Arbitration Research 2020/2021*).

THE ROLE OF THE PARTIES IN ASCERTAINING IMPARTIALITY AND INDEPENDENCE OF THE ARBITRATOR IN INTERNATIONAL ARBITRATION: TOWARDS THE RECOGNITION OF A DUTY TO INVESTIGATE

O PAPEL DAS PARTES NA AFERIÇÃO DA IMPARCIALIDADE E INDEPENDÊNCIA DO ÁRBITRO EM ARBITRAGENS INTERNACIONAIS: EM DIREÇÃO AO RECONHECIMENTO DE UM DEVER DE INVESTIGAÇÃO

ALINE DE MIRANDA VALVERDE TERRA

Doutora e Mestre em Direito Civil pela UERJ. *Master of Laws* em *International Dispute Resolution* pela Queen Mary University of London. Professora de Direito Civil na Graduação e Pós-Graduação *stricto sensu* da UERJ e da PUC-Rio. Coordenadora adjunta do Mestrado Profissional em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica da PUC-Rio.
aline@amvt.com.br

ÁREA DO DIREITO: Arbitragem

ABSTRACT: The duty to disclose is the main mechanism for ensuring the arbitrator's integrity and promoting the legitimacy of international arbitration. Little attention has been paid to the parties' duty to investigate, which has contributed to the adoption of malicious tactics and opportunistic inertia by the parties at the beginning of the proceedings. This paper analyses whether the parties have a duty to investigate in international arbitrations seated in England, France and Switzerland, and suggests some parameters to identify what information should be investigated by them. Literature review and court decisions' analysis through inductive methodology revealed, firstly, that the greater the importance ascribed to the duty to disclose in a given legal system, the narrower the scope of the duty to investigate, and, secondly, that civil law jurisdictions are more likely

RESUMO: O dever de revelação encerra o principal mecanismo de aferição da integridade do árbitro e promoção da legitimidade da arbitragem internacional. Pouca atenção tem sido dedicada ao dever de investigação das partes, o que tem contribuído para a adoção de táticas maliciosas e inércia oportunista no início do procedimento. Este artigo analisa se as partes ostentam o dever de investigar em arbitragens internacionais com sede na Inglaterra, na França e na Suíça, e sugere alguns parâmetros para identificar quais informações devem ser investigadas por elas. A revisão da literatura e a análise das decisões judiciais por meio da metodologia indutiva revelaram, em primeiro lugar, que quanto maior a importância atribuída ao dever de revelação em determinado ordenamento jurídico, mais restrito é o âmbito do dever de investigação e, em segundo lugar,

to recognise the existence of a duty to investigate than common law jurisdictions. Considering the diversity of approaches in different jurisdictions and given the importance of the duty to investigate in promoting the legitimacy of international arbitration, it would be recommended that institutional rules or the IBA Guidelines stipulated it. However, institutional rules usually do not impose such a duty on the parties, and the IBA Guidelines, recently updated in its latest 2024 version, impose a narrow duty to investigate on them, restricted to information which they must disclose regarding possible conflicts of interest with the arbitrator. The paper concludes that parties should have a broader duty to investigate, encompassing reasonably accessible information related to the arbitrator, and proposes that, to ascertain whether the parties fulfilled such duty, their conduct should be compared with the standard of diligent conduct, which establishes the level of effort in investigating information that should be expected from the party in each situation.

KEYWORDS: Duty to disclose – Duty to investigate – Information – Integrity – Legitimacy.

que as jurisdições de *civil law* são mais propensas a reconhecer a existência de um dever de investigar do que as jurisdições de *common law*. Considerando referida diversidade de abordagens nas diferentes jurisdições e dada a importância do dever de investigação na promoção da legitimidade da arbitragem internacional, seria recomendado que as regras institucionais ou as Diretrizes da IBA, atualizadas em 2024, o estipulassem. No entanto, constata-se que as normas institucionais geralmente não atribuem referido dever às partes, enquanto as Diretrizes da IBA lhes impõem um dever restrito de investigação, limitado às informações que elas devem revelar relativas a possíveis conflitos de interesses com o árbitro. O artigo conclui que as partes deveriam ter um dever de investigação mais amplo do que o que se tem verificado no cenário internacional, abrangendo informações razoavelmente acessíveis relacionadas ao árbitro, e propõe que, para apurar se as partes cumpriram tal dever, sua conduta seja comparada com o padrão de conduta diligente, que estabelece o nível de esforço na investigação das informações que se deve esperar da parte em cada situação concreta.

PALAVRAS-CHAVE: Dever de revelação – Dever de investigação – Informação – Integridade – Legitimidade.

SUMÁRIO: 1. Introduction. 2. Ascertaining the independence and impartiality of the arbitrator. 2.1. The importance of the independence and impartiality of the arbitrator. 2.2. The content of the arbitrator's duty to disclose. 3. Widening the focus: imposing a duty to investigate on the parties. 3.1. The parties' duty to inform. 3.2. Why the parties should have broader duties in ascertaining the independence and impartiality of the arbitrator. 3.3. Investigating the existence of a duty to investigate in arbitrations seated in England, France, and Switzerland. 4. Towards the recognition of a duty to investigate in international commercial arbitration: a proposition. 5. Conclusion. 6. Bibliography.

1. INTRODUCTION

It is almost universally accepted that international arbitrators must observe ethical duties to ensure respect for the rule of law and due process of law during arbitral proceedings. The growth of international commercial arbitration as a private method for resolving

disputes in recent decades has brought the ethical standards that must be adopted by arbitrators to public debate. Indeed, such discussion is of paramount importance, after all, confidence in the arbitrators' 'integrity is the Alpha and Omega of the legitimacy of the process'¹.

National arbitration laws, institutional arbitration rules and 'codes of ethics' or 'good practice guidelines' adopted by several local and international organizations – such as the International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (IBA Guidelines), in both its 2014 and 2024 versions – have set out some ethical obligations of arbitrators. Despite the variety of sources, there is broad agreement regarding the two main ethical duties imposed on the arbitrator: impartiality and independence.

The concept of impartiality and independence in international arbitration, however, remains a work in progress², and there is no clear consensus about its meaning. In general terms, there is a tendency to affirm that impartiality requires subjective analysis since it is related to the state of mind of the arbitrator embodied in 'the absence of bias or predisposition towards one of the parties'³, whilst independence requires objective analysis, since it is related to the arbitrator's 'relationship with a party in the arbitration or its counsel, be it of a financial, professional or personal nature.'⁴ Strictly speaking, it is possible to say that the notion of 'impartiality subsumes that of independence, since an arbitrator whose interests lie with a party, or with the outcome of a case, is unlikely to be perceived as impartial.'⁵

In short, impartiality and independence impose on the arbitrator the duty to be equidistant from both the parties and the issues in dispute. And the primary way established by rules, statutes, and guidelines to allow the parties to assess the arbitrators' ability not to be influenced by factors other than those related to the merits of the case and presented by the parties during the arbitral proceedings is by imposing the duty to disclose facts and circumstances that would or might give rise to doubts about their impartiality and independence. Therefore, whilst the duties to be impartial and independent are substantive duties, the duty to disclose is instrumental, as it aims to ensure that the arbitrator complies with the first two.

Be that as it may, if there are debates regarding the concept of impartiality and independence, the scope of the duty to disclose is equally disputed. Scholars assert, on the one hand, that the arbitrator must disclose every potential conflict of interest⁶, and on the other hand, that the arbitrator must not reveal unnecessary information, at the risk of creating an

1. J Paulsson, *The Idea of Arbitration* (OUP Oxford 2013) 147.
2. DA. Lawson, 'Impartiality and Independence of International Arbitrators – Commentary on the 2004 IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration' (2005) 23 (1) ASA Bulletin 25.
3. K Daele, *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*, vol 24 (Kluwer Law International 2012) 366.
4. *ibid* 270-271.
5. Paulsson (n 2) 149.
6. KF Gómez, *Key Duties of International Investment Arbitrators. A Transnational Study of Legal and Ethical Dilemma* (Springer 2019) 22 [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3490487], accessed 16 March 2022; GB Born, *International Commercial Arbitration* (3rd edn, Kluwer Law International 2021) 1925.

unfounded suspicion about their impartiality and independence⁷. Although it is well established in the literature that ‘the disclosure mechanism is not a panacea’⁸, it is still not clear where we should draw the line separating the facts and circumstances that must be disclosed by the arbitrator and those that must not, which raises many doubts about what should be disclosed⁹.

Ironically, despite the undeniable relevance of impartiality and independence of the arbitrator, rules, statutes, and guidelines have overly focused on the arbitrators and on information provided by them, minimizing the importance of the parties in the process of assessing the arbitrator’s impartiality and independence. This approach ignores, firstly, that, although arbitrators occupy a prominent place in arbitral proceedings, the parties are also protagonists and play an essential role in its regular development and in promoting legitimacy of the arbitration; and, secondly, that the parties in international commercial arbitration are usually sophisticated, qualified, and represented by highly experienced lawyers in this field, often being able to directly access information about the arbitrator.

The overemphasis on the relevance of the duty of disclosure and the underestimating of the role of the parties in assessing the arbitrator’s impartiality and independence have led to undesirable results. Among them is the adoption of passive conduct by the parties at the beginning of the proceedings in their search for relevant information about the arbitrator, which contrasts with the adoption of active conduct at the end of the proceedings aimed at finding out information about the arbitrator to annul an unfavourable award.

Such behaviour might be hindered if the arbitral community shed light on the parties and recognised their importance in the process of assessing the impartiality and independence of the arbitrator. The acknowledgement of the parties’ duty to investigate alongside the arbitrators’ duty to disclose could encourage more ethical behaviour among parties and avoid unnecessary annulments of awards, enhancing confidence in the effectiveness of arbitration.

Despite the importance of the issue, scholars pay it little attention, and not many studies are dedicated to this matter¹⁰. In order to help filling this gap, this paper aims: (i) to discuss

7. J Paulsson, ‘Ethics, Elitism, Eligibility’ (1997) 14 (4) *Journal of International Arbitration* 17; Daele (n 4) 36-37.
8. *ibid* 17; Gomez (n 7) 4 [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3490487], accessed 16 March 2022.
9. S Brekoulakis, WW Park and CA Rogers, Chapter 4: ‘Disclosure and Conflicts of Interest’ in International Council for Commercial Arbitration (ed), *ICCA Reports No. 4: Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration* vol 4 (International Council for Commercial Arbitration; ICCA & Kluwer Law International 2019); M Sweify, ‘Arbitrator Disclosure: In Defense of the Second Circuit Approach’ (2020) 44 (2) *Fordham International Law Journal* 532; C Menkel-Meadow, ‘Ethics Issues in Arbitration and Related Dispute Resolution Processes: What’s Happening and What’s Not’ (2022) 56 (4) *University of Miami Law Review* 961.
10. Among the few specific studies regarding this matter, see: RT Jacob, ‘Arbitrator or Private Investigator: Should the Arbitrator’s Duty to Disclose Include a Duty to Investigate – Abudullah E. Al-Harbi v. Citibank, N.A. and Citibank, A.S.’ (1997) 1 *Journal of Dispute Resolution*; S Angoura, ‘Interface between Arbitrators’ Disclosure and Parties’ Investigation Duties’ (2018) 36 (4) *ASA Bulletin* 913; A Westphalen and V Carriou, ‘The

the roles ascribed to the arbitrator and to the parties in the identification of relevant information regarding the arbitrator that may jeopardize his impartiality and independence; (ii) to analyse whether the parties have a duty to investigate in international arbitrations seated in England, France, and Switzerland; (iii) to investigate how it would be possible to impose a general duty to investigate in international arbitrations on the parties irrespective of the seat of the arbitration; and (iv) to suggest some parameters that would allow the identification of information which should be investigated by the parties and which should be disclosed by the arbitrators.

2. ASCERTAINING THE INDEPENDENCE AND IMPARTIALITY OF THE ARBITRATOR

2.1. *The importance of the independence and impartiality of the arbitrator*

Arbitration is a private system of resolving disputes which responds to the needs of market actors without state intervention¹¹ and is, therefore, based on trust. The legitimacy of arbitration depends on the trust of both the parties and the arbitral community in the *integrity* of the arbitrators, *i.e.*, their ability to decide about the facts of the dispute presented by the parties under the rules of law and the due process of law. The two core elements of integrity are, precisely, impartiality and independence.¹²

Despite the almost universal recognition of the relevance of independence and impartiality of the arbitrator, their definitions can be inconsistent. Indeed, national laws and institutional rules frequently use both terms as interchangeable concepts, and it is sometimes tricky, in practice, to distinguish between them¹³. Admittedly, on some occasions the concepts overlap; on others, they are easily distinguishable. In any case, it is usually accepted that impartiality is a subjective notion, whilst independence is an objective one¹⁴.

Impartiality relates to the state of mind of the arbitrator, and ‘addresses matters related to prejudice’¹⁵. A partial arbitrator favours one of the parties or prejudices the other in relation to the merits of the arbitration¹⁶.

Arbitrators’ Duty to Disclose and the Parties’ Duty to Investigate: What Are the Safeguard Mechanisms to Ensure the Independence and Impartiality of Arbitrators’ (2018) 6 *International Business Law Journal* 543.

11. S Brekoulakis, ‘Chapter 1: Introduction: The Evolution and Future of International Arbitration’ in Stavros Brekoulakis, Julian David Mathew Lew, et al. (eds), *The Evolution and Future of International Arbitration*, International Arbitration Law Library, vol 37 (Kluwer Law International 2016) para. 1.23.

12. Paulsson (n 2) 149.

13. Precisely because of that inconsistency, the Queen Mary survey results for 2018 revealed that 80% of the respondents think that arbitration rules should address standards of independence and impartiality for arbitrators (2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, Queen Mary University of London (2018) 34).

14. D Hascher, ‘Independence and Impartiality of Arbitrators: 3 issues’ (2012) 27 (4) *Am. U. Int’l L.* 792. [<https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1784&context=auilr&httpsredir=1&referer=>], accessed 16 March 2022.

15. WW Park, ‘Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent’ (2009) 46 (3) *San Diego Law Review* 635.

16. JM Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* (Kluwer Law International 2012) 293.

Certain social factors are not sufficient indicators, by themselves, of the arbitrator's lack of impartiality. Belonging to a political party or a professional organization does not mean that the arbitrator is predisposed to decide in favour of those who belong to the same group or against those who belong to a different group. Impartiality does not require the arbitrator not to be part of something¹⁷. Arbitrators are a product of their time and culture. Arbitrators have beliefs, ideologies, and convictions acquired through their experiences. And none of this can be considered a sign of partiality. Believing that it is possible to select a person as an arbitrator who is a '*tabula rasa*'¹⁸ means seeking someone who, indeed, does not exist.

Therefore, what must be analysed to verify whether the arbitrator is impartial is their capacity to depart from their subjective convictions and personal considerations, being able to decide on the facts presented by the parties based on the rule of law. This is what matters. This is what is possible and feasible. Beyond this, it is utopian. In this context, the arbitrator's partiality may be identified, for example, if he or she is bound by their positions expressed in books, articles, or previous cases about the specific issue of law object of the arbitration¹⁹.

Independence, on the other hand, is related to the presence of material or personal links between the arbitrator and one of the parties or people close to them or between the arbitrator and the case²⁰. As previously mentioned regarding impartiality, not every link should indicate an absence of independence. The arbitrator is a social being, who is always engaging in relationships with others. Finding a Robinson-Crusoe-arbitrator, who lives isolated and has no connection with anyone, would only be possible in Daniel Defoe's novel²¹. The prohibited connection between the party and arbitrator, then, is the one that denotes the arbitrator's subjection to the party, which would concretely limit his independence. That is the case, for example, of an arbitrator who has financial ties with one of the parties, and their remuneration depends on the result obtained by the said party in the arbitration proceeding.

In many jurisdictions, impartiality and independence are not only a matter of merely good arbitral practice but also one component of the arbitrator's statutory duties, which is the case of England, France, and Switzerland.

-
17. JC Fernández-Rozas, 'Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators' in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias Lozano (eds), *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (Wolters Kluwer España; La Ley 2010) 428.
 18. J Locke, *An Essay Concerning Human Understanding* (T. Tegg and Son London 1836) 51.
 19. A Crivellaro, 'The Arbitrator's Failure to Disclose Conflicts of Interest: Is It Per Se a Ground for Annulling the Award?' in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias Lozano (eds), *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (Wolters Kluwer España, La Ley 2010) 311.
 20. JC Fernández-Rozas, 'Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators', in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias Lozano (eds), *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (Wolters Kluwer España, La Ley 2010) 427.
 21. Daniel Defoe is the author of 'Robinson Crusoe', a novel about a man who uses his intelligence and skills to survive for many years on an uninhabited island.

Section 33 of the English Arbitration Act 1996 requires arbitrators to ‘act fairly and impartially as between the parties.’ The Act only mentions impartiality, and independence was deliberately not included in the text. According to the Departmental Advisory Committee on Arbitration Law (the DAC), ‘lack of independence, unless it gives rise to justifiable doubts about the impartiality of the arbitrator, is of no significance.’²² The DAC report also observed that ‘there may well be situations in which parties desire their arbitrators to have familiarity with a specific field, rather than being *entirely* independent’ (emphasis added)²³.

Therefore, the DAC report suggests that independence is not completely immaterial; rather, it is encompassed by the notion of impartiality, being relevant for assessing whether the arbitrator is impartial. Besides, the European Convention on Human Rights (ECHR) entitles everyone to a ‘fair and public hearing (...) by an independent and impartial tribunal’ (article 6(1)). Thus, since the Human Rights Act of 1998 came into force in the United Kingdom in October 2000 and incorporated the rights set out in the ECHR into domestic British law, independence has also been expressly required from the arbitrator²⁴.

Article 1456 of the French *Code de Procédure Civile*, in turn, lists both independence and impartiality as duties of the arbitrator, as well as article 179(6) of the Swiss International Private Law Act. The latter, however, used to mention only independence, and impartiality was included in the text of article 179(6) after the reform entered into force on 1 January 2021.

Independence and impartiality of the arbitrator are so crucial for the recognition of arbitration as a legitimate mechanism of dispute resolution that, although party autonomy is the cornerstone of arbitration, most national laws prohibit parties from selecting arbitrators who lack impartiality and/or independence²⁵.

Moreover, independence and impartiality are ongoing duties, which means that arbitrators must be impartial and independent at the beginning of the proceedings and shall remain so throughout the arbitral process, irrespective of who has nominated them²⁶: an appointing authority, one of the parties²⁷, or the other arbitrators. And to allow the parties to assess whether an arbitrator is independent and impartial, most national laws, institutional rules, and codes of conduct impose the duty of disclosure on the arbitrator, which will be analysed below.

22. Departmental Advisory Committee on Arbitration, *DAC Report on Arbitration Bill 1996*, para 101 (1996).

23. *ibid*, para 103.

24. English jurisprudence also requires independence from the arbitrator and recognises its distinction of the notion of impartiality. See *Magill v Porter* [2001] UKHL 67 para 88 and *Gillies v Secretary of State for Work and Pensions* [2006] UKHL 2 para. 38.

25. Born (n 7) 1783.

26. Crivellaro (n 20) 309.

27. Hascher (n 15) 795. [<https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1784&context=auilr&httpsredir=1&referer=>], accessed 16 March 2022.

2.2. *The content of the arbitrator's duty to disclose*

Several different sources impose the duty to disclose on the arbitrator. Almost all national laws, institutional rules, and codes of conduct require the prospective arbitrator to disclose any information which could cast doubt on their impartiality and independence. However, if the definition of impartiality and independence is debated in arbitration, the content of the duty to disclose is even more discussed, and there are many inconsistencies about its scope. Given such uncertainty, arbitrators may face real doubts as to what information they must reveal to the parties once asked to compose a particular arbitral tribunal.

On the one hand, in international arbitration, the approach *in dubio pro disclosure* is widely adopted, which means that any doubts regarding whether the arbitrator must disclose should be resolved in favour of disclosure²⁸. On the other hand, it is also argued that the arbitrator must not disclose immaterial matters or trivial information. Indeed, over-disclosure tends 'to exclude the honest and do very little to combat truly pernicious machinations,'²⁹ making it harder to obtain the expected result with the fulfilment of the duty of disclosure. In short, the arbitrator should be neither complacent nor austere, and should neither fail to disclose material facts, nor disclose irrelevant circumstances; the arbitrator must disclose the necessary and sufficient circumstances to attest to their impartiality and independence to the parties, neither more nor less.

Despite the importance of such considerations as general guidelines for the arbitrator, it is not possible to determine abstractly which information should be disclosed, and only on a case-by-case basis will they gain concreteness, revealing what the arbitrator must and must not reveal. In any case, however, it should be highlighted that the mere absence of disclosure does not denote the arbitrator's partiality or dependence³⁰.

Indeed, the duty to disclose is not an end in itself. It is an instrumental duty that aims to ratify the integrity of the arbitrator. Precisely because of that, in many jurisdictions, the failure to disclose neither results in the automatic removal of the arbitrator nor in setting aside the award, and it is necessary to ascertain whether the facts brought to light really raise doubts about the arbitrator's impartiality and independence.

In English law, the duty of disclosure is an implied legal obligation, a consequence of the statutory obligations of fairness and impartiality³¹, serving the purpose of avoiding any appearance of bias³². The absence of disclosure may 'give rise to justifiable doubts' as to the

28. Gómez (n 7) 22 [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3490487], accessed 16 March 2022.

29. J Paulsson, 'Ethics, Elitism, Eligibility' (1997) 14 (4) *Journal of International Arbitration* 17.

30. That is the prevailing understanding in English Courts. See *Halliburton Company v Chubb Bermuda Insurance Ltd*, [2020] UKSC 48 para 118. See also the General Standard 3(g) of the IBA Guidelines.

31. *Halliburton* (n 42) para. 78. See also P Hodges and J Greenaway, 'Chapter 15: Duties of Arbitrators' in Julian D.M. Lew, Harris Bor, et al. (eds), *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland*, (Kluwer Law International 2013) 299.

32. SYC Leung and ACH Chan, 'The duties of impartiality, disclosure, and confidentiality: lessons from a London-seated arbitration' (2021) 37 (3) *Arbitration International* 672. [https://academic.oup.com/arbitration/article/37/3/667/6319527?searchresult=1], accessed 16 March 2022.

arbitrator's impartiality, which entitles the parties to apply to the Court to remove the arbitrator under the English Arbitration Act, Section 24(1)(a).

English Courts apply an objective standard in assessing impartiality when facing allegations of potential arbitrator bias, walking away from any subjective viewpoint of the parties³³. Thus, the paradigm is not the party, but a 'fair-minded informed observer'.

In *Halliburton Company v Chubb Bermuda Insurance Ltd.*, for instance, one of the arbitrators, Mr. Rokison, on his appointment as the Chairman of the Arbitral Tribunal in June 2015, disclosed that he had previously acted as an arbitrator in several proceedings involving Chubb. In December 2015, Mr. Rokison was once again appointed as arbitrator by Chubb in a separate arbitration, which he did not disclose to Halliburton. When Halliburton found this out, they made an application to the High Court to replace Mr. Rokison, which was dismissed. The case was brought to the Supreme Court in November 2019.

The Supreme Court confirmed that, as to any allegation of apparent bias, 'we [are not] required to 'make windows into men's souls' in search of an animus against a party or any other actual bias, whether conscious or unconscious.³⁴ In the words of Lord Hodge, 'the important point is that the test in English law, involving the fair-minded and informed observer, requires objectivity and detachment in relation to the appearance of bias,³⁵ and is equally applied to arbitrators and judges.

The decision confirmed, moreover, that a fair-minded and informed observer need not be sure whether there was a real possibility of the existence of bias. It is sufficient that the facts that ought to have been disclosed may reasonably lead them to reach such a conclusion. Furthermore, the Supreme Court held that the mere failure to disclose is itself a factor that the fair-minded and informed observer may take into consideration when concluding whether there was a real possibility of bias. However, the identification of what is a reasonable cause to reach the conclusion of apparent bias will depend upon the distinctive customs and practices of the arbitration in question³⁶.

The *Halliburton* decision adopted the notion of 'fair-minded and informed observer' established in *Helow v Secretary of State for the Home Department*, a landmark decision on this matter³⁷. In this latter decision, Lord Hope explained that the *fair-minded* observer 'always reserves judgment on every point until she has seen and fully understood both sides of the argument, whilst the *informed* observer, before taking 'a balanced approach to any information she is given, she will take the trouble to inform herself on all matters that are relevant.'³⁸ In short, the fair-minded and informed observer is someone who forms their

33. P Hodges, 'Chapter 10: The View from the English Courts on Conflicts of Interest: Halliburton and Beyond' in Felix Dasser (ed), *Clear Path or Jungle in Commercial Arbitrators' Conflict of Interest?* ASA Special Series, vol 48 (Kluwer Law International 2021) 92.

34. *Halliburton* (n 32) para. 52.

35. *Halliburton* (n 32) para. 54.

36. *Halliburton* (n 32) para. 132-135.

37. *Halliburton* (n 32) para. 53.

38. *Helow v Secretary of State for the Home Department and another* [2008] UKHL 62 para. 2-3.

judgment after analysing the entire film, rather than only a static picture of a specific scene presented to them.

In reaching such conclusions in the *Halliburton* case, the Supreme Court reinforced the duty to disclose, obliging the arbitrator to disclose any fact which may give rise to the appearance of bias, even if that risk is not sufficient to remove the arbitrator. Nonetheless, the decision did not define any concrete parameter to guide the arbitrator in the analysis of what should be disclosed or not, the choice being at the discretion of the arbitrator considering the circumstances of the arbitration in question. This approach may lead the arbitrator to a problematic over-disclosure and may also stimulate meritless applications for the removal of arbitrators, which can introduce an undesired unpredictability to the arbitral proceedings in England under the English Arbitration Act.

Under French law, the duty to disclose is also a statutory obligation of the arbitrator provided for in Article 1456(2) FCPC, according to which '[b]efore accepting a mandate, an arbitrator shall disclose any circumstance that may affect his or her independence or impartiality.'

Considering that arbitrators must disclose circumstances affecting their independence and impartiality before their nomination, French Law determines, in Article 1458 FCPC, that the 'arbitrator can only be removed by unanimous consent of the parties. In the absence of unanimity, it is proceeded in accordance with the provisions of the last paragraph of article 1456', which establishes that 'in the event of a dispute over the maintenance of the arbitrator, (...) [it is] settled by the person responsible for organizing the arbitration, or, failing that, by the support judge.'

French jurisprudence takes a subjective view in assessing the arbitrator's failure to disclose³⁹, analysing whether the fact or circumstance not disclosed might raise any reasonable doubt in the minds of the *parties* regarding the integrity of the arbitrator, considering an objective basis and the specificities of the case⁴⁰. French courts usually adopt a broad interpretation of facts that may affect the arbitrator's independence or impartiality, favouring full transparency⁴¹. However, they provide exceptions to the arbitrators' duty of disclosure regarding well-known facts, as will be analysed below. Accordingly, facts about which the party should have known are not encompassed by the duty to disclose and cannot serve as a basis for disqualifying the arbitrator.

In a recent decision, the *Cour de Cassation* seems to have further narrowed the scope of the duty to disclose under French law. In this case, the arbitrator disclosed that he had been mandated by BAM International, the parent company of BAM Abu Dhabi and which was entrusted with the execution of the construction work after Aqaba Container Terminal (ACT) had terminated the contract with Soletanche Bachy France, alleging breach of

39. Fernández-Rozas (n 21) 422.

40. Cour de Appel Paris, pôle 5 – ch. 16, 25 février 2020, n° 19/15816 para. 53-54.

41. L.Gouiffes, 'Chapter 9: The View from the French Courts: Disclosures – Objections – Challenges: Clear Path or Jungle in Commercial Arbitrators' Conflicts of Interest?' in Felix Dasser (ed), *Clear Path or Jungle in Commercial Arbitrators' Conflict of Interest?* ASA Special Series, vol 48 (Kluwer Law International 2021) 84.

multiple contractual obligations⁴². The mandate was in connection with a joint venture in a project in Australia, unrelated to the case in dispute.

The Respondent argued that the arbitrator had failed to disclose that, because of such a mandate, he had participated in meetings and had discussions with the commercial director representing BAM Australia in the joint venture. The Supreme Court reached the conclusion that new facts revealed after the arbitral award was rendered, and which were related to a mandate received by the arbitrator and disclosed by him to the parties during the arbitration, (i) were part of the expected course of that arbitrator's mandate and (ii) did not modify the nature and the extent of his involvement with the entity who had nominated him. Therefore, the new facts were not sufficient to find that the arbitrator had violated his obligation to reveal any new circumstances which could affect his independence and impartiality, considering that the party did not object at the time the arbitrator disclosed the existence of the mandate.

In France, the duty of disclosure must be assessed regarding the *notoriété* of information, its link with the dispute, and its impact on the arbitrator's judgment⁴³. Moreover, the duty of disclosure is not an obligation of results, which means that the mere lack of disclosure does not entail the liability of the arbitrator⁴⁴, nor does it reveal the existence of bias.

Therefore, although French Courts adopt a more subjective standard than the English Courts to analyse whether the facts or circumstances should have been disclosed by the arbitrator, French Courts exclude, from the outset, certain types of facts and circumstances from the scope of the duty to disclose based on their nature, irrespective of any considerations regarding whether they might raise any reasonable doubt in the minds of the parties as to the integrity of the arbitrator, differently from the English Courts' approach.

Finally, as to Swiss law, the duty to disclose is also a statutory obligation. International arbitrations seated in Switzerland are governed by the Swiss Federal Act on Private International Law (SPILA)⁴⁵, whose Article 179(6) states that the arbitrator 'shall without delay disclose the existence of circumstances that could give rise to legitimate doubt as to his or her independence or impartiality'. Consequently, under Art. 180(1)(c), a party may challenge a member of the arbitral tribunal 'if circumstances exist that give rise to legitimate doubt as to his or her independence or impartiality'. Moreover, under Art. 190a(1)(c), 'a party may request a review of an award if a ground for a challenge under Article 180 paragraph 1 letter c only came to light after conclusion of the arbitration proceedings (...)'

In line with the English approach, the integrity of the arbitrator is not ascertained through the subjective eyes of the parties, but rather by the viewpoint of a reasonable observer. Under the SPILA, the duty to disclose is not absolute. Indeed, 'arbitrators are in principle not obliged to disclose possible conflicts of interests on facts that they in good faith considered that the

42. Cour de Cassation, Pourvoi n° 20-23.148, 25 mai 2022, para. 1.

43. Cour de Appel Paris, pôle 5 – ch. 16, 25 février 2020, n° 19/07575 para 45.

44. Gouiffes (n 42) 89.

45. Art. 176, SPILA.

parties were aware of.⁴⁶ As the Swiss Federal Tribunal held in *X. _____ v. International Cycling Union (ICU) and Federation Z. _____*, the arbitrator's duty to disclose 'only exists with regard to the facts for which the arbitrator has reason to believe that they are unknown by the party which could rely on them.'⁴⁷

Moreover, Swiss Courts do not consider failure to disclose itself a ground for challenging the arbitrator, 'nor even a relevant factor in the assessment of his independence or impartiality.'⁴⁸

Institutional Rules and codes of conduct also impose the duty to disclose on the arbitrator. This is reflected, for instance, in Article 11(2) and (3) ICC Rules, Article 5(3-5) LCIA Rules, and General Standard 3(a) of the IBA Guidelines.

3. WIDENING THE FOCUS: IMPOSING A DUTY TO INVESTIGATE ON THE PARTIES

3.1. *The parties' duty to inform*

Notwithstanding the major importance of the duty to disclose to ensure the impartiality and independence of the arbitrator, it is also recognised that the parties have a duty to inform the counterparty about facts and circumstances known to them concerning the appointed arbitrator, which may raise reasonable doubts as to their integrity.

The duty to inform is part of the parties' role in guaranteeing the arbitration procedure's integrity. Such a duty does not diminish the arbitrator's obligation to disclose but rather functions as a possibility for the parties to make their own investigation when difficulties arise regarding the arbitrator's disclosure⁴⁹, especially when the arbitrator does not have access to certain information held by the parties. Indeed, all the subjects of the arbitration proceedings should work towards its suitability, and considering today's market reality, in which large companies with complex group structures are involved, usually the parties themselves are in possession of more information than the arbitrators, being their duty to reveal such information⁵⁰.

The duty to inform is expressly recognised in General Standard 7(a) of the IBA Guidelines. Nonetheless, neither the ICC nor the LCIA rules explicitly impose an obligation upon the parties to inform potential conflicts of interests. However, it is important to point out that Article 4(3) of the ICC and Articles 1 and 2 of the LCIA rules provide that the claimant

46. D Mavromati and M Reeb, 'Commentary on the CAS Procedural Rules, Article R59 [Award]' in Despina Mvromati and Matthieu Reeb (eds), *The Code of the Court of Arbitration for Sport: Commentary, Cases and Materials* (Kluwer Law International 2015) 566.

47. *X. _____ v. International Cycling Union (ICU) and Federation Z. _____*, SFT 4A_110/2012 para 2.2.2.

48. S Besson and A Rigozzi, 'La réforme du droit suisse de l'arbitrage international', *Revue de l'Arbitrage*, (2021) 2021 (1) Comité Français de l'Arbitrage 30.

49. Hascher (n 15) 794.

50. N Voser and AM Petti, 'The Revised IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration' (2015) 33 (1) *ASA Bulletin* 18.

and respondent, in their Request for Arbitration and Response, respectively, must indicate a long list of information related to the parties and the nature of the claims. Therefore, both parties will provide the members of the Arbitral Tribunal with a solid amount of information regarding themselves, their representants, and the nature of the dispute, and, based on 'information contained in these documents, the prospective arbitrators will be able to consider their independence and the disclosures to be made.'⁵¹

Although it is mostly accepted that parties have a duty to inform the counterparty, the same is not true as regards the duty to investigate. Rogers, for instance, criticises the imposition of such a duty on the parties, sustaining that they 'should be entitled to rely on the completeness of information that arbitrators have legal and ethical obligations to disclose.'⁵² This approach, however, has a false premise: imposing a duty of investigation on the parties does not mean that they should not trust the completeness of the piece of information disclosed by the arbitrator, but only that there is information that the arbitrator is not obliged to reveal simply because it is up to the parties to seek it out. The completeness of the information disclosed is determined in light of what the arbitrator must disclose, and not of all and any existing information that may raise doubts about their integrity.

The recognition of the parties' duty to investigate would be beneficial in promoting the legitimacy of arbitration as a mechanism for resolving international commercial disputes, as will be shown below.

3.2. *Why the parties should have broader duties in ascertaining the independence and impartiality of the arbitrator*

Fundamentally, the arbitrator must disclose certain information because the parties cannot find it themselves. In fact, the duty of disclosure is important so the parties can obtain information that they would not be able to if the arbitrator had not revealed⁵³. However, that scope has been ignored in the current arbitration scenario. Nowadays, the arbitrator's duty of disclosure goes far beyond revealing information that parties could not otherwise obtain.

Arbitrators, at the present stage, are often required to investigate and disclose any information that they know or should know, and that could, in the eyes of the parties, hinder their impartial status. With a broader scope of the duty of disclosure being the norm, arbitrators usually opt for an over-disclosure tactic, so the parties have nothing to point out at the end of the proceedings and they can avoid being subjected to multiple innocuous challenges. Moreover, prominent arbitrators have been more reluctant to accept new appointments to avoid being 'exposed to abuse and unpleasantness.'⁵⁴

51. Daele (n 4) 62.

52. CA Rogers, 'The Ethics of International Arbitrators', Bocconi Legal Studies Research Paper 1/2007, 19 [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1081436], accessed 16 March 2022.

53. HL Yu and L Shore, 'Independence, Impartiality, and Immunity of Arbitrators: US and English Perspectives' (2003) 52 (4) *The International and Comparative Law Quarterly* 937.

54. M Hunter, 'Ethics of the International Arbitrator' (1986) 4 (4) *ASA Bulletin* 177.

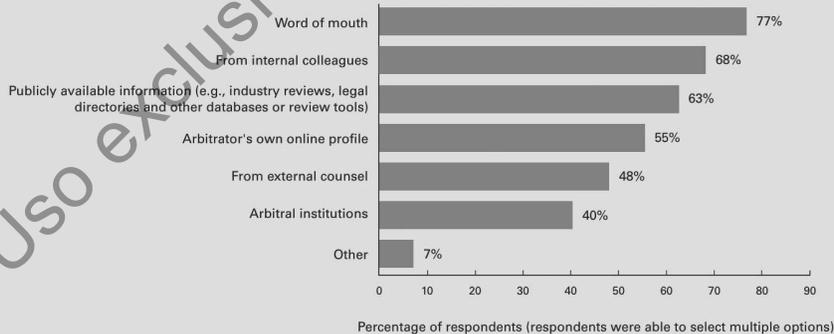
While arbitrators have a heavy burden placed on their shoulders to guarantee the legitimacy of arbitral proceedings, parties, on the other hand, are not required to do much about this. Though, there are many reasons why parties should take a more active role in promoting the legitimacy of the arbitration, which includes having broader duties in ascertaining the independence and impartiality of the arbitrator.

Firstly, imposing broader duties on parties with respect to verifying the arbitrators' integrity would promote ethical behaviour and avoid malicious inertia and guerrilla tactics from the parties. Indeed, it is not rare that the parties adopt passive conduct at the beginning of the proceedings, and, in the event of an unfavourable award, they engage in an in-depth investigation of information about the arbitrator to use it to try to annul the award. Moreover, it would also save money and time, precisely because it would avoid fruitless challenges with malicious intent, which only add expenses to the arbitration proceedings.

Furthermore, the imposition of such a duty would avoid patronizing the parties, who are usually highly qualified and sophisticated in commercial arbitration, being able to access a wide range of information about the arbitrator. Strictly speaking, access to information is becoming faster and easier, given the increasing development of communication technologies and the growth of digital information.

Finally, imposing a duty to investigate on the parties would only ascribe legal effects to a factual situation widely disseminated in international arbitration practice. Indeed, as the Queen Mary survey results for 2018 revealed, most respondents (70%) are 'satisfied with the information they have access to when considering the appointment of arbitrators'.⁵⁵ Regarding the sources of such information about arbitrators, a list of six options was offered to respondents and they were also free to add other sources. The result is presented in the following chart⁵⁶:

Chart 19: Where do you find your information about arbitrators?



55. 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, Queen Mary University of London (2018) 21.

56. *ibid* 21.

The data show that the parties (themselves or through their counsel) usually do their homework. They ask their network of peers about the prospective arbitrator; they search for public information in several databases, and they go into the arbitrator's online profile. In short, there is a lot of information accessible to the parties, and they really investigate it.

In this context, imposing a duty to investigate on the parties would not require any different conduct from that which they have already been adopting. Investigating the prospective arbitrator is a common practice in international arbitration and its recognition as duty would not require any big change in the behaviour of careful and ethical parties. It remains to ascertain, therefore, whether it is possible to recognise the existence of a duty of investigation of the parties in arbitrations seated in England and France as well as in Switzerland.

3.3. *Investigating the existence of a duty to investigate in arbitrations seated in England, France, and Switzerland*

In English-seated international arbitrations in which the English Arbitration Act is applied, parties are not bound to a statutory duty to investigate arbitrators. English Courts also do not recognise such a duty as best practice. The public nature of information does not mitigate the duty of disclosure either. The general rule is that the arbitrator is the one who must judge the range of information at their disposal and decide whether they should disclose it to the parties or not. Be the information public, private, easily accessible, or hidden, the arbitrator must analyse it with the eyes of a fair-minded and informed observer and reveal it every time they conclude that it can cause reasonable doubt regarding their lack of independence or impartiality.

Nevertheless, it would be possible to infer a duty to investigate from both the parties' statutory duty of cooperation provided for in the English Arbitration Act, Section 40(1), which obliges them to conduct the arbitration properly and expeditiously, as well as the parties' statutory duty of due diligence mentioned in Section 73(1).

Although Section 40(2) sets out two conducts deemed proper and expeditious, other kinds of conduct may be required from the parties to ensure that the arbitration proceedings run smoothly, in a proper and efficient manner. It is recognised, for instance, that Section 40 also 'requires that the parties should take common-sense steps to work together to promote efficiency in the formation of the tribunal (...) and taking sensible steps towards settling disputes promptly.'⁵⁷ In this context, the duty to investigate could be inferred from the duty of cooperation since it enhances ethical behaviour by the parties as to the formation of the arbitral tribunal and avoids the wasting of time and money with opportunistic challenges against arbitrators or the setting aside of awards.

Moreover, according to Section 73, '[i]f a party to arbitral proceedings takes part, or continues to take part, in the proceedings without making, either forthwith or within such

57. G Pendell and J Huard-Bourgeois, 'Chapter 17: Rights and Duties of the Parties and Counsel' in Julian D.M. Lew, Harris Bor, et al. (eds), *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland* (Kluwer Law International 2013) 354.

time as is allowed by the arbitration agreement or the tribunal or by any provision of this Part, any objection [...] (d) that there has been any other irregularity affecting the tribunal or the proceedings, he may not raise that objection later, before the tribunal or the court, unless he shows that, at the time he took part or continued to take part in the proceedings, *he did not know and could not with reasonable diligence have discovered the grounds for the objection*' (emphasis added). Such provision presumes the existence of the parties' duty to conduct an inquiry, which would allow them to discover the grounds for objection by themselves.

Be that as it may, the fact is that English Courts do not yet recognise such a duty, disregarding the role which the parties should also play in ascertaining the integrity of the arbitrators.

French Courts, on the other hand, generally consider that the parties must investigate well-known and easily accessible facts and circumstances⁵⁸, even if they raise doubts regarding the arbitrator's integrity, as an expression of best practices. The arbitrator must disclose only non-publicly available information⁵⁹, which means that the parties have the obligation to 'spontaneously raise grounds for challenge when the undisclosed information was publicly accessible.'⁶⁰ The French Federal Court had developed the notion of a 'duty of curiosity' of parties as to the impartiality and independence of the arbitrator. In the absence of an adequate investigation, the party loses the right to challenge the arbitrator or to seek the annulment of the award based on facts or circumstances negligently ignored⁶¹.

The scope of the duty of curiosity is relatively limited since it only encompasses publicly known facts or circumstances. It means that the parties do not have 'to investigate thoroughly and exhaustively every potentially relevant source.'⁶² Parties cannot be passive, failing to access easily accessible information, but they are not expected to act obstinately investigating information about the arbitrator, as a hacker might do, for instance. They must act with diligence, not neglecting the facts and circumstances within their reach, *i.e.*, not deliberately choosing to remain in ignorance⁶³.

For the French Courts, the parties are not obliged to engage in a systematic examination of the sources likely to mention the name of the arbitrators and of the persons related to them⁶⁴. On the other hand, if the party can access information employing a basic search

58. Cour de Appel Paris, pôle 5 – ch. 16, 25 février 2020, n° 19/15816; Cour de Appel Paris, pôle 1 – ch. 1, 27 mars 2021, n° 16/09386; Cour de Appel Paris, pôle 5 – ch. 16, 25 mai. 2021, n° 18/20625.

59. Westphalen and Carriou (n 11) 549.

60. Besson and Rigozzi (n 49) 30.

61. Cour de Appel Paris, pôle 5 – ch. 16, 25 mai 2021, n° 18/20625; Cour de Appel Paris, pôle 5 – ch. 16, 25 février 2020, n° 19/15816; Westphalen and Carriou (n 11) 552.

62. Cour de Appel Paris, pôle 1 – ch. 1, 14 octobre 2014, n° 13/13459; Kiffer L, 'National Report for France (2020 through 2021)' in Lise Bosman (ed), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* (ICCA & Kluwer Law International 2020) 46.

63. Cour de Appel Paris, pôle 5 – ch. 16, 26 janvier 2021, n° 19/10666.

64. Cour de Appel Paris, pôle 1 – ch. 1, 27 mars 2021, n° 16/09386.

technique on the internet, French Courts consider it well-known information, and it is up to the parties to do the research.

Accordingly, in May 2021, the Court of Appeals held that since the Appellant could find information about the arbitrator by simply putting his name in quotation marks⁶⁵ and typing the word *automobil*, said information was deemed well-known, and it was their duty to investigate. The arbitrator being German, stated the Court, justified carrying out searches on search engines with the usual terms in German, not in French, without this constituting an excessive or particularly difficult operation⁶⁶.

Some years before, in June 2017, the *Cour de Cassation* held that even information that is not well-known but is easily accessible to the party cannot be the reason for a late annulment of the award⁶⁷. The case was about the chairman, who did not reveal any fact or circumstance likely to call into question his integrity in his declaration of independence dated 14 July 2013. Two months later, though, on 21 August 2013, Telecom-Orange FGR sent a letter to the Republic of Equatorial Guinea informing that the chairman had been appointed several years earlier by the ICC Court to a different and unrelated arbitration in which they were parties. Still, no challenge was made by the Republic of Equatorial Guinea.

Nevertheless, the Republic of Equatorial Guinea tried to annul the award arguing the irregular constitution of the Arbitral Tribunal. They contended that they only discovered the precise circumstances of the previous arbitration once they found Spanish online press articles – including two dated 28 July 2010, and 1 February 2011 –, thanks to an investigation carried out after the issuance of an apparently biased procedural order on 24 January 2014.

The *Cour de Cassation*, however, held that, although such information was not well-known, it was easily accessible within thirty days from the letter of 21 August 2013. Moreover, the Republic of Equatorial Guinea, notwithstanding the information received, recognised in the Terms of Reference signed on 24 October 2013, the regularity of the arbitral tribunal's constitution. In this context, the Court held that the Republic of Equatorial Guinea had waived their right to challenge the arbitrator for lack of independence and impartiality⁶⁸.

The newly created International Chamber of the Paris Court adopts the same approach regarding the duty of curiosity. On 26 January 2021, the International Chamber issued a decision confirming that arbitrators are 'not required to disclose well-known facts, understood as those covering easily accessible public information which the parties could not fail to consult before the commencement of the arbitration.'⁶⁹ Interestingly, the Court did not take into consideration the fact that the information in question was published in the *Global Arbitration Review*, a publication that, although widely known in the field of arbitration,

65. Cour de Appel Paris, pôle 5 – ch. 16, 25 mai 2021, n° 18/20625, para. 34.

66. Cour de Appel Paris, pôle 5 – ch. 16, 25 mai 2021, n° 18/20625, para. 35.

67. Cour de Cassation, Pourvoi n° 16-17.108, 15 juin 2017.

68. Cour de Cassation, Pourvoi n° 16-17.108, 15 juin 2017, page 2.

69. Cour de Appel Paris, pôle 5 – ch. 16, 26 janvier 2021, n° 19/10666 para. 111.

charges a fee for access. Even so, information was qualified as easily available, being encompassed by the duty of curiosity.

The French approach demands proactive investigative conduct by the parties on *easily accessible information*, which does not necessarily have to be well-known. The most significant challenge is to establish how easily accessible the information must be for the party to be obliged to investigate it. French Courts have not defined objective standards to measure the 'rate of accessibility' for information to be deemed easily accessible. This absence of clear standards hinders drawing a firm line between the arbitrator's duty of disclosure and the parties' duty of investigation, which creates a lack of foreseeability in French-seated arbitration.

French jurisprudence imposes the duty to investigate on the parties only at the beginning of arbitral proceedings⁷⁰. Once arbitrators communicate their declaration of independence and accept their mission, they are obliged to report all circumstances arising after this acceptance, and the *notoriété* of such circumstances does not exempt them from the disclosure⁷¹. Thus, if necessary, arbitrators must disclose knowable information 'by updating their declaration throughout the entire arbitration proceedings.'⁷²

Regarding Swiss-seated arbitration, the SPILA indirectly imposes a duty of conducting due diligence on the parties. Such a conclusion can be inferred from both Article 180(2), which specifically demands due diligence from the parties before appointing an arbitrator, and Article 190a(1)(c), which states that 'a party may request a review of an award if (...) a ground for a challenge under Article 180 paragraph 1 letter c only came to light after conclusion of the arbitration proceedings *despite exercising due diligence* and no other legal remedy is available' (emphasis added).

Article 180(2) also determines that a party intending to challenge an arbitrator must do so 'without delay'. The rationale behind such a legal provision is that, considering the principle of good faith, the challenging party cannot simply await the further course of the proceedings and 'keep the objections against an arbitrator in reserve, as it were, in order to rely on them at a later stage once the proceedings develop to his disadvantage.'⁷³

Bearing in mind such provisions, Swiss Courts consider that the parties have a *duty of curiosity*, the reason why they must investigate facts and circumstances that may raise doubts about the arbitrator's independence and impartiality. Swiss jurisprudence demands an even more proactive role from the parties in ascertaining the arbitrators' integrity than French jurisprudence, establishing that they cannot rely exclusively on information disclosed by the arbitrators. Thus, the parties have 'to at least conduct an internet search and consult the

70. Cour de Appel Paris, pôle 5 – ch. 16, 25 mai 2021, n° 18/20625, para. 28; Cour de Appel Paris, pôle 5 – ch. 16, 26 janvier 2021, n° 19/10666 para. 112, Cour de Cassation, Pourvoi n° 16/18349, 19 December 2018 para. 1.

71. Cour de Appel Paris, pôle 1 – ch. 1, 27 mars 2021, n° 16/09386; Kiffer (n 82) 46.

72. Gouiffes (n 42) 85.

73. M Leemann, 'Challenging international arbitration awards in Switzerland on the ground of a lack of independence and impartiality of an arbitrator' (2011) 29 (1) ASA Bulletin 13.

arbitrator's website for any obvious connections with the opposing or related parties, e.g., by reviewing press releases.⁷⁴

On 14 August 2008, the First Civil Law Court of the Swiss Federal Tribunal (SFT), in analysing whether the arbitrator had failed to disclose facts, took into consideration some important aspects of the case, such as the composition of the Arbitral Tribunal by a *sole arbitrator* and the Petitioner's characteristics, recognising that the Petitioner could have acquired the information on which he based his requirement for annulment by applying proper care⁷⁵.

The case was filed by a sports agent against a professional player, and it was about a contract entitled 'mediation contract'. According to the Petitioner, a few hours after receiving the award on 16 April 2008, he learnt, during a phone conversation, that the sole arbitrator was the counsel to a federation that would be openly against sports agents, which would attest to his absence of impartiality.

According to Presiding Judge Corboz, given that the Arbitral Tribunal was composed of a *sole arbitrator* appointed by the Chairman of the Ordinary Arbitration Division of the Court of Arbitration for Sport (CAS), the Petitioner should have been prudent enough to scrutinise the arbitrator's background as soon as he was appointed, not relying on the general statement of independence made by him before the proceeding in an *ad hoc* form. In his view, the Petitioner should have accessed, for example, the arbitrator's Internet site to search for his professional activities at the beginning of the arbitral proceedings. Moreover, the Presiding Judge Corboz stated that 'it is hardly imaginable that the Petitioner, as a professional football agent, would have ignored at the time the facts that he puts forward today as to the sole arbitrator's person to substantiate his petition for revision. If he ignored them, it cannot but be due to an inexcusable lack of curiosity under the circumstances.'⁷⁶

On 4 March 2022, in the *A. _____ v. International Federation of Association Football (FIFA)* case⁷⁷, the SFT stated that the duty of curiosity encompasses facts known by their counsellors due to disclosures previously done by the arbitrators in unrelated disputes. According to Swiss case law, the knowledge of such facts by the Appellant's counsel is directly attributable to the Appellant themselves. Consequently, if the arbitrator did not reveal such facts in the current arbitration, the rules of good faith require the party to fulfil their duty of curiosity by asking the arbitrator for additional information⁷⁸.

In two decisions in 2023, the Swiss Federal Tribunal reiterated that the parties do have a duty of curiosity. In the first one, the Court stated that parties' are obliged to utilise the main

74. NJ Kull and A Roth, 'Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Challenging Arbitrators for Lack of Independence or Impartiality: Procedural Pitfalls from a Swiss Perspective' in Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2019* (Manz'sche Verlags und Universitätsbuchhandlung 2019) 233.

75. *X. _____ v. Y. _____*, SFT 4A_234/2008 para. 2.2.2.

76. *ibid.*

77. *A. _____ v. International Federation of Association Football (FIFA)*, SFT 4A_520/2021.

78. *ibid.*, para 5.4.2

computerised search mechanisms and consult the sources likely to provide information revealing a possible risk of bias on the part of an arbitrator, such as the sites of (i) the main arbitral institutions, (ii) the parties, (iii) the arbitrators, and (iv) the law firms in which they work.⁷⁹ In the second decision, the SFT drew the same path and recognised that, in international arbitration proceedings conducted in English, it is expected that the parties consult common and generally accessible international industry websites, as well as online directories for lawyers, such as ‘lawyers.com’ and ‘martindale.com’, that could provide indications of an arbitrator’s potential bias, even if the party and its counsellors are not from the same nationality as the arbitrator whose impartiality is in question.⁸⁰

While parties have a duty to investigate potential grounds for challenge, that duty is not without limits. Swiss case law, like French jurisprudence, also establishes a time frame within which the parties are obliged to fulfil their duty, which is the beginning of the arbitral proceedings. In the *Sun Yang* case, the Swiss Federal Tribunal held that ‘a party cannot be required to continue its internet searches throughout the arbitration proceedings, nor, a fortiori, to scan the messages published on social networks by the arbitrators during the arbitration proceedings.’⁸¹

The parties must invoke the grounds for a challenge as soon as they become aware of it. The key point in the *Sun Yang* case was, for instance, if Sun Yang had discovered – or if he should have discovered – the reason for challenging the arbitrator before the end of the proceedings⁸². This time limit applies not only to the grounds that the party effectively knew but also for those which they could have known by applying proper attention. The Swiss Federal Tribunal considers that the parties’ lack of investigation may amount, in certain circumstances, to ‘an unacceptable manoeuvre comparable to deferring the filing of a challenge. The aforesaid rule applies the principle of good faith to arbitral proceedings.’⁸³

From the analysis above, it is possible to conclude that the parties have more rigorous duties in ascertaining the impartiality and independence of the arbitrator in Swiss-seated arbitration than in French-seated arbitration. Indeed, Swiss Courts impose more than a duty to investigate easily accessible public information on the parties, given that their job is to ‘immediately investigate suspicious circumstances that may give cause to question the independence or impartiality of an arbitrator.’⁸⁴ On the other hand, English Courts do not impose any duty to investigate on the parties, considering that they can rely absolutely on the information provided by the arbitrator.

79. A. _____ v. B. _____, SFT, 4A_100/2023, §6.1.6.

80. A. _____ v. B. _____, SFT, 4A_13/2023, §3.3.

81. *Sun Yang v. AMA (WADA) and FINA*, SFT, 4A_318/2020 para. 6.5.

82. C Yang and C Sun, ‘The Swiss Federal Tribunal Annulled the Arbitral Award in the SUN Yang v. WADA & FINA Case: The Applicant’s Duty of Curiosity on the Qualifications of an Arbitrator and the Neutrality of the Arbitrator’ (2021) *Chinese Journal of International Law* 443.

83. X. _____ v. Y. _____, SFT 4A_234/2008 para. 2.2.2.

84. D Girsberger and N Vosser, *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives* (4th edn, Kluwer Law International; Schulthess Juristische Medien 2021) 217.

4. TOWARDS THE RECOGNITION OF A DUTY TO INVESTIGATE IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: A PROPOSITION

Despite the undeniable importance of the duty to investigate in the determination of the arbitrator's integrity and, therefore, in the promotion of legitimacy of arbitration, not all jurisdictions impose such a duty on the parties. Consequently, it is necessary to identify an alternative way of imposing such a duty on them irrespective of the seat of arbitration, since the *lex arbitri* is, in most cases, the law of the seat⁸⁵.

In this respect, the best way of imposing a duty to investigate on the parties would be through institutional rules' provisions. The problem, however, is that most institutional rules still do not set forth the duty to investigate.

In the absence of a duty to investigate in most institutional rules, another way of recognising it would be through the IBA Guidelines. As a soft law, only if the parties agree to be bound by them will they become *hard* rules in a given case and, hence, be legally binding⁸⁶. The practice reveals that, since the Guidelines reflect the best current international practice, arbitral institutions and courts have been relying on them when deciding about award annulments and arbitrator challenges⁸⁷.

Initially, General Standard 7(a) of the 2004 IBA Guidelines imposed a duty on the parties to inform 'about any direct or indirect relationship between it (or another company of the same group of companies) and the arbitrator. The party shall do so on its own initiative before the beginning of the proceeding or as soon as it becomes aware of such relationship'. Thus, the duty to inform was limited to relationships between the parties and the arbitrators, not encompassing any other kind of information that might raise reasonable doubts as to the arbitrator's impartiality.

The 2004 IBA Guidelines did also impose on the parties the duty to investigate, which was presented in General Standard 7(b), as follows: '[i]n order to comply with General Standard 7(a), a party shall provide any information already available to it and shall perform a reasonable search of publicly available information.' Notwithstanding the effort in recognising the parties' duty to investigate, it was still limited to *publicly available information* regarding relationships between the party and the arbitrator, whilst the arbitrator already carried the burden from a '(...) duty to make reasonable enquiries to investigate *any* potential conflict of interest (...)' (emphasis added)⁸⁸.

85. That is because the 'most traditional representation of international arbitration is the one equating the arbitrator with the local judge of the place of arbitration,' known as the territorialist approach (E Gaillard, 'The Representations of International Arbitration' (2010) 1 (2) *Journal of International Dispute Settlement* 277).
86. ALA Piñeiro, 'Chapter 13: Interaction Between the IBA Guidelines on Conflicts of Interest of Arbitrators and the ICC Arbitration Rules' in Felix Dasser (ed), *Clear Path or Jungle in Commercial Arbitrators' Conflict of Interest?*, ASA Special Series, vol 48 (Kluwer Law International 2021) 140.
87. S Angoura, *The Impartiality and Independence of Arbitrators in International Commercial Arbitration*, vol 11 (Nomos Verlag 2021) 48.
88. General Standard 7(c), 2004 IBA Guidelines.

Nonetheless, according to the mentioned 2004 IBA Guidelines, the existence of a duty of the parties to investigate was already unequivocal, at least as a means of effectively fulfilling the parties' duty to inform possible conflicts of interest with the arbitrator⁸⁹. Despite that, the limitation of such a duty as to only *publicly available information* was an object of criticism. Karel Daele, for instance, argued that the limitation was 'unfortunate because, not infrequently, the information that is the most useful to be disclosed by a party will not be publicly available, such as for example the fact that a party or an affiliate thereof has instructed a foreign office of the arbitrator's law firm on a matter unrelated to the arbitration. It is exactly to ease the arbitrator's duty to disclose that the parties should perform a reasonable search of information that is *not* publicly available, such as conducting an internal due diligence on recent instructions given to the arbitrator's law firm.'⁹⁰

In 2014, the IBA Guidelines went through a revision. Among the main changes that were implemented was the reduction of the unbalanced burden imposed on arbitrators as to their duty to disclose⁹¹ and on the parties as to their duty to inform about conflicts of interest. Under that edition, the scope of the duty to inform was broader and the parties' duty to investigate was no longer limited only to 'publicly available information'⁹². Therefore, the distinction between the public or private nature of the facts was not pertinent anymore.

Instead, according to General Standards 7(c) and 7(a), the party had to provide any relevant information available to them after conducting reasonable inquiries⁹³ as to 'any relationship, direct or indirect, between the arbitrator and the party (or another company of the same group of companies, or an individual having a controlling influence on the party in the arbitration), or between the arbitrator and any person or entity with a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration.'⁹⁴ According to Voser and Petti, 'the 2014 revision aligns the standard for the scope of enquiries to be performed by parties with the standard also imposed on arbitrators.'⁹⁵

89. R Mullerat, 'The IBA Guidelines on Conflicts of Interest Revisited Another Contribution to the Revision of an Excellent Instrument, Which Needs a Slight Daltonism Treatment' (2012) 2012 (14) Spain Arbitration Review, *Revista del Club Español del Arbitraje* 71.

90. Daele (n 4) 62.

91. It is relevant to note that General Standard 7(c) in the 2004 IBA Guidelines, which is General Standard 7(d) in the 2014 IBA Guidelines, was also altered to avoid misunderstandings regarding the extension of the arbitrator's duty to disclose. The word *investigate* in *make reasonable enquiries to investigate any potential conflict of interest* could be interpreted 'as only requiring an arbitrator to examine a potential conflict of interest which is already on his or her mind, and not to enquire whether in fact there exists any other potential conflict of interest. Replacing the term '*investigate*' by '*identify*' makes certain that an arbitrator needs to not only check those conflicts which may or may not be in the forefront of his or her mind, but also to identify, *i.e.* search for, additional potential conflicts of interest, thereafter disclosing any such conflicts of interest which may exist' (Voser and Petti (n 51) 20).

92. General Standard 7(c), 2014 IBA Guidelines: 'In order to comply with General Standard 7(a), a party shall perform reasonable enquiries and provide any relevant information available to it.'

93. 'In order to comply with General Standard 7(a), a party shall perform reasonable enquiries and provide any relevant information available to it.' (General Standard 7(b), 2014 IBA Guidelines).

94. General Standard 7(a), 2014 IBA Guidelines.

95. *ibid* 21.

The change was very welcome, and it reflected the reality in the international context since the parties are often in a better position to investigate and identify their own conflicts with the arbitrators than the arbitrators themselves⁹⁶. Still, the Guidelines should have gone even further.

General Standard 7(c) connected the parties' duty to investigate directly to their duty to inform set forth in General Standard 7(a). Such a link denoted that the duty to investigate was only imposed on the parties when they had some sort of information – or have access to it – regarding any relationship between the arbitrator and themselves, or any person or entity with a direct economic interest in the dispute.

In 2024, the IBA Guidelines went through another revision, which maintained the same approach of the 2014 version. Nevertheless, the parties' investigative role should be broader than the one foreseen in both the 2014 and 2024 IBA Guidelines, obliging them to exercise not only 'reasonable inquires' regarding their possible conflicts with the arbitrator, but also regarding any fact or circumstance reasonably accessible as to the arbitrator's integrity.

Considering that the duty to investigate should encompass only *reasonably accessible* information, the key question is: would a diligent party investigate such information? The issue, therefore, is ultimately to establish a standard of diligent conduct and compare it with the conduct effectively adopted by the party: if the party adopted a different conduct, they did not comply with their duty to investigate; on the other hand, if they did adopt the standard conduct, they did comply with their duty, regardless of whether they were successful in accessing the information in question or not.

It is certainly not possible to establish a universal standard of diligent conduct, applicable to every party. It is necessary to establish different standards of conduct, taking into consideration the characteristics of each party. It means that the analysis is both subjective and objective: it is subjective because it takes into consideration the characteristics of the party in question; and it is also objective because, after analysing such characteristics, it establishes a standard of diligent conduct, which will serve as a parameter to ascertain whether the party in question complied with their duty to investigate.

As to the characteristics of the party, it is necessary to analyse, for instance, whether the party is: (a) a person or a company; (b) a local or a multinational company; and (c) a national from the same State as the arbitrator or not. If the party is a person, they will have fewer means to investigate than a company, just as a local company surely will have fewer means to investigate than a multinational company in international arbitration: a multinational company will usually have access to more information regarding market relationships than a local company, for instance. A party that is a national from the same State as the arbitrator has better knowledge of the means to seek information about the arbitrator than a party of a different nationality, which might be unaware of local databases, for example.

Given such characteristics, it will be possible to ascertain the amount of effort to be required from the party to access information. The intensity of the effort required from the

96. KP Noussia, 'Bias of arbitrators revisited' (2018) 4 Journal of Business Law 344.

party will vary according to the standard of diligent conduct adopted: the standard of conduct required from a multinational company, that is national from the same State as the arbitrator, will be different from the standard required from a local company that is also from a completely different culture as that of the arbitrator. In the former case, the standard of conduct may encompass more complex research and investigations than in the latter case.

Furthermore, the duty to investigate ought to be imposed on the parties mainly at the beginning of the proceedings, *i.e.*, during the constitution of the Arbitral Tribunal. Contrary to the perpetuation of the arbitrator's duty of disclosure throughout the arbitration procedure, the parties' duty to investigate should be more intense at the beginning of the proceedings, when all its actors are still focused on the composition of the Arbitral Tribunal. Thus, once the Arbitral Tribunal is constituted, the parties' duty to investigate loses its strength, whilst the arbitrator's duty to disclose becomes more demanding, requiring the disclosure of any fact that may raise doubts about their impartiality and independence until the end of the proceedings.

It does not mean that the duty to investigate completely ceases after the beginning of the proceedings. Indeed, the arbitrator may disclose information that will impose the duty to investigate facts and circumstances related to it on the parties. Therefore, during the arbitration, the duty to investigate will be strictly connected to new facts disclosed by the arbitrator or else to new facts that cannot be ignored by the party for being ostensibly accessible to them, as would be the case if such a fact were extensively reported by the international press.

Failure to comply with the duty to investigate would restrain the party from challenging the arbitrator or setting aside the award based on the facts or circumstances which they would have discovered had they adopted the diligent standard of conduct required from them.

5. CONCLUSION

The arbitrator's independence and impartiality are of paramount importance for the legitimacy of international arbitration. In order to ensure the proceedings' integrity, most national laws, institutional rules and codes of conduct overly focus on the arbitrator, ignoring the fact that the parties, as protagonists of the arbitration, are also responsible for promoting its legitimacy. Consequently, more than merely having a duty to inform the counterparty about facts and circumstances concerning the appointed arbitrator, the parties should also have a duty to investigate reasonably accessible information relating to the arbitrators, acting proactively to find out material information within their reach. Indeed, the duty to disclose, the duty to inform and the duty to investigate complement each other to ensure the integrity and correctness of arbitral proceedings.

Interestingly, the analysis of such duties in England, France and Switzerland reveals that England is the jurisdiction that imposes on the arbitrator the broadest duty to disclose, demanding disclosure of any fact which may raise doubts in the eyes of a fair-minded and informed observer as to the arbitrator's integrity, even if it is in the public domain. Consequently, English Courts do not recognise the existence of a duty of the parties to investigate. As the

argument in this dissertation has demonstrated, however, it would be possible to infer such a duty from the joint interpretation of Section 40 and Section 73 of the EAA.

French Courts, on the other hand, adopt a narrower approach to the duty to disclose and exclude public facts and circumstances from its scope. Accordingly, in French-seated arbitration, parties do have a duty to investigate easily accessible information, which does not have to be necessarily well-known. In France, the duty to investigate is an expression of best practices.

Switzerland, in turn, is the jurisdiction that most significantly mitigates the arbitrator's duty to disclose, which is directly linked with their broader approach to the parties' duty to investigate, inferred from the SPILA. Indeed, Swiss Courts impose a duty to investigate not only easily accessible information on the parties but any suspicious circumstances of which they become aware of that may raise doubts as to the arbitrator's integrity. In short, the parties have a duty of curiosity.

As can be noted, the recognition and the extent of the duty to investigate depend largely on the seat of the arbitration, and it seems that civil law jurisdictions are more likely to recognise it. This is inconvenient given the importance of the duty to investigate in encouraging collaborative and ethical behaviour of the parties. Considering that institutional arbitration is usually preferred to *ad hoc* arbitration and that once the parties agree to arbitrate under specific institutional rules they are bound by these rules, it would be recommended that institutional rules stipulated the duty to investigate. It would bring more uniformity to the treatment of this issue. The problem, however, is that leading arbitral institutional rules such as the ICC Rules and the LCIA Rules do not yet recognise the duty to investigate.

In view of the absence of a specific provision regarding the duty to investigate in most institutional rules, the IBA Guidelines should stipulate it, since it is a soft law widely adopted by parties and taken into consideration by arbitral institutions and courts when deciding about award annulments and arbitrator challenges. The 2004 IBA Guidelines had set forth a quite narrow duty to investigate, which was broadened by the 2014 IBA Guidelines and did not change in the 2024 IBA Guidelines. Under the current wording of General Standard 7(b), the parties must perform reasonable inquiries, not limited to publicly available information, as it used to be under the 2004 version. However, given the link between the duty to investigate and the duty to inform established in General Standard 7(b), the parties' duty to investigate remains restricted to information which they must disclose as to possible conflicts of interest with the arbitrator.

Be that as it may, the fact is that such a change in General Standard 7(c) of the 2014 IBA Guidelines was the first step towards the recognition of something crucial, considering the complex reality of international arbitration and the urge for a more predictable and stable environment: parties do have a considerable role in guaranteeing the legitimacy and fairness of arbitral proceedings, which should be implemented through the recognition of their duty to investigate *reasonably accessible* information related to the arbitrator. Still, the fact that the 2024 version of the IBA Guidelines did not broaden the scope of the parties' duty to investigate, keeping it the same, represented the loss of a good opportunity to consolidate it in international arbitration practice.

Such a duty is not an obligation of result. Thus, to ascertain whether the party complied with their duty, it is necessary to compare their conduct to a standard of diligent conduct which establishes the level of effort in investigating information that should be expected from the party in each situation. The analysis is both subjective and objective: subjective because the identification of the standard of diligent conduct must take into consideration the characteristics of the party in question – such as whether they are a person or a company, a local or a multinational company, a national from the same State as the arbitrator or not –, and objective because since the standard of diligent conduct is defined, it is sufficient to compare it with the concrete conduct of the party to verify whether they complied with their duty to investigate.

The proposed approach focuses on the capacity of the party to access the information in question rather than on the nature of such information – whether public or private. Indeed, what matters is verifying whether the party could have *reasonably* accessed the piece of information, and it depends on the characteristics of this party. Obviously, the more public the information is, the more accessible it will be to a greater number of actors, and the same standard of diligent conduct will be applied to a greater number of parties. However, even private information may be accessible to a party due to their specific characteristics, and, in this case, this party will have to adopt a stringent standard of diligent conduct to access such information or, otherwise, they will have failed to comply with their duty.

The duty to investigate should be imposed on the parties mainly at the beginning of the proceedings, losing its strength after the constitution of the Arbitral Tribunal. The duty to disclose and the duty to investigate work harmoniously, and when one expands the other retracts: at the beginning of the proceedings, the parties' duty to investigate mitigates more intensely the arbitrators' duty to disclose, exempting them from revealing certain facts covered by the duty of investigation; after the constitution of the Arbitral Tribunal, the duty to investigate retracts and the duty to disclose expands, imposing a more stringent duty to reveal facts or circumstances on the arbitrator.

The logic behind requiring the parties to look for reasonably accessible information that may raise doubts about the arbitrator's impartiality is mainly to avoid the adoption of malicious tactics that encourage parties' inertia in the constitution of a fair Arbitral Tribunal. Precisely because of that, the failure to comply with the duty to investigate would amount to a waiver of the right to challenge the arbitrator or set aside the award based on the facts or circumstances which they did not investigate.

6. BIBLIOGRAPHY

- Angoura S, 'Interface between Arbitrators' Disclosure and Parties' Investigation Duties' (2018) 36 (4) ASA Bulletin.
- Angoura S, *The Impartiality and Independence of Arbitrators in International Commercial Arbitration*, vol 11 (Nomos Verlag 2021).
- Besson S and Rigozzi A, 'La réforme du droit suisse de l'arbitrage international', *Revue de l'Arbitrage*, (2021) 2021 (1) Comité Français de l'Arbitrage.
- Born GB, *International Commercial Arbitration* (3rd edn, Kluwer Law International 2021).

- Brekoulakis S, 'Chapter 1: Introduction: The Evolution and Future of International Arbitration' in Stavros Brekoulakis, Julian David Mathew Lew, et al. (eds), *The Evolution and Future of International Arbitration*, International Arbitration Law Library, vol 37 (Kluwer Law International 2016).
- Brekoulakis S, Park WW and Rogers CA, 'Chapter 4: Disclosure and Conflicts of Interest' in International Council for Commercial Arbitration (ed), *ICCA Reports No. 4: Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, vol 4 (International Council for Commercial Arbitration; ICCA & Kluwer Law International 2019).
- Crivellaro A, 'The Arbitrator's Failure to Disclose Conflicts of Interest: Is It Per Se a Ground for Annuling the Award?' in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias Lozano (eds), *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (Wolters Kluwer España, La Ley 2010).
- Daele K, *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*, vol 24 (Kluwer Law International 2012).
- Fernández-Rozas JC, 'Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators' in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias Lozano (eds), *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (Wolters Kluwer España; La Ley 2010).
- Gaillard E, 'The Representations of International Arbitration' (2010) 1 (2) *Journal of International Dispute Settlement*.
- Girsberger D and Voser N, *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives* (4th edn, Kluwer Law International; Schulthess Juristische Medien 2021).
- Gómez KF, *Key Duties of International Investment Arbitrators. A Transnational Study of Legal and Ethical Dilemma* (Springer 2019) [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3490487], accessed 16 March 2022.
- Gouiffes L, 'Chapter 9: The View from the French Courts: Disclosures – Objections – Challenges: Clear Path or Jungle in Commercial Arbitrators' Conflicts of Interest?' in Felix Dasser (ed), *Clear Path or Jungle in Commercial Arbitrators' Conflict of Interest?* ASA Special Series, vol 48 (Kluwer Law International 2021).
- Hascher D, 'Independence and Impartiality of Arbitrators: 3 issues' (2012) 27 (4) *American University International Law Review* [<https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1784&context=auilr&httpsredir=1&referer=>], accessed 16 March 2022.
- Hodges P and Greenaway J, 'Chapter 15: Duties of Arbitrators' in Julian D.M. Lew, Harris Bor, et al. (eds), *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland*, (Kluwer Law International 2013).
- Hodges P, 'Chapter 10: The View from the English Courts on Conflicts of Interest: Halliburton and Beyond' in Felix Dasser (ed), *Clear Path or Jungle in Commercial Arbitrators' Conflict of Interest?* ASA Special Series, vol 48 (Kluwer Law International 2021).
- Hunter M, 'Ethics of the International Arbitrator' (1986) 4 (4) *ASA Bulletin*.
- Jacob RT, 'Arbitrator or Private Investigator: Should the Arbitrator's Duty to Disclose Include a Duty to Investigate – Abudullah E. Al-Harbi v. Citibank, N.A. and Citibank, A.S.' (1997) 1 *Journal of Dispute Resolution*.
- Kull NJ and Roth A, 'Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Challenging Arbitrators for Lack of Independence or Impartiality: Procedural Pitfalls from a Swiss

- Perspective' in Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2019* (Manz'sche Verlags und Universitätsbuchhandlung 2019).
- Lawson DA, 'Impartiality and Independence of International Arbitrators – Commentary on the 2004 IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration' (2005) 23 (1) ASA Bulletin.
- Leemann M, 'Challenging international arbitration awards in Switzerland on the ground of a lack of independence and impartiality of an arbitrator' (2011) 29 (1) ASA Bulletin.
- Leung SYC and Chan ACH, 'The duties of impartiality, disclosure, and confidentiality: lessons from a London-seated arbitration' (2021) 37 (3) *Arbitration International*.
- Locke J, *An Essay Concerning Human Understanding* (T. Tegg and Son London 1836).
- Mavromati D and Reeb M, 'Commentary on the CAS Procedural Rules, Article R59 [Award]' in Despina Mvromati and Matthieu Reeb (eds), *The Code of the Court of Arbitration for Sport: Commentary, Cases and Materials* (Kluwer Law International 2015).
- Menkel-Meadow C, 'Ethics Issues in Arbitration and Related Dispute Resolution Processes: What's Happening and What's Not' (2022) 56(4) *University of Miami Law Review*.
- Mullerat R, 'The IBA Guidelines on Conflicts of Interest Revisited Another Contribution to the Revision of an Excellent Instrument, Which Needs a Slight Daltonism Treatment' (2012) 2012 (14) *Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje*.
- Noussia KP, 'Bias of arbitrators revisited' (2018) 4 *Journal of Business Law*.
- Park WW, 'Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent' (2009) 46 (3) *San Diego Law Review*.
- Paulsson J, 'Ethics, Elitism, Eligibility' (1997) 14 (4) *Journal of International Arbitration*.
- Paulsson J, *The Idea of Arbitration* (OUP Oxford 2013).
- Pendell G and Huard-Bourgeois J, 'Chapter 17: Rights and Duties of the Parties and Counsel' in Julian D.M. Lew, Harris Bor, et al. (eds), *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland* (Kluwer Law International 2013).
- Piñeiro ALA, 'Chapter 13: Interaction Between the IBA Guidelines on Conflicts of Interest of Arbitrators and the ICC Arbitration Rules' in Felix Dasser (ed), *Clear Path or Jungle in Commercial Arbitrators' Conflict of Interest?*, ASA Special Series, vol 48 (Kluwer Law International 2021).
- Rogers CA, 'The Ethics of International Arbitrators'. Bocconi Legal Studies Research Paper 1/2007 [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1081436], accessed 16 March 2022.
- Sweffy M, 'Arbitrator Disclosure: In Defense of the Second Circuit Approach' (2020) 44 (2) *Fordham International Law Journal*.
- Voser N and Petti AM, 'The Revised IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration' (2015) 33 (1) ASA Bulletin.
- Waincymer JM, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, (Kluwer Law International 2012).
- Westphalen A and Carriou V, 'The Arbitrators' Duty to Disclose and the Parties' Duty to Investigate: What Are the Safeguard Mechanisms to Ensure the Independence and Impartiality of Arbitrators' (2018) 6 *International Business Law Journal*.

Yang C and Sun C, 'The Swiss Federal Tribunal Annulled the Arbitral Award in the SUN Yang v. WADA & FINA Case: The Applicant's Duty of Curiosity on the Qualifications of an Arbitrator and the Neutrality of the Arbitrator' (2021) *Chinese Journal of International Law*.

Yu HL and Shore L, 'Independence, Impartiality, and Immunity of Arbitrators: US and English Perspectives' (2003) 52 (4) *The International and Comparative Law Quarterly*.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Arbitragem

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A ética e a imparcialidade na arbitragem, de Arnaldo Wald – *RArb* 39/17-37 e *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação* 2/623-644;
- Imparcialidade na arbitragem, de Thamar Cavalieri – *RArb* 41/117-171; e
- Impedimento e suspeição do árbitro: o dever de revelação, de Fernando Silva Moreira dos Santos – *RArb* 35/35-68.

Uso exclusivo – proibida a veiculação

Uso exclusivo – proibida a veiculação

Doutrina Nacional

Use exclusivo – proibida a veiculação

Uso exclusivo – proibida a veiculação

a) Árbitro

Use exclusivo – proibida a veiculação

O CONCEITO DE DÚVIDA JUSTIFICADA NO DEVER DE REVELAÇÃO DO ÁRBITRO

*DUTY TO DISCLOSE AND THE
CONCEPT OF JUSTIFIABLE DOUBT*

RODRIGO DABUS

Membro da Comissão Especial de Arbitragem da OAB/SP.
Graduado pela Faculdade de Direito do IBMEC São Paulo. Advogado.
rdabus@cfgs.com.br

ÁREA DO DIREITO: Arbitragem

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo investigar qual é o critério mais adequado para o dever de revelação estabelecido no art. 14 da Lei de Arbitragem, para os propósitos a que se destina. A relevância desse tema é destacada pela estreita relação entre a legitimidade do instituto da arbitragem e a conduta ética dos árbitros, bem como pelas recentes medidas jurídicas e legislativas que impactaram a arbitragem – a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 1.050 e o Projeto de Lei 3.293/2021. O estudo foi conduzido por meio de revisão bibliográfica e análise jurisprudencial no contexto da arbitragem, tanto nacional quanto internacional. Nesse sentido, o trabalho aborda os seguintes pontos (i) a relevância prática do dever de revelação, (ii) os deveres atrelados à nomeação do árbitro e o que consiste essa relação jurídica, (iii) o dever da parte de investigar possíveis conflitos, (iv) a natureza jurídica do dever de revelação, (v) a extensão do dever de revelação do árbitro à luz da jurisprudência nacional e internacional, (vi) o dever de revelação à luz da Lei de Arbitragem, (vii) o conceito de dúvida justificada, (viii) o conceito de dúvida mínima e a análise das consequências da adoção desse novo critério.

ABSTRACT: The purpose of this Paper is to analyse the best duty to disclose standard for the purposes of Article 14 of the Brazilian Arbitration Act. The relevance of the subject lies in the perception that arbitration is as ethical as the arbitrators. Further, recent legal proceedings and legislative proposals are attempting to substantially alter the standard. Thus, the study was conducted through a bibliographic and case law review in the field of national and international arbitration. In this sense, the work develops (i) the relevance of the duty to disclose, (ii) the duties imposed to the parties due to the nomination of an arbitrator, (iii) the parties' duty to investigate possible conflict of interest, (iv) the juridical nature of the duty to disclose, (v) the extension of the duty to disclose in light of national and international case law, (vi) the duty to disclose in light of the Brazilian Arbitration Act, (vii) the definition of justifiable doubt, (viii) the definition of minimum doubt and an analyses of the this new standard.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem – Árbitro – Dever de revelação – Dúvida justificada – Dúvida mínima.

KEYWORDS: Arbitration – Arbitrator – Duty to disclose – Justifiable doubt – Minimum doubt.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Dever de revelação. 2.1. Relevância prática da matéria. 2.2 Nomeação do árbitro. 2.3. Dever da parte de investigar o árbitro nomeado. 2.4. Natureza do dever de revelação. 2.5. Extensão do dever de revelação. 2.6. O dever de revelação à luz da lei de arbitragem. 2.7. Conclusões preliminares. 3. Dúvida justificada. 4. Dúvida mínima. 5. Conclusão. 6. Referências. 7. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

O sistema jurídico brasileiro conseguiu implementar, ao longo de décadas, medidas pró-arbitragem que favoreceram a consolidação e o crescimento deste instituto no país. O sucesso do uso da arbitragem no Brasil deve-se a uma série de fatores importantes, tais como a ratificação de convenções internacionais, como a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958, a criação de lei própria inspirada nos melhores modelos internacionais, a cooperação do Poder Judiciário, a compreensão do instituto e de suas particularidades por parte dos litigantes e dos árbitros.

Inspirado pelos melhores modelos internacionais, o Brasil se mostrou favoravelmente para a livre escolha do árbitro pelos litigantes, um modelo de grande sucesso que tem se desenvolvido nos últimos anos¹. O § 6º do art. 13 da Lei de Arbitragem é uma evidência dessa consciente escolha legislativa, uma vez que o árbitro seja “qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”, devendo ser competente, diligente e discreto.

Como forma de garantir a lisura do procedimento, já que esta depende da ética do árbitro, o art. 14 da Lei de Arbitragem estabelece impedimentos para o exercício da função judicante além do dever de revelar daquele que foi nomeado, antes da aceitação da função:

“Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

1. NUNES, Thiago Marinho. 25 anos da Lei de Arbitragem: o exemplo do sucesso brasileiro. *Migalhas*, 2021. Disponível em: [www.migalhas.com.br/coluna/arbitragem-legal/352239/25-anos-da-lei-de-arbitragem-o-exemplo-do-sucesso-brasileiro]. Acesso em: 15.10.2023.

§ 2º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando:

- a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou
- b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.”

Logo, o árbitro deve ser (i) capaz, (ii) imparcial e (iii) independente.

Uma vez que o procedimento arbitral tem como elemento central a vontade das partes, a manifestação dessa vontade perpassa, obrigatoriamente, a escolha do árbitro, um tema que tem sido debatido desde o direito romano. Naquela época, a independência e imparcialidade do árbitro já eram consideradas características essenciais para o exercício de sua função. Em relação à responsabilidade do árbitro, Ulpiano² afirma o seguinte:

“Ainda que o pretor não coaja ninguém a assumir o papel de árbitro, porque esta questão é livre, independente e posta fora de sua jurisdição obrigatória, quando alguém assume o papel de árbitro, o pretor julga que o zelo e cuidado sobre essa questão lhe concernem: não tanto porque ele favorecesse o término das lides, mas porque as partes não devem se decepcionar, pois da mesma forma elegeram entre si árbitros como bons homens. Imagine que, depois de uma causa ter já sido tratada mais de uma vez e depois de expostas de uma a outra parte a intimidade e revelados os segredos de negócio, o árbitro, ou para conceder um favor ‘a uma das partes’ ou por ter sido sordidamente corrompido ou por qualquer outra causa, não queira proferir sentença: poderia alguém negar ser justíssima que se desse a intervenção externa do pretor, para que o ofício assumido fosse satisfeito?”

É importante notar que a independência e imparcialidade do árbitro eram temas de debate já naquele período. Naquele tempo, um árbitro precisava ser capaz e não podia tomar decisões em casos em que tivesse interesse pessoal, uma vez que a violação dessas prerrogativas importava a nulidade da decisão proferida³. Curiosamente, essas mesmas noções estão refletidas nos sistemas arbitrais mais modernos.

O § 1º do art. 14 da Lei de Arbitragem estipula que o árbitro nomeado deve revelar “qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.” Portanto, o legislador adotou a “dúvida justificada” como critério para avaliar a imparcialidade e independência do árbitro. Indiretamente, esse critério também foi utilizado para fins de validade da sentença arbitral, visto que o inc. II do art. 32 da Lei de Arbitragem determina que a sentença arbitral é nula se “emanou de quem não podia ser árbitro”.

A extensão do dever de revelação se torna mais relevante à medida que a arbitragem é difundida e usada com maior frequência como método de resolução de controvérsias⁴.

2. Ulp. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 3, 1, apud COSTA, Gabriel José Bernardi. *Arbitragem: origens romanas*. São Paulo: YK Editora, 2022. p. 69.
3. COSTA, Gabriel José Bernardi. *Arbitragem: origens romanas*. São Paulo: YK Editora, 2022. p. 28-29.
4. Estudo recente elaborado pela professora Selma Lemes junto às maiores câmaras arbitrais do país, revelou que, em 2021, iniciaram 322 arbitragens e 1047 estavam em curso. (LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem em números: pesquisa 2020/2021*. Realizada em 2022. Disponível em: [www.migalhas.com.br/arquivos/2022/10/78B3FD4545063E_pesquisa-arbitragem.pdf]. Acesso em: 25.10.2023).

Temas como imparcialidade, independência e o dever de revelação do árbitro nunca estiveram tão em voga, pois a difusão desse procedimento intensificou as disputas pós-arbitragem, ações anulatórias que comumente tratam de um destes três temas.

Não por acaso, em 22 de março de 2023, o Partido União Brasil propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 1.050 perante o Supremo Tribunal Federal⁵, com o objetivo de buscar a declaração dos critérios constitucionais para o exercício do dever de revelação pelos árbitros, nos termos do art. 14 da Lei de Arbitragem.

Além disso, em 23 de setembro de 2021, foi apresentado o Projeto de Lei 3.293/2021, de autoria da Excelentíssima Deputada Federal Margarete Coelho, que propõe alterações à Lei de Arbitragem, entre eles, incluindo os seguintes acréscimos ao art. 14 da Lei de Arbitragem:

“Art. 14 [...]

§ 1º A pessoa indicada para funcionar como árbitro tem o dever de revelar, antes da aceitação da função e durante todo o processo a quantidade de arbitragens em que atua, seja como árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal, e qualquer fato que denote dúvida mínima quanto à sua imparcialidade e independência”

A noção de regulamentação estatal na atividade do árbitro e a alteração do critério *dúvida justificada* para *dúvida mínima* causaram surpresa na comunidade arbitral. Essa alteração conceitual levantou preocupações quanto ao potencial aumento de ações anulatórias de sentenças arbitrais e à possibilidade de intermináveis discussões acerca da imparcialidade e independência dos árbitros perante o Poder Judiciário, causadoras de situação de instabilidade. Em relação ao referido Projeto de Lei, Joaquim de Paiva Muniz⁶ alerta que “está se construindo uma máquina de ações anulatórias.”

Este trabalho tem como objetivo analisar o dever de revelação no ordenamento jurídico brasileiro, estudando os conceitos de *dúvida justificada* e *dúvida mínima* para compreender qual o mais adequado para os fins a que se destina o art. 14 da Lei de Arbitragem.

Para tanto, no primeiro Capítulo será analisado o papel do árbitro como julgador privado, a natureza jurídica da relação entre as partes e o árbitro, os deveres do árbitro e suas distinções em relação ao juiz togado. Em particular o objeto do presente trabalho é o dever de revelação e suas particularidades. Entre elas, a necessidade ou não de a parte litigante investigar eventuais conflitos do árbitro nomeado, a natureza jurídica do dever de revelação, a extensão desse dever para o árbitro e a interpretação do art. 14, § 1º, da Lei de Arbitragem.

No segundo Capítulo será analisado o conceito de *dúvida justificada*, bem como sua aplicação no Brasil, à luz da doutrina especializada e precedentes judiciais.

5. Cumpre esclarecer que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 1.050 foi recepcionada como Ação Direta de Inconstitucionalidade em despacho de 27.03.2023.

6. MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva. O PL Antiarbitragem deve ser rejeitado. *Migalhas*, 2022. Disponível em: [www.migalhas.com.br/depeso/372790/o-pl-antiarbitragem-deve-ser-rejeitado]. Acesso em: 15.10.2023.

No terceiro Capítulo será analisado o conceito de *dúvida mínima* e as implicações da mudança legislativa, tanto do ponto de vista teórico quanto prático, no âmbito das ações anulatórias de sentença arbitral.

Por fim, serão apresentadas as razões pelas quais o critério mais adequado para os fins do art. 14, § 1º, da Lei de Arbitragem é o critério da *dúvida justificada*.

2. DEVER DE REVELAÇÃO

“[...] não houvesse o *duty to disclose*, a arbitragem estaria fadada ao insucesso. Ao fracasso. Ela não sobreviveria; sequer existiria.”⁷

2.1. Relevância prática da matéria

No universo acadêmico, não é incomum olvidar as consequências práticas dos conceitos e teorias estudadas. O impedimento de um árbitro em atuar em um caso, é o mecanismo de freio da vontade das partes, limitada por aquilo que há de mais grave: um julgador parcial, tendencioso ou dependente de uma das partes. O direito de ser julgado de forma imparcial deriva da própria Constituição Federal, o que demonstra a envergadura do tema estudado.

De acordo com a grande importância desse problema, a Lei de Arbitragem estabeleceu dois mecanismos para combatê-lo: (i) a impugnação do árbitro e (ii) a anulação da sentença proferida.

A impugnação do árbitro é o instrumento processual previsto em Lei para remoção de árbitros, seja porque sua nomeação se deu de forma irregular, isto é, de forma diversa daquela estipulada entre as partes na convenção de arbitragem, ou por questões relacionadas a sua imparcialidade.

É o caso, por exemplo, da nomeação de árbitro que não cumpre os requisitos técnicos necessários para analisar a matéria do litígio, não possui o conhecimento relevante do idioma para a arbitragem ou até mesmo não integra a lista de árbitros de uma determinada Câmara Arbitral. Para Carlos Alberto Carmona⁸, as partes podem livremente estipular as características que o árbitro deve possuir para ser nomeado, sendo cabível sua impugnação caso estes requisitos não sejam cumpridos.

Ocorre que, apesar da gravidade das hipóteses de impugnação do árbitro, em especial quando envolvem questões relacionadas a sua imparcialidade, o art. 20 da Lei de Arbitragem

7. MARTINS, Pedro Batista. Dever de revelação do árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 10, n. 36, São Paulo, jan.-mar. 2013. p. 221.

8. CARMONA, Carlos. Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 402.

estipula o prazo de um mês da revelação ou da descoberta do fato não revelado para que a parte exerça seu direito de impugnação, sob pena de preclusão.

Ademais, a Lei de Arbitragem prevê que o processo de impugnação do árbitro seja concentrado na própria arbitragem, sem que haja um incidente processual para tanto. O art. 15 da Lei de Arbitragem determina que a parte interessada deve arguir sua impugnação “diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes.” Nesse sentido, Carlos Alberto Carmona⁹ esclarece:

“A Lei de Arbitragem, portanto, inverteu as coisas: passou à esfera exclusiva de competência do árbitro a decisão a respeito da exceção de suspeição e impedimento, permitindo, porém, à parte vencida que, querendo, faça valer suas razões (repelidas em sede arbitral) perante o juiz, na demanda a que se refere o art. 33 da Lei.”

Já a anulação da sentença proferida é a solução processual cabível frente à existência de vício processual insanável. A Lei de Arbitragem prevê o direito das partes de propor ação anulatória em caso de (i) nulidade da convenção de arbitragem, (ii) se a sentença emanou por quem não poderia ser árbitro, (iii) se a sentença não cumprir os requisitos mínimos de validade (art. 26 da Lei de Arbitragem), (iv) se a sentença for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, (v) restar comprovada prevaricação, concussão ou corrupção passiva, (vi) se a sentença for proferida fora do prazo legal, (vii) se forem desrespeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento (art. 32 da Lei de Arbitragem).

Apesar de se tratar de rol taxativo, o Superior Tribunal de Justiça aplicou a teoria da taxatividade mitigada, conferindo maior abrangência às hipóteses de anulação de sentença arbitral “com o propósito de preservar, em todos os casos, a ordem pública e o devido processo legal e substancial, inafastáveis do controle judicial.”¹⁰ No entanto, “ordem pública” é um conceito amplo e indeterminado, cabendo ao julgador, à luz do caso concreto, definir o que representa questão de ordem pública, bem como sua eventual violação. Dessa forma, a mitigação do art. 32 da Lei de Arbitragem confere liberdade para que os juízes prevejam anulações de sentenças arbitrais fundamentando-se exclusivamente em seu convencimento.

Independentemente da mitigação do rol, existem duas hipóteses de anulação da sentença arbitral devido à violação do dever de revelação do árbitro: os incs. II (item ii acima) e VIII (item vii acima). Em se tratando de hipóteses de anulação que decorram de questões relacionadas à imparcialidade e independência do árbitro, surge uma discussão quanto à aplicabilidade do instituto da preclusão, dado que o art. 20 da Lei de Arbitragem determina que a parte que pretender arguir questões relativas à suspeição ou impedimento do

9. CARMONA, Carlos. Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 256.

10. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.660.963/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 22.03.2019.

árbitro “deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.”

Os doutrinadores que entendem se tratar de mera ordenação do procedimento defendem que, nos casos de impedimento legal do árbitro, não é necessária prévia impugnação, por implicar absoluta presunção de parcialidade, dispensando, portanto, o rito a que se refere o art. 15 da Lei de Arbitragem¹¹.

Já os doutrinadores que defendem a aplicação da preclusão, inclusive nos casos de impedimento legal, o fazem com base em dois fundamentos. O primeiro fundamento advém do próprio Código de Processo Civil que estipula o prazo de 15 dias para que as partes suscitem questões relacionadas a impedimento ou suspensão (art. 146 do Código de Processo Civil). O segundo fundamento trata de que aguardar o resultado da sentença para então suscitar questões de imparcialidade e/ou independência que possam resultar em sua anulação viola os princípios da boa-fé e lealdade processual¹². Nesse sentido, Carlos Alberto Carmona¹³ defende que:

“[...] se as partes, sabedoras de motivo para afastamento do árbitro, deixam de alegá-lo, estão tacitamente concordando que tal motivo não causará a parcialidade do julgamento (ou, pelo menos, estão aceitando o risco de eventual parcialidade), e consequentemente não podem reservar-se o direito de, proferido o laudo, trazerem à baila a questão (a não ser, é claro, que o motivo de impedimento ou suspeição tenha sido descoberto posteriormente). A preclusão, aqui, ocorrerá se a parte que tiver conhecimento do motivo que possa levar à recusa do árbitro deixar de apresentar a respectiva exceção na primeira oportunidade que tiver.”

A sujeição da sentença à revisão judicial, não em seu mérito, mas exclusivamente a questões de procedimento, disposta no art. 32 da Lei de Arbitragem, possui consequência processual ainda mais grave, qual seja, a desconstituição da sentença arbitral. Em termos práticos, o art. 33 da Lei de Arbitragem, no caso de anulação de sentença, prevê que “[...] o árbitro ou o tribunal profira nova sentença arbitral.”

Nesse sentido, Carlos Alberto Carmona¹⁴ explica que “anulado o laudo, não pode o juiz togado passar ao exame da causa”, conquanto Letícia Barbosa e Silva Abdalla e Renata Lorenzi Iório¹⁵ explicam que “a depender do fundamento da anulação, uma nova sentença será

11. SILVEIRA, Bruno Furtado; PEGHINI, Cesar Calo. Impugnação judicial da investidura de árbitros: fundamentos, extensão e alcance. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, 71, p. 165-187, out.-dez. 2021.
12. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 365-366.
13. CARMONA, Carlos. Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 284.
14. CARMONA, Carlos. Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 424.
15. ABDALLA, Letícia Barbosa e Silva; IÓRIO, Renata Lorenzi. Art. 33. In: WEBER, Ana Carla; LEITE, Fabiana de Cerqueira. *Lei de Arbitragem comentada: Lei 9.307/1996*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 372.

proferida [...]. Por outro lado, na hipótese de ser nula a convenção de arbitragem, a jurisdição arbitral restará afastada”.

Portanto, a relevância prática da matéria é que a sentença proferida por árbitro impedido é passível de ação anulatória. Por essa razão Pedro Batista Martins¹⁶, em sua frase célebre que inaugurou este Capítulo, ressalta a importância da revelação para a arbitragem: viabilizar a prolação de sentença válida, livre de vícios¹⁷.

2.2 Nomeação do árbitro

A análise do dever de revelação deve inevitavelmente ser precedida da análise daquele que deve cumpri-lo: o árbitro. No Brasil, árbitro não é uma profissão, mas uma condição temporária. A possibilidade de escolha do árbitro afasta a aplicação, ou mesmo a violação, do princípio do juiz natural à arbitragem. Aquele que está na condição de árbitro não possui poder de império (*ius imperium*), tampouco poderes executórios (*executio e coercio*), mas o poder/dever de conhecer do direito (*ius cognitio*), isto é, o árbitro possui jurisdição de conhecer e julgar¹⁸.

Em que pese a expressão cunhada no art. 18 da Lei de Arbitragem, “o árbitro é juiz de fato e de direito”, a simetria entre o árbitro e o juiz togado é efêmera. Para Carlos Elias¹⁹, apesar de desempenharem o mesmo papel, árbitros e juízes não são equivalentes. Por isso, o autor interpreta esta frase, cunhada no art. 18 da Lei de Arbitragem, da seguinte maneira:

“simplesmente identifica o poder do árbitro de conhecer e decidir imperativamente questões de fato e questões de direito que lhe são postas, nada dizendo sobre os limites ou o modo de exercício dos poderes processuais do julgador.”

As consequências jurídicas do descumprimento de seus deveres são espelhadas naquelas de um juiz togado, tendo responsabilidades civis, penais e disciplinares (art. 17 da Lei de Arbitragem). Todavia, diferentemente do juiz togado, o árbitro também está sujeito às consequências da lógica do mercado, visto que sua atuação depende de indicação ou aceitação das partes que buscam, na arbitragem, um meio de reduzir seus custos de transação²⁰. Nesse

16. MARTINS, Pedro Batista. Dever de revelação do árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 10, n. 36, p. 219-229, jan.-mar. 2013.

17. Referindo-se a esse efeito de afastamento das hipóteses de impedimento devido ao conhecimento informado das partes, alguns doutrinadores caracterizam a revelação como tendo um “efeito purificador”.

18. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 47.

19. ELIAS, Carlos. O árbitro é (mesmo) juiz de fato e de direito? Análise dos poderes do árbitro vis-a-vis os poderes do juiz no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 54, jul.-set. 2017. p. 98.

20. TIMM, Luciano Benetti; GUANDALINI, Bruno; RICHTER, Marcelo de Souza. Reflexões sobre uma análise econômica da ideia de arbitragem no Brasil. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. *20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrónio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 87-95.

cenário, uma má atuação do árbitro pode custar a confiança das partes, que deixarão de indicá-lo em futuros conflitos.

A legitimidade do árbitro deriva da confiança e da vontade das partes litigantes, enquanto o juiz togado não está sujeito à vontade das partes, mas sim do império da Lei. Além disso, a figura do árbitro é mais complexa, pois sua atuação depende da indicação ou do consentimento das partes, sendo incentivado a buscar mais relações e conquistar a confiança de mais litigantes. Por fim, a figura do árbitro conota personalidade, seja por sua especialidade, disponibilidade ou, até mesmo, por seu renome.

As partes possuem liberdade para nomear um árbitro de sua confiança, sendo que a Lei apenas veda sua atuação em casos de incapacidade e impedimento e suspeição. A capacidade a que se refere a Lei de Arbitragem não é capacidade técnica, mas jurídica, ou seja, todo aquele que não se enquadre em uma das hipóteses dispostas nos arts. 3º e 4º Código Civil. Os requisitos legais são permissivos e condizentes com o princípio da autonomia da vontade, que confere às partes a condução do procedimento. Acerca desta liberdade, Letícia Barbosa e Silva Abdalla²¹ ressalta que essa foi uma consciente escolha legislativa:

“A reforma ocorrida em 2015 (por meio da Lei 13.129, de 26.05.2015) também reafirmou o protagonismo das partes no processo de escolha e nomeação de árbitro, consolidando o respeito à autonomia privada. Isso porque, ao acrescentar o § 4.º ao referido artigo, o legislador permitiu às partes afastar as regras da instituição arbitral que limitem a escolha do árbitro único, co-árbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição.”

No entanto, apesar de sempre privilegiar e defender a livre escolha do árbitro, a doutrina aponta alguns critérios para que as partes consigam vetar a pessoa de forma mais objetiva. Para Ana Cândida Menezes Marcato e Fernanda Tartuce²², as partes deveriam escolher o árbitro a partir de quatro critérios, quais sejam, (i) confiança, (ii) capacidade técnica, (iii) disponibilidade e (iv) imparcialidade e independência.

A prática internacional de entrevistar o candidato a árbitro antes de nomeá-lo têm-se revelado importante e mais comum no Brasil. Para Thiago Marinho Nunes²³, não há impedimento legal para que os litigantes entrevistem o candidato a ser nomeado com vistas para identificar suas qualidades e adquirir confiança. O tema ainda não foi objeto de

21. ABDALLA, Letícia Barbosa e Silva. Processo de escolha e nomeação de árbitro. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. *20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrónio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 242.

22. MARCATO, Ana Cândida Menezes; TARTUCE, Fernanda. Escolha de árbitros(as) como critério de adequação e eficiência da arbitragem. In: MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt; QUINTANA, Guilherme Henrique Malosso; GONZALES RAMOS, Gustavo; BAQUEDANO, Luis Felipe Ferreira; BIOZA, Daniel Mendes; PARIZOTTO, Pedro Teixeira Mendes. *Homenagem ao Prof. Carlos Alberto Carmona*. São Paulo: Quartier Latin, 2022. v. I. p. 119-124.

23. NUNES, Thiago Marinho. A conduta ética na arbitragem sob a perspectiva do árbitro e seus auxiliares. In: WALD, Arnoldo.; LEMES, Selma Ferreira. *25 anos da Lei de Arbitragem (1996-2021): história, legislação, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 629.

regulamentação legal, mas as diretrizes criadas pela *International Bar Association* (IBA) e o *Chartered Institute of Arbitrators* (CIArb) não vedam essas práticas. A *IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration* entende que é vedada a tentativa de extrair a opinião do candidato acerca do mérito da disputa (Diretriz 8.d). Já, conforme aponta Thiago Marinho Nunes²⁴, o CIArb defende que o árbitro tome determinados cuidados, dentre eles:

- o mero fato de um potencial candidato ao posto de árbitro ser entrevistado pela parte ou por seu advogado, antes da efetiva indicação, não o torna impedido, não dando azo a impugnações;
- as entrevistas não devem ser realizadas em locais como restaurantes, bares, *lounges* etc., devendo ser realizadas por meio de áudio ou vídeo conferência, e os potenciais árbitros não devem aceitar qualquer remuneração, dádivas ou presentes pela participação na entrevista. Além disso, é recomendável que a entrevista contenha uma agenda de tópicos previamente definida e acordada entre entrevistado e entrevistador;
- potenciais candidatos a árbitros devem discutir com as partes ou seus advogados, além de sua independência e imparcialidade, questões relativas a sua experiência profissional, atitudes adotadas, de uma forma geral, na forma de condução dos procedimentos, *expertise* na matéria em discussão, estudos publicados, *inter alia*;
- é vedado aos potenciais candidatos ao posto de árbitro discutir matérias atinentes à causa propriamente dita, posições e argumentos das partes, fatos da disputa, enfim, tudo que tenha relação com o mérito da controvérsia. Se indagados para tanto, devem declinar de responder a tais questionamentos, diante de sua total impropriedade;
- no caso de entrevistas com candidatos a árbitros único ou presidente de tribunal arbitral, tais candidatos só devem aceitar participar da entrevista na presença conjunta das partes e/ou seus advogados, excetuados os casos em que uma das partes/advogados prefiram não participar e não tenham objeção, após terem sido previamente informadas da entrevista.”

Os regulamentos das mais importantes câmaras arbitrais que atuam no Brasil exigem que os árbitros, uma vez nomeados, preencham questionários de disponibilidade e de conflitos de interesse, para que as partes litigantes possam pedir esclarecimentos ou até mesmo impugnar sua nomeação. Superada essa etapa e aceito o encargo, as partes e o árbitro ingressam em uma relação jurídica formal e consolidada.

O árbitro é um prestador de serviços *suis generis*, pois presta função jurisdicional ao passo que recebe remuneração sob a forma de honorários. O que não significa que basta a existência de relação contratual para que haja jurisdição, pois esta advém do compromisso arbitral, isto é, o árbitro é impossibilitado de cumprir sua função conquanto não haja compromisso arbitral válido. Ainda, diferente de uma prestação de serviços comum, não há subordinação entre o árbitro e as partes.

24. NUNES, Thiago Marinho. A conduta ética na arbitragem sob a perspectiva do árbitro e seus auxiliares. In: WALD, Arnaldo.; LEMES, Selma Ferreira. *25 anos da Lei de Arbitragem (1996-2021)*: história, legislação, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 631-632.

Para Judith Martins-Costa²⁵, há uma incompatibilidade entre a função de um mandatário e a função jurisdicional do árbitro, visto que, a sentença é proferida em seu nome e não em cumprimento ao mandato a ele outorgado. Essa incompatibilidade é o que torna a relação jurídica tão complexa, pois ao passo que deve cumprir seu mandato, o árbitro tem o poder-dever de decidir o conflito que se opõe a seus mandatários.

Essa relação jurídica, consubstanciada em contrato que na maioria dos casos não é reduzido a termo, consiste em uma relação personalíssima de confiança²⁶. A confiança é elemento central do contrato de árbitro, sendo inclusive a expressão utilizada pela Lei de Arbitragem (art. 13), pois na maior parte dos casos, as partes podem nomear um árbitro de sua confiança, mas a nomeação dos demais árbitros foge do seu controle, restando a análise de que os demais árbitros possuem capacidade técnica para julgar sem provocar desconfiança quanto a sua imparcialidade e independência²⁷.

Tratando-se de relação jurídica personalíssima de confiança, o dever de revelação decorre da inevitável necessidade de tornar o instituto mais justo e livre de vícios. Não por outra razão, a doutrina especializada comumente compara o exemplo da mulher de César ao papel do árbitro²⁸: assim como a mulher de César, que não deveria apenas ser honesta, mas também parecer honesta, o árbitro deve ser e parecer imparcial e independente.

2.3. Dever da parte de investigar o árbitro nomeado

Por vezes, imputar à parte o dever de realizar investigações acerca do árbitro que procura nomear, do árbitro nomeado pela parte contrária ou, até mesmo, do próprio árbitro presidente, pode parecer contraditório e contraproducente. Todavia, a investigação de possíveis conflitos do árbitro pela própria parte pode ser crucial para o resultado do procedimento, sendo eficiente ao eliminar a possibilidade de nomear um árbitro cujo impedimento é evidente.

Em algumas jurisdições, entende-se que é dever das partes investigar conflitos dos árbitros. Na Suíça, a jurisprudência consolidou entendimento de que as partes possuem o dever de curiosidade, devendo ativamente investigar conflitos de interesse. Recente julgado, emanado pelo Tribunal Federal da Suíça²⁹, trouxe à baila uma discussão ainda

25. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 361.

26. NANNI, Giovanni Ettore. Confiança na arbitragem: o seu papel no contrato intuitu personae de árbitro. In: NANNI, Giovanni Ettore; RICCIO, Karina; DINIZ, Lucas de Medeiros. *Comitê Brasileiro de Arbitragem e a Arbitragem no Brasil*: obra comemorativa ao 20º aniversário do CBAr. São Paulo: Almedina, 2022. p. 287-290.

27. NANNI, Giovanni Ettore. Confiança na arbitragem: o seu papel no contrato intuitu personae de árbitro. In: NANNI, Giovanni Ettore; RICCIO, Karina; DINIZ, Lucas de Medeiros. *Comitê Brasileiro de Arbitragem e a Arbitragem no Brasil*: obra comemorativa ao 20º aniversário do CBAr. São Paulo: Almedina, 2022. p. 302-303.

28. MARQUES, Ricardo Dalmaso. *O dever de revelação do árbitro*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 130.

29. Tribunal Federal da Suíça. 4A_318/2020. Sun Yang v. Agence Mondiale Antidopage (AMA) e Fédération Internationale de Natation (FINA), rel. Juiz Kiss, 22.12.2020. Disponível em [www.swissarbitrationdecisions.com/atf-4a-318-2020]. Acesso em: 25.10.2023.

mais interessante acerca da possibilidade de a parte cumprir seu dever de investigação, ainda que a informação seja pública, bem como a possibilidade do árbitro de expressar suas opiniões em redes sociais, restando decidido que o dever de curiosidade tem limites. No caso concreto, um atleta de natação chinês foi considerado culpado por violar regras *antidoping* por tribunal arbitral cujo presidente externalizava, por meio de sua conta no *Twitter*, diversos comentários pejorativos contra a população chinesa, informação que só foi descoberta ao longo do procedimento, em razão de um artigo escrito e publicado por um jornalista esportivo. Apesar da informação ser pública e disponível quando da instauração do procedimento, o Tribunal Federal suíço entendeu ser esperado que as partes apenas busquem informações de conflito em fontes como a instituição arbitral, escritório que patrocina a parte contrária e o escritório que o árbitro integra, não em todos os mecanismos de busca possíveis e disponíveis. Esse limite é imposto pelo entendimento de que o dever de revelação não pode ser confundido com o dever de curiosidade das partes.

Contrariamente, a jurisprudência francesa se consolidou no sentido de que o dever de revelação é mitigado pelo dever de curiosidade das partes nos casos em que a informação ou as circunstâncias são amplamente conhecidas. Sob esse entendimento, as partes podem perder o direito de utilizar a violação do dever de revelação como fundamento para fins de impugnação do árbitro ou da sentença³⁰.

Cumpra esclarecer que no Brasil não se trata de uma determinação legal expressa, mas de um avanço da doutrina especializada, inspirada na prática internacional, a qual aponta que as partes devem investigar possíveis conflitos do árbitro antes mesmo de nomeá-lo.

Para Judith Martins-Costa³¹ é contrário aos ditames da boa-fé que as partes tenham um papel meramente passivo, cabendo-lhes investigar “situações potenciais de conflito e discernir se tais situações são aptas para minar a relação de confiança”. Ainda, defende que a relação de investidura gera às partes o encargo de se informar sobre fatos disponíveis publicamente, isto porque o ônus de autoinformação é a “manifestação do dever geral de diligência para com os próprios interesses, que a todos incumbe”³².

Já o Enunciado 92 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, determina que “cabe às partes colaborar com o dever de revelação, solicitando ao árbitro informações precisas sobre fatos que eventualmente possam comprometer sua imparcialidade e independência. O árbitro não está obrigado a revelar informações públicas.”³³.

30. Corte de Apelação de Paris. 19/07575, rel. Clémentine Glemet, 25.02.2020, Vidatel LTD; Corte de Apelação de Paris. 19/10666, rel. M. François Ancel, 26.01.2021, Greenwich Enterprises Ltd.

31. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 365.

32. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 175.

33. Conselho da Justiça Federal. II Jornada de Prevenção e solução extrajudicial de litígios: enunciados aprovados. Brasília, Centro de Estudos Judiciários, 2021. Disponível em: [www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-enunciados]. Acesso em: 20.10.2023.

No Brasil, em julgado emanado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo³⁴, reconheceu-se que a parte teria falhado com seu dever de investigar o árbitro, consumando a preclusão do direito de impugnar a árbitra, nos termos do art. 20 da Lei de Arbitragem, razão que afastou a nulidade da sentença arbitral. No caso, a árbitra revelou que (i) havia atuado profissionalmente em favor da empresa Cargill Agrícola S/A entre os anos de 2001 e 2004, (ii) foi contratada, junto com seu cônjuge, a fornecer parecer em 2004 ao Grupo Cosan, integrado pela Rumo, e (iii) seu sogro e seu marido foram contratados a fornecer parecer a Cargill em 2004. Ainda assim, a autora da ação anulatória se quedou silente. O eminente relator entendeu que a parte teve a oportunidade de objetar a indicação da árbitra no momento de sua revelação, a ver:

“[...] a coárbitra propiciou à ora insurgente que, ciente já naquele oportuno tempo de tais vínculos profissionais, objetasse sua indicação ou, ao menos, investigasse mais a fundo o liame e solicitasse-lhe esclarecimentos e pormenores de pronto, e não apenas e convenientemente após a prolação da sentença que lhe desfavorecera, o que era perfeitamente viável.”

Além disso, o relator ponderou que a inércia da parte diante da revelação e sua tentativa de valer-se de falha própria do dever de investigar configura comportamento contraditório:

“Querer auferir com sua deliberada falta de diligência o benefício de ver extirpada a validade dos extensos degraus galgados no campo alternativo de resolução de disputas e do pronunciamento que o findou e culminou por não lhe ser benéfico caracteriza verdadeiro e repudiável comportamento contraditório, sintetizado pelo conhecido brocardo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.”

Observa-se, portanto, um avanço da doutrina e da jurisprudência no sentido de imputar às partes o dever de investigar conflitos do árbitro. De igual forma, ao desenvolver essa pesquisa, entende-se que este dever é atribuível às partes, pois a arbitragem é fundamentalmente baseada em sua vontade, de tal forma que sua inércia inviabiliza o procedimento. Além disso, o não reconhecimento deste dever, torna letra morta o art. 20 da Lei de Arbitragem, que prevê que cabe às partes argüirem questões relacionadas à imparcialidade e independência na primeira oportunidade que tiverem de se manifestar, implica em incentivar as partes a agirem ou adotarem manobras contrárias à boa-fé e guardarem as razões de impedimento para momento posterior à prolação da sentença, caso o resultado não lhe seja favorável. Esse fenômeno é conhecido como “nulidade de algibeira”, como aponta José Rogério Cruz e Tucci³⁵:

34. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 1076161-05.2017.8.26.0100, Rumo Logística Operadora Multimodal S/A contra Cargill Agrícola S/A., rel. Des. Francisco Casconi, de 08.09.2020.

35. TUCCI, José Rogério Cruz e. Impugnação de árbitro e preclusão temporal na jurisprudência. *ConJur*, 2021. Disponível em: [www.conjur.com.br/2021-mar-30/paradoxo-corte-impugnacao-arbitro-preclusao-temporal-jurisprudencia]. Acesso em: 15.10.2023.

“A rigor, na maioria dessas situações, a parte que sai derrotada no processo arbitral guarda ‘no bolso do colete’ a alegação (tardia) de suspeição do árbitro, para suscitá-la na ação judicial em que busca a anulação da sentença arbitral. É assim um caso clássico da denominada ‘nulidade de algebeira!’”

2.4. Natureza do dever de revelação

O dever de revelação está relacionado ao princípio constitucional de que todo cidadão tem direito a um julgamento imparcial e justo, a submissão do litígio à arbitragem não renuncia ou mitiga os requisitos da imparcialidade e da independência do julgador³⁶. É, em última análise, o dever de informar as partes³⁷, um exercício do árbitro de julgar a si próprio, a partir da visão das partes, para revelar aquilo que poderia ensejar dúvidas justificadas acerca de sua imparcialidade, com vistas a reduzir a assimetria informacional entre as partes e os árbitros.

Todavia, como apontado pela doutrina especializada, para entender o dever de revelação, é essencial não confundir imparcialidade com independência. Enquanto a independência está relacionada à ausência de proximidade social bem como à ausência de liames econômicos, a imparcialidade está relacionada ao prejulgamento da disputa, à tendência em relação a uma das partes ou da matéria. Carlos Elias³⁸ explica que, enquanto imparcialidade é um estado subjetivo do indivíduo, a independência é comumente entendida enquanto um critério objetivo, sendo por ele definida enquanto “a ausência de elemento potencialmente condicionante do julgamento, ou seja, a inexistência de um vínculo de subordinação ou de relação pessoal, social, negocial ou financeira objetivamente considerada entre o árbitro e a parte (ou seu advogado).”

Fouchard, Gaillard e Goldman³⁹ entendem que “Independence is a situation of fact or law, capable of objective verification. Impartiality, on the other hand, is more a mental state, which will necessarily be subjective”⁴⁰ e que são raras as situações nas quais é possível constituir

36. MARQUES, Ricardo Dalmaso. *O dever de revelação do árbitro*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 150.

37. A esse respeito, Judith Martins-Costa, Giovana Benetti, Rafael Branco Xavier e Pietro Webber afirmam que “apesar de integrar a gama dos deveres informativos, o dever de revelação não se confunde com a mera informação, pois supõe uma informação qualificada pela sua destinação: desvendar possíveis ou potenciais conflitos, permitindo às partes investigar eventual conflito de interesses” MARTINS-COSTA, Judith; BENETTI, Giovana; XAVIER, Rafael Branco; WEBBER, Pietro. Deveres e responsabilidades dos árbitros: entre o status e o contrato de investidura. In: MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt; QUINTANA, Guilherme Henrique Malosso; GONZALES RAMOS, Gustavo; BAQUEDANO, Luis Felipe Ferreira; BIOZA, Daniel Mendes; PARIZOTTO, Pedro Teixeira Mendes. *Arbitragem e processo: homenagem ao Prof. Carlos Alberto Carmona*. São Paulo: Quartier Latin, 2022. v. II. p. 154.

38. ELIAS, Carlos. *Imparcialidade dos árbitros*. São Paulo: Almedina, 2021. p. 29.

39. FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 564.

40. “Independência é uma questão de fato ou da lei, capaz de uma verificação objetiva. Imparcialidade, por outro lado, é um estado mental, o que necessariamente é subjetivo.” (tradução nossa).

uma prova de parcialidade, logo, defendem que os árbitros deveriam ser independentes, situação facilmente aferível e que, em tese, garante a liberdade de julgamento dos árbitros.

No mesmo sentido, Judith Martins-Costa⁴¹ defende que a independência é a essência da função jurisdicional do árbitro e as circunstâncias para contestá-la deve ser caracterizada “pela existência de vínculos materiais ou intelectuais, uma situação de natureza a afetar o julgamento do árbitro, constituindo um risco certo de prevenção com respeito a uma das partes na arbitragem”.

Aclaradas as diferenças entre imparcialidade e independência, cumpre esclarecer que a real importância do dever de revelação é permitir que partes tomem decisões informadas sobre a aceitação ou rejeição daquele que irá julgar seu litígio, munidas de informações relevantes, capazes de ensejar dúvidas quanto sua imparcialidade e independência.

O efeito prático da revelação vai além da mera ciência das partes, visto que, caso não haja impugnação, sua nomeação é confirmada, nessa hipótese parte-se do pressuposto de que, ao não impugnar o árbitro, os fatos revelados, que poderiam comprometer sua imparcialidade e independência, estão superados, conforme lecionam Fouchard, Gaillard e Goldman⁴²:

“This is the key benefit of the arbitrator’s duty of disclosure: if it has been scrupulously observed, it allows both the prospective arbitrator to assume his or her judicial role uncontested, and the arbitration to proceed without the risk of subsequent—and no doubt disruptive—challenges.”⁴³

Ainda nesse sentido, Carlos Alberto Carmona⁴⁴ defende que “mesmo nas hipóteses claras de impedimento e suspeição, podem perfeitamente as partes, conhecendo a circunstância, acordar na indicação do árbitro”, em consonância com o § 2º do art. 14 da Lei de Arbitragem que prevê que as razões de impugnação do árbitro só podem ser aquelas conhecidas após sua nomeação, interpretado pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), em manifestação apresentada no âmbito da ADPF 1.050, da seguinte forma:

“O legislador, cioso da segurança jurídica, vislumbrou que, com o cumprimento do dever de revelação e com as oportunidades de as partes formularem os questionamentos que bem entenderem ao árbitro, tem-se uma situação de amplo conhecimento sobre os fatos que poderiam causar dúvida justificada quanto à imparcialidade e independência de um árbitro no momento da nomeação daquele árbitro. Logo, diante desse conhecimento de algum desses fatos e da escolha deliberada das partes de seguir com aquele árbitro (em que

41. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 363.
42. FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 584.
43. “Esse é um benefício chave do dever de revelação dos árbitros: se observado de forma escrupulosa, permite que o futuro árbitro assumo seu papel jurisdicional sem contestação e que a arbitragem prossiga sem o risco de subseqüentes – e sem dúvidas perturbadoras – contestações.” (tradução nossa).
44. CARMONA, Carlos. Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 252.

pesem algum desses fatos), o legislador presumiu corretamente que não haveria razões para se tentar uma futura recusa daquele árbitro em virtude daquele mesmo fato anteriormente conhecido.”

Justamente por isso, Judith Martins-Costa⁴⁵ defende que o direito das partes de objetar a independência e a imparcialidade do árbitro preclui caso a parte não cumpra os ditames do art. 20 da Lei de Arbitragem, que obriga as partes a arguirem questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro na primeira oportunidade que tiverem de se manifestar. Acerca do instituto da preclusão, Eduardo de Albuquerque Parente⁴⁶ entende que:

“Em resumo, a preclusão encontra a sua razão de ser justamente na procura pelo bom andamento do processo, pela manutenção de sua marcha rumo a um resultado [...] No entanto, o instituto [da preclusão], se tão importante no processo estatal, está longe de ter a mesma expressão no arbitral. Em prol da verdade, pode-se dizer que ele praticamente inexistente no processo arbitral nos termos do modelo estatal. O que ocorre, no mais das vezes, de fato, é o poder do árbitro de coibir condutas dolosas – como quebrar retardar o procedimento ou tomar vantagem pelo não cumprimento do prazo fixado – mediante sanções processuais semelhantes à preclusão [...]”

O dever de revelação, apesar de previsto em Lei, surge da relação contratual das partes com o árbitro. Assim como da confiança depositada pelas partes de que, diante de um conflito, o árbitro irá cumprir o seu dever, informando-as sobre qualquer fato que possa, aos seus olhos, denotar dúvida justificada acerca do árbitro. Dessa forma, o dever de revelação possui natureza contratual.

Contudo, apesar de sua natureza contratual, esse delicado sistema de freios éticos possui consequências processuais, como visto no Capítulo 2.1.

2.5. Extensão do dever de revelação

Se revelar é um exercício do árbitro de julgar a si próprio a partir da visão das partes, para revelar aquilo que poderia ensejar dúvidas justificadas de sua imparcialidade. Portanto, qual seria então a profundidade de tal “autojulgamento”?

Essa pergunta é repetida reiteradas vezes por todos os atores que participam, em alguma medida, do meio arbitral. Entender a extensão de um dever é uma tarefa complexa, dado que esta é sua característica subjetiva. Comumente as particularidades do caso concreto levam o julgador a decidir se a parte cumpriu ou não o seu dever.

É certo que o dever de revelação do árbitro não é infinito, pois seria impossível averiguar todas as formas de conflito com as partes. Ao mesmo tempo, o dever de revelação não

45. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 366.

46. PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 120-121.

pode ser restrito àquilo que o árbitro se recorda quando do momento das respostas aos questionários de disponibilidade e independência. Por isso, Carlos Elias⁴⁷ defende que o cumprimento do dever de revelação implica inclusive a necessidade de se investigar eventos os quais razoavelmente poderia conhecer. Ocorre que, com a necessária celeridade do procedimento arbitral, cumulada com os meios disponíveis ao árbitro, é inviável exigir que se realize uma verdadeira *due diligence*, bastando que haja a averiguação da existência de conflitos.

Em tese, o dever de revelação apenas surge diante de fatos ou eventos que estão ocultos. Assim, fatos públicos não precisariam ser revelados. Ocorre que a discussão não recaí sobre a desnecessidade de revelação de informações públicas – esse tema parece superado –, mas sobre o que seria uma informação pública. Ricardo Dalmaso Marques⁴⁸ defende que, nesses casos, cabe às partes investigarem e aos árbitros serem cautelosos:

“[...] ao árbitro, que revele aquilo que efetiva ou possivelmente não é conhecido pelas partes, e, às partes, que busquem as informações que lhes estejam razoavelmente à disposição sobre a pessoa do proposto árbitro – em especial, quando as partes não o conhecem (e, portanto, quanto a esse haveria mais razões para buscar informações). Existiria, assim, ao árbitro, o dever de investigar e ponderar se o fato é de ciência efetiva ou presumida das partes, e, às partes, o dever de investigar minimamente na sua ponta, já que o dever de informar não é estático.”

Entre as informações públicas mais comuns, estão, por exemplo, a atuação acadêmica – elaboração de artigos e livros em coautoria –, a participação de eventos e congressos, a filiação as mesmas instituições e órgãos de classe e até mesmo a atuação conjunta como árbitros em outros painéis⁴⁹. No Brasil, não há determinação legal expressa a respeito. Contudo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁵⁰ já determinou que, com base nos currículos dos árbitros, a parte tinha condição de saber da coautoria em obras jurídicas⁵¹.

Na visão de Thomas Clay⁵², a extensão do dever de revelação é dúbia, cabendo a determinado ordenamento jurídico adotar uma destas visões conflitantes:

47. ELIAS, Carlos. *Imparcialidade dos árbitros*. São Paulo: Almedina, 2021. p. 215.

48. MARQUES, Ricardo Dalmaso. *O dever de revelação do árbitro*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 200-201.

49. Apesar de não ser comum no Brasil, aplicativos e sites especializados – como o JusMundi – têm se mostrado importantes ferramentas para checagem de conflitos de interesse, na medida em que revelam informações como a composição do tribunal arbitral e até mesmo a própria sentença proferida.

50. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível 1048961-82.2019.8.26.0000, rel. Des. Paula da Rocha Silva e Formoso, de 10.03.2021.

51. “em razão [...] das informações constantes dos currículos dos árbitros, os recorrentes já tinham condições de saber (...) sobre a coautoria em obras jurídicas”.

52. CLAY, Thomas. La disparition de l'obligation d'indépendance de l'arbitre au profit de l'obligation de révélation, note sous Paris 1re Ch. C. 12 février 2009. *Revue de L'Arbitrage*, Paris, jan. 2009. p. 190 *apud* FERRO, Marcelo Roberto. Apontamentos sobre a independência dos árbitros. In: ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 873-874.

“Soit on estime qu’à l’impossible nul n’est tenu et qu’on ne saurait reprocher à l’arbitre de ne pas révéler dès faits qu’il ignore. Soit on attend de lui qu’il soit en mesure de révéler tout ce qui pourrait mettre en cause de près ou de loin son indépendance, qu’il mène une enquête approfondie s’il le faut, qu’il actualise régulièrement ses investigations et qu’il informe les parties dès qu’un élément est suspect.”⁵³

Por um lado, parece evidente que o árbitro não precisa revelar o que desconhece, visto que tudo aquilo que o árbitro desconhece não é capaz de violar sua imparcialidade e capacidade de analisar a disputa de forma isenta. A discussão, contudo, é mais delicada quando se trata de fatos do qual o árbitro desconhece, mas ainda assim podem afetar sua independência. O exemplo real desse caso *sui generis* é justamente o caso Abengoa: o árbitro atua como consultor de escritório de advocacia internacional em que uma de suas inúmeras filiais recebe pagamentos expressivos de uma das empresas do grupo ao qual um dos litigantes integra. Por um lado, é certo que seu desconhecimento do fato não afeta sua imparcialidade, dado que se trata de um critério subjetivo, porém, objetivamente, há uma dependência financeira do árbitro para com o grupo, o que o impede de julgar a causa.

Essa tênue distinção é verificável casuisticamente. O julgador precisa primeiro analisar o nexo de causalidade entre o árbitro e a empresa, depois analisar se há uma dependência e qual sua natureza, considerando seu grau, pois a depender dele, é evidente que este não será capaz de impactar seu julgamento. É o caso, por exemplo, de árbitro que atua em causa cuja parte é uma empresa em que investe. Nesses casos, seu grau de imparcialidade, ou até mesmo de independência, deve ser verificado a partir de uma análise quantitativa do valor investido: um valor insignificante não tem o condão de impedir sua atuação, mas o investimento de valores expressivos pode resultar em impedimento. É o caráter econômico da relação que ditará o grau de independência do árbitro.

Como visto anteriormente, reduzir as infinitas hipóteses de impedimento, verificadas casuisticamente, a um rol taxativo não é uma ideia cultivada pela doutrina especializada.

Diante desse desafio, as Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional se mostraram valiosas fontes de hipóteses exemplificativas de impedimento de árbitros. Apesar de não possuir eficácia jurídica vinculante, a *soft law* é utilizada e reconhecida internacionalmente. Sobre ferramentas de *soft law*, em particular das Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional, André de Albuquerque Cavalcanti Abbud⁵⁴ aponta precedente da Suprema Corte Federal Suíça que decidiu:

53. “Ou acreditamos que ninguém é obrigado a fazer o impossível e que não podemos culpar o árbitro por não revelar fatos que desconhece. Ou esperamos que ele seja capaz de revelar tudo o que possa causar, direta ou indiretamente, dúvida sobre sua independência, para realizar uma investigação aprofundada se necessário, de atualizar regularmente suas investigações e de informar as partes assim que um elemento parecer suspeito” (tradução nossa).

54. ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 22.

“Certamente as Diretrizes não têm força de lei, mas constituem valiosa ferramenta de trabalho para contribuir com a harmonização e uniformização de padrões aplicáveis no campo da arbitragem internacional para a regulação de conflitos de interesses. Nesse sentido, esse instrumento deve impactar a prática das cortes e instituições administradoras de procedimentos arbitrais. [...] Seria desnecessário dizer que, independente da existência de tais listas, as circunstâncias de cada caso serão sempre decisivas para determinar se há algum conflito de interesses.”

As Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional são divididas em duas partes. A primeira trata dos princípios gerais que regem a imparcialidade, a independência e o dever de revelação dos árbitros, enquanto a segunda apresenta três listas exemplificativas de circunstâncias concretas que devem ser reveladas. As três listas são: a vermelha, a laranja e a verde.

A Lista Vermelha inclui aquelas situações que sempre devem ser reveladas pelos árbitros, destacando-se quatro situações consideradas irrenunciáveis pelas partes e que, portanto, devem ensejar a recusa do árbitro à nomeação, quais sejam: (i) o árbitro é representante legal ou funcionário da parte, (ii) o árbitro é administrador, diretor ou membro de órgão supervisor da parte ou de empresas que possuem interesse econômico no resultado da arbitragem, (iii) o árbitro possui interesse financeiro ou pessoal significativo no resultado da arbitragem, e (iv) o árbitro ou seu escritório de advocacia obtém proveito financeiro relevante da parte. Todas as hipóteses na qual a independência do árbitro é afetada. Quanto às hipóteses que afetam a imparcialidade, a Lista Vermelha aponta 14 hipóteses nas quais o árbitro deve revelar.

A Lista Laranja inclui outras hipóteses que também devem ser reveladas, porém, cujos efeitos são considerados mais brandos. Situações como a participação do árbitro em outros procedimentos que envolvam uma das partes do litígio ou o mesmo escritório de advocacia que as patrocina, contratação de pareceres legais, entre outras.

Já a Lista Verde inclui hipóteses em que o árbitro não precisa revelar, pois não são capazes de gerar conflitos aparentes ou efetivos. Entre as hipóteses, destaca-se: (i) emissão de opinião jurídica sobre a mesma matéria que será tratada na arbitragem, (ii) prestação de serviços atuais a uma das partes em assunto não relacionado ao litígio cujo benefício econômico não é significativo, (iii) mesma filiação profissional das partes ou de seus advogados, leciona na mesma faculdade que outro representante de uma das partes e (iv) o árbitro possui uma das partes ou seus representantes em rede social.

A extensão do dever de revelação é subjetivo e depende da análise do caso concreto, pois ao passo que não se pode esperar que o árbitro apenas seja obrigado a revelar aquilo que se recorda quando de sua nomeação, também não é razoável esperar que o árbitro realize uma verdadeira *due diligence* de seu passado em busca de conflitos. Portanto, o árbitro deve revelar eventos que razoavelmente poderia conhecer.

2.6. O dever de revelação à luz da lei de arbitragem

O dever de revelar é um princípio basilar da arbitragem nacional e internacional, amplamente difundido, aceito e incorporado em diversas legislações. O dever de revelar, no âmbito internacional, apresenta a mesma racionalidade da legislação pátria: o árbitro deve revelar

tudo aquilo que possibilite o surgimento de dúvidas justificáveis, também denominadas dúvidas razoáveis, de sua imparcialidade ou independência.

A Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional⁵⁵ utiliza do termo *justifiable doubts*⁵⁶, conceito também cunhado nos Códigos de Processo Civil da Alemanha e da Bélgica.

Na França, apesar de o respectivo Código de Processo Civil determinar que antes de aceitar a missão de ser árbitro, este deve revelar todas as circunstâncias capazes de afetar sua independência ou sua imparcialidade⁵⁷, a Corte de Apelação de Paris desenvolveu um teste para fatos que não precisam ser revelados pelos árbitros, baseado em duas condições: (i) se o fato for de conhecimento público ou (ii) se o fato não suscitar dúvida razoável da independência ou imparcialidade do árbitro⁵⁸. Depreende-se de trecho da decisão da Corte de Apelação de Paris⁵⁹, que anulou sentença arbitral: “Il existait entre cet arbitre et l’une des parties des liens d’intérêts tels que la connaissance de cette situation par l’autre partie n’aurait pu que susciter chez elle un doute raisonnable sur l’indépendance d’esprit de cet arbitre, et à tout le moins justifier une demande de récusation.”⁶⁰

No Reino Unido, o *English Arbitration Act*, no mesmo sentido da Lei-Modelo da UNCITRAL, também utiliza o termo *justifiable doubts*, tendo a respectiva Suprema Corte, em julgado recente, confirmado esse entendimento, ao utilizar o padrão de dúvida razoável para julgar que o árbitro, naquela circunstância, tinha o dever de revelar e ao verificar a alegação de imparcialidade do árbitro por meio do seguinte teste: se, a partir do ponto de vista de um observador imparcial e informado, baseado nos fatos e circunstâncias conhecidos naquele momento, o árbitro seria removido⁶¹.

-
55. A Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional tem por objetivo modernizar as legislações pátrias sobre o direito privado, promovendo a uniformização das regras internacionais sobre os negócios comerciais.
 56. “Article 12. Grounds for challenge (1) When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him.”
 57. “Art. 1456. Le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée. A cette date, il est saisi du litige. Il appartient à l’arbitre, avant d’accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d’affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l’acceptation de sa mission.”
 58. FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 589.
 59. Revue de L’arbitrage. Société Raoul Duval v. Société Merkuria Sucden. *Revue de l’arbitrage*, Paris, 1996. p. 411.
 60. “Existiam ligações de interesse entre o árbitro e uma das partes, as quais só poderiam ter suscitado dúvidas razoáveis sobre a independência de espírito deste árbitro e, no mínimo, justificar um pedido de recusa” (tradução nossa).
 61. Suprema Corte do Reino Unido. UKSC 48. Halliburton Company contra Chubb Bermuda Insurance Ltd. rel. Lord Reed, 27.11.2020.

O conceito de dúvida justificada também ressoa entre os principais e mais importantes arbitralistas internacionalmente reconhecidos⁶² e os principais mecanismos de *soft law*, como as Diretrizes sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional da *International Bar Association*.

A experiência internacional expõe as dificuldades de balizar o que seria justificável, ou razoável, em termos de revelação do árbitro. A maioria dos países de tradição de *common law* adotam o “teste de parcialidade” (*test of bias*), diferenciando as causas de parcialidade em categorias. As causas de verdadeira parcialidade (*real* ou *actual bias*), as causas de aparente parcialidade (*apparent bias*) e as causas que podem levar a um risco de parcialidade (*risk of real bias*). Ocorre que, ainda que diversos países realizem testes de parcialidade, seus métodos são distintos e por vezes variam a depender da corte de um único país. Isso porque a análise da prova de parcialidade submetida pode ser verificada por meio da perspectiva do tribunal, de um terceiro informado ou até mesmo das próprias partes⁶³.

A respeito da grande diversidade de métodos para aferir imparcialidade internacionalmente, Sam Luttrell realizou extenso estudo no Reino Unido, em países da Europa, nos Estados Unidos e na Ásia. Para Luttrell⁶⁴ há três diferentes tipos de teste: (i) *reasonable apprehension test*, que consiste na verificação de mera apreensão de imparcialidade, (ii) *real possibility test*, que exige uma possibilidade real de que o árbitro agiu de forma parcial e (iii) *real danger test*, que exige a existência de um perigo real de parcialidade, isto é, materialidade do evento. O autor defende a aplicação de um teste cujo padrão (*standard*) seja o maior, *the real danger test*, que consiste na verificação de uma real possibilidade de que o árbitro tenha agido de forma imparcial para que sua nomeação seja impugnada ou a sentença anulada. Para Luttrell⁶⁵, este teste teria o condão de “make it harder to succeed on an allegation that there was a lack of impartiality and independence. This makes the arbitral process more effective and the award stronger at the all-important enforcement stage.”⁶⁶

A título de exemplificação, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América⁶⁷ fixou, como critério para avaliar a parcialidade do árbitro, a evidente parcialidade, em decorrência de determinação expressa do *Federal Arbitration Act*⁶⁸. Todavia, a amplitude do

62. BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 3. ed. Londres: Kluwer Law International, 2021. p. 161-162; BLACKBARRY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, parágrafo 1.36.

63. MARQUES, Ricardo Dalmaso. *O dever de revelação do árbitro*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 123-127.

64. LUTTRELL, Sam. *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: The Need for a “Real Danger” Test*. Hague: Kluwer Law International, 2009. v. 20. p. 8.

65. LUTTRELL, Sam. *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: The Need for a “Real Danger” Test*. Hague: Kluwer Law International, 2009. v. 20. p. 8.

66. “[...] dificultar o sucesso de uma alegação de falta de imparcialidade e independência. Isto torna o processo arbitral mais eficaz e a sentença mais forte na importante fase de execução.” (tradução nossa).

67. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Commonwealth Coatings*. 393 U.S. 145, 151. rel. Justice Black, 1968.

68. Artigo 9, § 10(a)(2): “In any of the following cases the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order vacating the award upon the application of any party to the arbitration [...] where there was evident partiality or corruption in the arbitrators [...]”.

conceito e a falta de regras para sua aplicação resultaram na utilização de diferentes critérios pelas cortes americanas.

Em que pese as divergências internacionais, o critério implicitamente contido na Lei de Arbitragem, e majoritariamente adotado pelos doutrinadores brasileiros, é de que o árbitro deve revelar fatos que, na perspectiva das partes, possa denotar dúvida razoável quanto à sua imparcialidade e independência.

A interpretação do art. 14 da Lei de Arbitragem perpassa interessante discussão interpretativa das normas jurídicas. Por um lado, a tendência de simplificar e traçar paralelos entre as normas, por outro a interpretação extensiva tomando por base os princípios que fundamentaram a criação daquela norma.

Carlos Maximiliano⁶⁹ aponta como uma das principais causas de interpretação viciosa e incorreta da lei a tendência de generalizar, a qual define como “a de preferir instintivamente os princípios absolutos; só depois de refletir se aceitam as exceções, muito mais difíceis de ensinar aos indoutos do que as regras gerais”.

Eros Grau⁷⁰ ensina que a interpretação das normas jurídicas não pode ocorrer sem que haja uma real compreensão dos princípios que lhe garantem concreção, no caso do referido artigo, nesta pesquisa, entende-se tratar dos princípios da autonomia da vontade e da livre escolha do árbitro.

À luz desses princípios e considerando o famoso brocardo “verba cum effectu sunt accipienda”⁷¹, concorda-se com a necessidade de aferir a imparcialidade e a independência sob a perspectiva das partes litigantes, justamente por ser as partes o foco central de todo o procedimento arbitral, afinal, a cláusula arbitral é firmada, o tribunal arbitral é constituído e as regras do procedimento são estipuladas de acordo com a vontade das partes, logo, seria incongruente se valer da perspectiva de qualquer outro agente para aferir a parcialidade do árbitro.

Além disso, o dever de revelação do árbitro se estende por todo o procedimento arbitral, como explicado por Thiago Marinho Nunes⁷². O cumprimento deste dever é, de fato, contínuo – da nomeação até a prolação da sentença – e consiste em obrigação de resultado, visto que é dever do árbitro prolatar sentença válida e eficaz. No mesmo sentido, Marcelo Ferro⁷³ defende que:

“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

69. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 85.

70. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 201.

71. Do latim, nas traduções de Carlos Maximiliano: “Não se presumem, na lei, palavras inúteis”, ou ainda, “Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia”.

72. NUNES, Thiago Marinho. Do Tribunal Arbitral. In: SILVA, Eduardo Silva da; GUERRERO, Luis Fernando; NUNES, Thiago Marinho. *Regras da arbitragem brasileira: comentários aos regulamentos das Câmaras de Arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons; CAM-CCBC, 2015. p. 43-44.

73. FERRO, Marcelo Roberto. Apontamentos sobre a independência dos árbitros. In: ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 853.

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.”

No conhecido caso *Abengoa (Abengoa v. Adriano Ometto)*⁷⁴, o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de analisar diversas questões diretamente relacionadas ao dever de revelação do árbitro e as consequências do seu não cumprimento. Tratava-se de homologação de sentença arbitral estrangeira que já havia sido contestada na Justiça Federal dos Estados Unidos, sendo o pedido julgado improcedente. Perante o Superior Tribunal de Justiça, a *Abengoa* alegou a existência de fatos incontroversos que impunham o afastamento do árbitro, entre elas o recebimento de vultosos honorários pelo escritório de advocacia do qual o árbitro era sócio e a confissão do árbitro em não ter realizado a conferência do conflito quando da instituição do procedimento arbitral.

Em voto que abriu a divergência, o Ministro João Otávio de Noronha entendeu que a prerrogativa da imparcialidade é uma questão de ordem pública, motivo pelo qual o Superior Tribunal de Justiça tem o dever de analisar os fatos à luz da legislação pátria.

Acompanhando a divergência, a Ministra Nancy Andrighi afirmou, a partir de uma análise do art. 14 da Lei de Arbitragem em comparação aos arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil, que o dever de revelação “estabelece uma dimensão aberta, muito ampla desse dever, em razão das peculiaridades mesmas da arbitragem, forma privada de composição de litígios”. A Ministra ainda reforçou: “durante todo o curso do procedimento arbitral até o seu fim, tem o árbitro o dever de revelar qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade”. Por entender que era dever ético do árbitro renunciar ao cargo ou, pelo menos, revelar o recebimento dos honorários, votou pelo indeferimento da homologação da decisão arbitral estrangeira.

Ainda que não mencionado expressamente nos votos ou no acórdão, ao indeferir a homologação da sentença arbitral estrangeira, o Superior Tribunal de Justiça se valeu do critério adotado pela Lei para avaliar se o árbitro naquele caso concreto tinha o dever de revelar.

Embora a violação do dever de revelação do árbitro possa levar à anulação da sentença arbitral, apenas a violação não é capaz de invalidar o procedimento, sendo preciso realizar a análise minuciosa do caso concreto. Isto porque, como explica Carlos Elias⁷⁵, a “violação do dever de revelação não da causa, *per se*, à parcialidade do árbitro”. No mesmo sentido, Ricardo Dalmaso Marques⁷⁶ afirma que “uma coisa é aferir se houve quebra aparente ou evidente da imparcialidade [...], e outra, totalmente diferente, se foi violado o dever de revelação, que consiste em um passo anterior”⁷⁷. Por isso, o processo de anulação de sentença arbitral deve

74. BRASIL. Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. SEC 9.412/EX, rel. Min. Felix Fischer, rel. para acórdão Ministro João Otávio de Noronha, j. 19.04.2017.

75. ELIAS, Carlos. *Imparcialidade dos árbitros*. São Paulo: Almedina, 2021. p. 219.

76. MARQUES, Ricardo Dalmaso. *O dever de revelação do árbitro*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 285.

77. Ainda sobre o assunto, o Enunciado 110 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios determina que: “A omissão do árbitro em revelar às partes fato que possa denotar dúvida quanto à sua

demonstrar a materialidade e a prejudicialidade da falta de imparcialidade e/ou independência do árbitro⁷⁸. Conforme defende Selma Lemes⁷⁹:

“Em ação de anulação de sentença arbitral tendo como fundamento o disposto no art. 32, II, da Lei 9.307/1996 (‘emanou de quem não podia ser árbitro’) e a ausência de revelação pelo árbitro, o que deve ser avaliado pelo juiz não é a falta de revelação, mas se o fato não revelado era capaz de influenciar no julgamento e se representaria falta de independência e imparcialidade do árbitro.”

Em ações anulatórias de sentenças arbitrais, o critério de dúvida justificada não deve ser utilizado apenas para fins de análise da violação dos deveres de revelação do árbitro, mas também para aferir se o fato não revelado é capaz de ensejar a imparcialidade ou apontar uma relação de dependência do árbitro, hipótese que, como defende Thiago Marinho Nunes⁸⁰, precisa de materialidade:

“Um trabalho de anos realizado não pode ser perdido por uma simples inferência, ainda mais quando cabia ao autor da demanda anulatória o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, o que não fora feito, conforme a sentença que julgou improcedente a ação anulatória. A metodologia de produção probatória prevista no sistema processual civil brasileiro deve imperar para a elucidação dos fatos. Em especial quando o que se está em jogo é complexo processo arbitral, o qual foi escolhido pelas próprias partes contendentes, as quais provavelmente incorreram em razoáveis dispêndios financeiros com tal demanda. É a característica concentrada do processo arbitral – de início, meio e fim – que não pode ser olvidada pelo julgador. É preciso que se tenha sensibilidade e consciência ao verificar quando a parte sucumbente na arbitragem tenta se valer de todo e qualquer meio para não cumprir eventual decisão que lhe condenou.”

Sem esse critério, não haveria necessidade de se analisar a materialidade e o nexo de causalidade entre o evento e a imparcialidade, e o mero descumprimento do dever de revelação seria suficiente para anular sentenças arbitrais, o que é tecnicamente equivocado.

Recente caso, em sede de ação anulatória de sentença arbitral ajuizada perante o Poder Judiciário do Estado de São Paulo⁸¹, revela conjunto fático único e específico, no qual um dos

imparcialidade e independência não significa, por si só, que esse árbitro seja parcial ou lhe falte independência, devendo o juiz avaliar a relevância do fato não revelado para decidir ação anulatória.”

78. FINKELSTEIN, Cláudio. A ‘guerrilha’ no procedimento arbitral: O dever de revelação do árbitro. *FGV Blog de Arbitragem*, 2021. Disponível em: [www.fgvblogdearbitragem.com.br/post/a-guerrilha-no-procedimento-arbitral-o-dever-de-revela%C3%A7%C3%A3o-do-%C3%A1rbitro]. Acesso em: 15.10.2023.
79. LEMES, Selma Ferreira. O dever de revelação do árbitro, o conceito de dúvida justificada quanto a sua independência e imparcialidade) art. 14, § 1º, da Lei 9.307/1996) e a ação de nulidade de sentença arbitral (art. 32, II, da Lei 9.307/1996). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 36, 2013. p. 242.
80. NUNES, Thiago Marinho. Fato não revelado na arbitragem e produção de provas. *Migalhas*, 2023. Disponível em: [www.migalhas.com.br/coluna/arbitragem-legal/392585/fato-nao-revelado-na-arbitragem-e-producao-de-provas]. Acesso em: 25.10.2023.
81. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento 2061531-53.2023.8.26.0000, rel. Des. Jorge Tosta, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 12.09.2023.

árbitros teria revelado que dentre suas atividades profissionais “[...] inclui-se a elaboração de pareceres para serem utilizados em juízo ou em arbitragem” e que poderia aceitar pedidos até “[...] mesmo que por alguns dos escritórios envolvidos neste procedimento, mas desde que no interesse de outras partes e sobre matérias diversas das tratadas na arbitragem”. Todavia, ao longo do procedimento arbitral o árbitro teria elaborado três pareceres jurídicos encomendados pelo escritório de advocacia de uma das partes na arbitragem, sendo que um deles tratava de matéria cujos fundamentos jurídicos guardavam semelhança com os fundamentos discutidos no procedimento. Além disso, este árbitro também foi indicado pelo mesmo escritório em outra arbitragem.

Tal caso é paradigmático no sentido de apartar a análise do dever de revelação e a análise da imparcialidade e independência do árbitro, visto que, seria razoável aferir, uma vez feita a revelação e sendo de conhecimento público a elaboração dos pareceres – como alegavam as requeridas –, o árbitro não teria violado seu dever de revelação, mas, ainda assim, sua imparcialidade e independência estaria prejudicada, dado o vínculo econômico com os patronos de uma parte do procedimento arbitral. Ou ainda, que a revelação foi insuficiente e genérica, portanto, houve violação do dever de revelação, mas sua imparcialidade e independência não restou prejudicada, dado o conjunto fático do caso concreto.

Conclui-se que a escolha do sistema arbitral brasileiro pela livre escolha de árbitros, deixando a critério daquele escolhido para julgar o fato que deve revelar, é o fio condutor do § 1º do art. 14 da Lei de Arbitragem: o entendimento de que não é possível padronizar os motivos pelos quais um árbitro pode ser imparcial. Carlos Elias⁸² explica que a dificuldade de padronização da imparcialidade decorre da “grande variedade de hipóteses possíveis de ocorrer nos casos concretos” e da “dificuldade de preenchimento do suporte fático da norma a ser aplicada”.

Além disso, as partes, pela própria natureza personalíssima do contrato de investidura, não de priorizar a manutenção dos árbitros. Isso porque, aquele árbitro, em detrimento de diversos outros, foi nomeado para dirimir a controvérsia, sendo evidente que as partes, quando da nomeação, de boa-fé, criaram a legítima expectativa de que a função jurisdicional seria exercida por ele e, ao fim do procedimento, seria proferida sentença arbitral final válida e exequível. Assim, a impugnação de um árbitro, ou ainda, mais grave, a anulação da sentença, são medidas excepcionais, que devem ser analisadas à luz do caso concreto e baseadas em provas robustas.

2.7. Conclusões preliminares

a) Qualquer pessoa capaz e que possua a confiança das partes pode ser árbitro. Árbitro não é uma profissão, mas uma condição temporária. Aquele que está na condição de árbitro possui jurisdição para conhecer e julgar, tendo o poder/dever de conhecer do direito. O

82. ELIAS, Carlos. *Imparcialidade dos árbitros*. São Paulo: Almedina, 2021. p. 237.

árbitro está submetido à lógica do mercado, visto que sua legitimidade deriva da confiança e da vontade das partes;

b) a relação árbitro-parte é uma relação jurídica de mandato, personalíssima e focada na confiança;

c) ao nomear um árbitro, as partes podem investigar possíveis conflitos a fim de evitar nomeações de árbitros claramente conflitados, ampliando a eficiência do procedimento;

d) uma vez nomeado, o árbitro deve cumprir o seu dever de revelação, que inclui o dever de investigar possíveis conflitos de interesse. O dever de investigar do árbitro é limitado pelos meios que razoavelmente possui e tem acesso;

e) o árbitro deve revelar eventos que, na perspectiva das partes, possa denotar dúvida justificável – razoável – de sua imparcialidade e independência;

f) o dever de revelação se estende por todo o procedimento arbitral;

g) a finalidade da revelação é permitir que as partes tomem decisões informadas sobre a aceitação ou recusa do árbitro;

h) a consequência da não impugnação do árbitro é a superação dos fatos revelados, ainda que estes caracterizem casos típicos de impedimento e suspeição;

i) apenas a violação do dever de revelação não é capaz de macular a sentença arbitral. É preciso analisar as questões de forma separada e casuística;

j) o fio condutor do art. 14 da Lei de Arbitragem é a livre escolha dos árbitros baseada na autonomia da vontade das partes.

3. DÚVIDA JUSTIFICADA

As pessoas impedidas de atuarem como árbitro são aquelas que possuem relações com as partes ou com o litígio. Como já abordado, as causas de impedimento do árbitro são diversas em relação aos juízes, devido à impossibilidade de prever o conjunto fático que pode levar ao impedimento nos procedimentos arbitrais.

Além disso, o rol de hipóteses de impedimento disposto no Código de Processo Civil, apesar de taxativo, pode sofrer alterações. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, na oportunidade de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.953, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), julgou inconstitucional a norma prevista no inciso VIII do art. 144 do Código de Processo Civil, que prevê o impedimento do juiz em processos cuja parte seja cliente do escritório de advocacia de cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau.

Sendo as causas de impedimento para juízes mutáveis e estando em constante desenvolvimento, não há razão para que as regras de impedimento dos árbitros, que são mais abrangentes por Lei, permaneçam estáticas.

A redação do art. 14 da Lei de Arbitragem sugere que o legislador, ciente desse desafio, optou por privilegiar uma análise casuística e subjetiva. Primeiro, pois o *caput* do referido

artigo determina que os casos de impedimento do árbitro são mais amplos que os dos juízes⁸³. Segundo, pelo critério adotado para fins de regulamentar o dever de revelação.

O conceito de dúvida justificada está intrinsicamente ligado ao fim a que se destina a Lei de Arbitragem, isto é, regular o procedimento arbitral para viabilizá-lo. A palavra *justificada* pode ser definida como “ser plausível; ter cabimento”⁸⁴, o que muito se aproxima com o conceito internacionalmente utilizado. Assim, justificável e razoável são intercambiáveis.

Razoabilidade, por sua vez, não é um conceito estranho ao Direito, tendo se tornado inclusive um princípio que norteia sua aplicação. O princípio da razoabilidade consiste em manter o meio-termo e o bom senso, tomando sempre a providência mais adequada para cada situação.

Logo, entende-se que dúvida justificada ou razoável é aquela que não excede às expectativas das Partes.

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 1.050 contraria esse entendimento. Na visão do requerente da aludida medida, o fato de não haver uniformização jurisprudencial nos tribunais pátrios acerca do dever de revelação é causa de insegurança jurídica.

Em fato, apesar das justificativas apontadas, a petição inicial acusa cinco questões que são o real objeto da mencionada ADPF, quais sejam: (i) a quem comete o ônus do dever de revelação? Haveria um ônus das partes de investigar se o árbitro poderia ou não atuar naquele procedimento?, (ii) o rol de hipóteses de impedimento disposto no Código de Processo Civil são as únicas hipóteses aplicáveis aos árbitros?, (iii) as regras da *International Bar Association* para conflito de interesse dos árbitros seriam aplicáveis às arbitragens domésticas?, e (iv) a parte precisa suscitar a falta de independência e/ou de imparcialidade no primeiro momento ou apenas em sede de eventual ação anulatória de sentença arbitral?

Em que pese a visão do requerente, entende-se não haver as controvérsias apontadas, justamente por se tratar de temas pacificados, como bem apontou a petição de ingresso como *amicus curiae* do CBar.

A resposta para os questionamentos do requerente, de acordo com a doutrina e a prática arbitral, são as seguintes:

a) *Pergunta*: A quem comete o ônus do dever de revelação? Haveria um ônus das partes de investigar se o árbitro poderia ou não atuar naquele procedimento?

Resposta: O dever de revelação é do árbitro, não havendo previsão legal que imponha ônus de se informar, investigar ou diligenciar às partes. Cabe ressaltar, contudo, como visto anteriormente, que doutrinadores, como Judith Martins-Costa, defendem que as partes são

83. Conforme interpretado pela Ministra Nancy Andrichi em seu voto no caso *Abengoa v. Adriano Ometto*, uma análise do art. 14 da Lei de Arbitragem em comparação aos arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil, o primeiro “estabelece uma dimensão aberta, muito ampla desse dever, em razão das peculiaridades mesmas da arbitragem, forma privada de composição de litígios”.

84. Dicionário Aurélio. Disponível em [www.dicio.com.br/]. Acesso em: 20.10.2023.

obrigadas a investigar conflitos do árbitro, sob pena de preclusão do direito de objetar. Ainda, é considerada uma boa prática que as partes colaborem realizando investigações de conflitos prévias ou paralelas.

b) *Pergunta*: O rol de hipóteses de impedimento disposto no Código de Processo Civil são as únicas hipóteses aplicáveis aos árbitros?

Resposta: O *caput* do art. 14 da Lei de Arbitragem determina que os casos de impedimento e suspeição de juízes serão aplicados no que couber aos árbitros. Esse dispositivo legal é interpretado de forma unânime pela doutrina especializada no mesmo sentido que foi interpretado pelo Superior Tribunal de Justiça no caso *Abengoa*: as hipóteses de impedimento do árbitro são mais amplas que as hipóteses dispostas no Código de Processo Civil, devendo o operador do Direito realizar uma análise pormenorizada do caso concreto.

c) *Pergunta*: As regras da *International Bar Association* para conflito de interesse dos árbitros seriam aplicáveis às arbitragens domésticas?

Resposta: A *International Bar Association* disponibiliza diretrizes que não possuem força de lei, logo, devem ser aplicadas subsidiariamente. As diretrizes apenas representam as melhores práticas internacionalmente reconhecidas e, portanto, são valiosas fontes para se analisar eventual quebra do dever de revelação ou dos pressupostos de independência e imparcialidade no caso concreto.

d) *Pergunta*: A parte precisa suscitar a falta de independência e/ou de imparcialidade no primeiro momento ou apenas em sede de eventual ação anulatória de sentença arbitral?

Resposta: O art. 20 da Lei de Arbitragem determina que cabe às partes suscitarem questões relativas a impedimento do árbitro na primeira oportunidade que tiverem de se manifestar.

Em que pese a imprecisão técnica, o que mais causou preocupação por parte da comunidade arbitral foi a via utilizada. Isso porque os casos apontados como divergência jurisprudencial não ensejam a hipótese de controle concentrado de constitucionalidade. A aplicação incorreta de princípios jurídicos e interpretações equivocadas da lei por uma pequena parcela dos órgãos julgadores devem ser combatidas com os devidos remédios processuais, não por meio da declaração de inconstitucionalidade da regra. Trata-se de um diagnóstico equivocado que ensejou o uso de um remédio cujo efeito é reverso tanto daquele pretendido, quanto daquele que seria o tecnicamente correto.

Dúvida justificada deve ser entendida enquanto “dúvida logicamente plausível”, aquela que depende de materialidade e da comprovação do nexo de causalidade entre violação do dever de revelação e a suposta imparcialidade ou dependência do árbitro.

4. DÚVIDA MÍNIMA

Conforme exposto na Introdução deste trabalho, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 3.293/2021, que sugere alterações à Lei de Arbitragem, entre elas, a alteração do § 1º do art. 14, imputando ao árbitro o dever de revelar qualquer fato que denote dúvida mínima, alterando o critério (*standard*) de revelação.

Este Projeto de Lei é conhecido como “PL Antiarbitragem”, pois o texto original impõe limitações objetivas aos árbitros e viola princípios basilares da arbitragem. As demais alterações propostas são: (i) imposição do número máximo de 10 procedimentos arbitrais por árbitro, (ii) impossibilidade de haver identidade absoluta ou parcial dos membros dos tribunais arbitrais, (iii) imposição do dever de revelar qualquer fato que denote dúvida mínima, (iv) impossibilidade dos membros da secretaria ou diretoria executiva da câmara arbitral de atuarem como representantes ou membros do tribunal arbitral de nenhum procedimento administrado pela câmara em que labutam, (v) as ações anulatórias estão impedidas de tramitar em segredo de justiça, (vi) imputa à instituição arbitral a responsabilidade por publicar em seu próprio site a composição do tribunal arbitral e o valor da causa de todos os procedimentos que administra e, após o encerramento do procedimento, (vii) publicar a íntegra da sentença arbitral.

A justificativa para a mudança fornecida no texto original é de “reduzir a propositura de demandas anulatórias frívolas, o que aumenta a credibilidade do sistema e a confiança de seus usuários”. Isto é, a proposta legislativa aparenta crer que a alteração do critério disposto no § 1º do art. 14 da Lei de Arbitragem teria o condão de reduzir a incerteza das partes quanto o que deve ser revelado e, por consequência, reduziria a quantidade de ações anulatórias.

A falta de informação pode induzir o leitor desavisado, ou o leigo, a entender que o critério de dúvida mínima conferiria ao árbitro o dever de realizar a revelação completa, internacionalmente conhecida como *full disclosure*, o que não é o caso.

A teoria do *full disclosure* sugere que o árbitro tem o dever de revelar o máximo de informações possível, partindo do entendimento de que ao árbitro cabe apenas revelar, já às partes cabe sopesar as revelações. Essa teoria é defendida inclusive por Fouchard, Gaillard e Goldman⁸⁵ e Thomas Clay⁸⁶, que afirmam que revelar parcialmente seria uma omissão de parte dos eventos que os litigantes deveriam tomar conhecimento. Ocorre que, nenhum dos referidos autores defendem que o dever de revelação do árbitro seja irrestrito, tendo de revelar absolutamente tudo. Trata-se muito mais de uma conduta zelosa do árbitro para que, na dúvida, revele.

Sob esse ponto de vista, os árbitros seriam obrigados a revelar, por exemplo, aquelas hipóteses listadas na Lista Verde das Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesse em Arbitragem Internacional.

Em contraposição à tal teoria, os autores comumente se referem ao fenômeno do *over-disclosure*, isto é, a revelação de fatos desnecessários e irrelevantes. Munidos de informações adicionais, ainda que irrelevantes, as partes seriam encorajadas a não agir de boa-fé e eventualmente impugnar a nomeação do árbitro ou até mesmo buscar a anulação da sentença⁸⁷.

85. FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 581.

86. CLAY, Thomas. *L'Arbitre*. Paris: Dalloz, 2001. p. 277.

87. FINKELSTEIN, Cláudio. *A 'guerrilha' no procedimento arbitral: O dever de revelação do árbitro*. FGV Blog de Arbitragem, 2021. Disponível em: [www.fgvblogdearbitragem.com.br/post/a-guerrilha-no-procedimento-arbitral-o-dever-de-revela%C3%A7%C3%A3o-do-%C3%A1rbitro]. Acesso em: 15.10.2023.

Por outro lado, como se verá a seguir, revelar qualquer evento que possa denotar dúvida mínima não é o mesmo que ser zeloso. Na realidade, seria como ter uma obrigação irrestrita de investigar o passado, o presente e o futuro com vistas a evitar infringir esse critério.

Dúvida mínima é, por definição etimológica, a dúvida tão pequena quanto possível. A palavra “mínimo” pode ser definida como “o menor elemento de um conjunto”⁸⁸, logo “dúvida mínima” poderia ser definida como “o menor elemento de dúvida”.

Em um esforço positivo, verifica-se que esse critério, ao menos, encerraria eventual incerteza do árbitro da necessidade de revelar determinada circunstância. Mas, do ponto de vista objetivo, esse seria o único benefício trazido pela mudança.

A alteração legislativa gera uma falsa sensação de precisão, clareza e assertividade: tudo, por menor que seja, será considerado dúvida. Mas na realidade, sua aplicação se mostraria ineficaz e contrária à própria justificativa fornecida no texto original do Projeto de Lei para sua aprovação.

Primeiramente, porque a partir do novo critério a falha do dever de revelação implicaria na automática parcialidade do árbitro, sendo ampliado de forma irrestrita o critério de sua impugnação, o que em última análise levaria ao aumento exponencial de anulações de sentenças arbitrais e criaria um incentivo torpe para que as partes criassem conflitos com vistas a anular sentenças que lhe fossem desfavoráveis. Em outras palavras, adotar o critério de *dúvida mínima* equivale a institucionalizar o *overdisclosure*: o árbitro revela tudo aquilo que possa gerar dúvida, por menor que seja, ao passo que as partes, então munidas dessas informações, possam ingressar com ações anulatórias por motivos frívolos e absolutamente irrelevantes.

Ademais, diante desse cenário, o Poder Judiciário buscaria balizar quais são os eventos não revelados que devem ser considerados para fim de anulação da sentença arbitral, mas sem um critério limitante como dúvida justificável, os múltiplos casos concretos resultariam em um espectro de decisões conflitantes, com diferentes padrões de revelação e *standards* de dúvidas para fins de anulação de sentenças.

Na realidade, o maior prejudicado seria o mercado, os destinatários finais da Lei de Arbitragem, aqueles que a usam para sanar seus conflitos. Isso porque o risco da possibilidade de anulação da sentença frente a um resultado desfavorável faz com que uma parte diligente invista mais tempo e capital realizando verificações de conflito dos árbitros em todos os momentos do procedimento, o que aumenta o custo e reduz a eficácia do procedimento.

Após essa análise, entende-se que situações das mais esdrúxulas e banais tornar-se-iam objeto de discussão. Apenas para título de exemplo e provocação, acaso precisaria o árbitro revelar que:

a) no lançamento de seu novo artigo, autografou o livro de um dos membros do escritório de advocacia que patrocina uma das partes da arbitragem na qual atua?

88. Dicionário Aurélio. Disponível em [www.dicio.com.br/]. Acesso em: 20.10.2023.

b) participou do mesmo congresso que um dos membros do escritório de advocacia que patrocina uma das partes da arbitragem na qual atua?

c) se deparou com uma das testemunhas de um caso em que atua no supermercado e a cumprimentou cordialmente?

d) é professor de um dos estagiários do escritório de advocacia que patrocina uma das partes em procedimento arbitral que atua?

A rigor, sim. Diante do novo critério acaso o árbitro não revele todas as circunstâncias que denotem dúvida mínima, terá falhado com seu dever de revelação e, portanto, pode ser objeto de impugnação ou anulação da sentença proferida.

Os árbitros seriam obrigados não apenas a investigar conflitos, mas realizar *due diligences* antes de revelarem. Além de investigar o passado, também seria necessário investigar o presente e prevenir o futuro. Isso porque, como a dúvida mínima pode ser suscitada a partir do menor elemento do conjunto, o árbitro deverá se manter vigilante em todos os locais que está e estará a fim de evitar demais complicações ou necessidade de demais revelações.

E entende-se que três seriam as possíveis consequências da extensão ilimitada do dever de revelação: (i) as partes procurariam árbitros mais renomados, com mais capacidade de realizar as investigações necessárias, diminuindo ainda mais a possibilidade de novos árbitros serem nomeados, (ii) o exato oposto, as partes procurariam árbitros menos experientes e, por vezes, com menor conhecimento técnico, apenas para evitar possíveis conflitos frívolos, o que reduziria a satisfação das empresas com o instituto, e (iii) as partes realizariam a mudança da lei aplicável ao procedimento, ou até mesmo da sede do procedimento, afim de escapar da possibilidade de anulação da sentença arbitral por manobras oportunistas da contraparte.

O denominador comum dos três cenários é a certeza de que a arbitragem seria cada vez menos utilizada como método de resolução de disputas, perdendo relevância.

O caso ACCS é um exemplo de como os tribunais pátrios analisariam ações anulatórias com base na violação da imparcialidade e/ou independência do árbitro, caso o critério estabelecido fosse aquele proposto pelo Projeto de Lei, “dúvida mínima”⁸⁹.

Trata-se de arbitragem iniciada em 2015 entre LHSF e ACCS, sediada no Brasil sob as regras do direito brasileiro e o regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) de 2012. A sentença arbitral foi proferida em 07 de fevereiro de 2018, tendo o Tribunal Arbitral, presidido por CSZ, proferido Ordem Processual, em resposta ao pedido de esclarecimentos, informando, pela primeira vez, que o Presidente havia aceitado indicação da ACCS para atuar como coárbitro em outro procedimento arbitral ainda em 2016.

A ação anulatória da sentença arbitral com pedido de antecipação da tutela foi proposta perante a 1ª Vara Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem do Foro Central da Comarca do Estado de São Paulo, tendo o autor alegado inobservância do dever de revelação

89. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 1056400-47.2019.8.26.0100. Rel. Des. Fortes Barbosa, em 25 de agosto de 2020.

e que as questões discutidas nas arbitragens eram muito próximas, o que suscitava dúvidas quanto à imparcialidade do árbitro.

A ação foi julgada improcedente pelo juízo ordinário e reformada em sede de apelação, sob o fundamento de obrigatoriedade de estrito cumprimento do dever de revelação, visto que este legitima a atuação do árbitro, justificando a gravidade da falta de revelação por estar ocorrido apenas após a prolação da sentença e diante de instigação da parte. ACCS opôs embargos de declaração contra o acórdão, alegando omissões no que diz respeito à necessidade de aferir objetivamente suposta parcialidade do julgador (§ 1º do art. 14 da Lei de Arbitragem) e quanto à real proximidade dos procedimentos arbitrais. Os embargos foram rejeitados e o caso está atualmente em trâmite perante a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (Agravo em Recurso Especial 1.943.894/SP) para apreciação do Recurso Especial interposto pela ACCS. Os recursos foram indeferidos.

O caso é valioso para a presente análise, pois não há nexos causal direto entre violação do dever de revelação e imparcialidade. O acórdão não se volta à questão essencial, qual seja, a relevância do ato não revelado, no caso, se os procedimentos arbitrais eram de fato muito próximos, como alegou o postulante. Em outras palavras, deixou de analisar o critério de dúvida justificada eleito pelo § 1º do art. 14 da Lei de Arbitragem, substituindo-o por dúvida mínima, bastando a quebra do dever de revelação para que a sentença fosse anulada.

Todavia, o fato de o árbitro não ter revelado determinado evento não significa necessariamente que haja uma tentativa consciente de privar seu conhecimento das partes. A necessidade de verificação da materialidade da imparcialidade decorre de sua própria natureza subjetiva. Como visto na seção 2.4, ao contrário da independência, a imparcialidade é um estado de espírito, não sendo possível que um evento desconhecido ao próprio árbitro o torne imparcial.

Ressalta-se que o árbitro deve revelar aquilo que está oculto, o que não é de conhecimento público. Independentemente da discussão acerca da publicidade do evento, há de se tomar particular cautela ao se tratar de impugnações e anulações de sentença por violação do dever de revelação quando a parte se vale, por exemplo, do fundamento de que o árbitro elaborou trabalhos acadêmicos em coautoria com um representante da contraparte, integrante de seu escritório de advocacia ou com outro árbitro. Há de se pontuar que, nesse caso, não se trata nem de informação da qual seja necessária uma investigação, mas de uma mera leitura do currículo do árbitro.

Portanto, percebe-se, o PL n. 3.293 não busca balizar o conceito de dúvida justificada, mas extingui-lo, criando um nexo de causalidade direto entre a violação do dever de revelação e a parcialidade dos árbitros. A imprecisão técnica do texto original causa espanto, pois, assim como algumas decisões pátrias, não exige materialidade da imparcialidade. Não se trata sequer de discussão acerca do grau de imparcialidade (*test of bias*) – como se verifica nos países que adotam o sistema *common law*, já exposto anteriormente –, mas de sua completa ignorância.

Portanto, significa dizer que qualquer dúvida, por mais frívola que seja, seria capaz de resultar na consequência processual mais grave: a anulação da sentença arbitral.

O entendimento de que a adoção do novo critério alteraria o delicado sistema de freios do dever de revelação já foi externalizado por renomados arbitralistas, como Joaquim de Paiva Muniz⁹⁰: “Se a mudança legislativa se implementar, o árbitro deverá revelar qualquer fato, mesmo que esse fato não tenha relevância e não possa afetar a sua independência e imparcialidade.

É possível que alguns árbitros deixem de revelar fatos relevantes, que poderiam ensejar sua remoção. Mas o critério atual da Lei de Arbitragem já torna nula a sentença nessa hipótese de não revelação.”

No mesmo sentido, Thiago Marinho Nunes⁹¹, se referindo à nota técnica do *CIArb Brazil-Branch*, aponta que:

“Sendo esse o critério do legislador, todo e qualquer elemento poderá ser utilizado para tentar, após a decisão de mérito, anular procedimentos arbitrais, a pretexto de violação a deveres de revelação. A instabilidade será enorme e, em pouquíssimo tempo, o instituto correrá sério risco de cair em desuso.”

Cláudio Finkelstein⁹² alerta que ao modificar o critério, os fundamentos jurídicos do dever de revelação seriam destruídos:

“Mas não é só: ao modificar o standard de dúvida justificada para dúvida mínima, o PL Antiarbitragem está destruindo os fundamentos jurídicos do dever de revelação do árbitro como um todo. O objetivo do dever de revelação do árbitro é que esse divulgue às partes os fatos sobre si e em relação a elas que possam interferir na sua imparcialidade e independência para julgar o processo. Assim, ainda que revestido de enorme subjetividade, o dever de revelação é um mecanismo essencial para garantir a confiança das partes nos árbitros, bem como a sua independência e imparcialidade. É exclusivamente a isso que o dever de revelação se presta.”

Portanto, entende-se que dúvida mínima significa “o menor elemento de dúvida”, de tal sorte que a proposta de alteração da redação do § 1º do art. 14 da Lei de Arbitragem pode ser entendido enquanto: “A pessoa indicada para funcionar como árbitro tem o dever de revelar qualquer fato que denote o menor elemento de dúvida quanto à sua imparcialidade e independência”, sendo certo que suas consequências práticas não alcançariam o objetivo declarado nas justificativas de seu texto original, mas teriam o efeito contrário.

90. MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva. O PL Antiarbitragem deve ser rejeitado. *Migalhas*, 2022. Disponível em: [www.migalhas.com.br/depeso/372790/o-pl-antiarbitragem-deve-ser-rejeitado]. Acesso em: 15.10.2023.

91. NUNES, Thiago Marinho. Árbitros e arbitragens Parte III: a Nota Técnica do CIArb Brazil acerca do PL 3.293/21. *Migalhas*, 2022. Disponível em: [www.migalhas.com.br/coluna/arbitragem-legal/360167/arbitros-e-arbitragens-parte-iii-a-nota-tecnica-do-ciarb-brazil]. Acesso em: 15.10.2023.

92. FINKELSTEIN, Cláudio. O PL Antiarbitragem e a Arbitragem Internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 76, p. 119-136, jan.-mar. 2023.

Como consequência da alteração do critério de revelação, tem-se:

a) Seria imputado aos árbitros um dever de impossível cumprimento, que consiste em revelar tudo o que possa denotar o menor elemento de dúvida quanto à sua imparcialidade.

b) Os tribunais pátrios não precisariam analisar a materialidade e o nexo de causalidade entre violação do dever de revelação e a suposta imparcialidade ou dependência do árbitro, bastando a violação do dever para anulação de sentenças, o que levaria a um aumento exponencial das ações anulatórias.

c) Os árbitros e partes diligentes seriam obrigados a criar mecanismos ou contratar serviços especializados para realização de *due diligence* para avaliar possíveis conflitos, o que tornaria o procedimento ainda mais custoso e menos eficiente.

d) As partes seriam encorajadas a investigar os árbitros na busca de possíveis conflitos com vistas a anular possível sentença desfavorável.

5. CONCLUSÃO

O dever de revelação é o mecanismo pelo qual o árbitro informa as partes sobre fatos ou circunstâncias que possam levantar dúvidas quanto à sua imparcialidade e independência. Munidas dessas informações, as partes têm o direito de impugnar sua nomeação ou de aceitá-la conscientemente. A aceitação implica na superação do fato ou da circunstância revelada, mesmo que se trate de caso típico de impedimento ou suspeição. Esse dever deriva da relação contratual firmada entre as partes e o árbitro, uma relação fundada na confiança e de caráter personalíssimo. Isso não significa que a confiança das partes se baseia apenas no árbitro, mas sim na confiança em receber uma prestação jurisdicional imparcial e independente.

O árbitro deve revelar aquilo que está oculto, fatos que as partes não teriam capacidade de conhecer, isto é, informações que não estão disponíveis ao público em geral. O dever de revelação do árbitro implica no dever de investigar, razoavelmente, os possíveis conflitos e impedimentos. Embora não haja previsão legal que exija a necessidade de investigação de possíveis conflitos dos árbitros nomeados, é esperado que, no mínimo, suas informações públicas sobre eles, como currículo e o escritório de advocacia ao qual estão associados, sejam de conhecimento das partes.

Cabe ao árbitro determinar o que deve revelar, considerando a perspectiva das partes. Seu dever de revelação o incumbe de apresentar fatos e circunstâncias capazes de levantar dúvida quanto sua imparcialidade e independência ao longo de todo o procedimento. Em relação à extensão do dever de revelação, do ponto de vista do árbitro, existem três principais possibilidades: (i) revelar tudo, entendendo que a ele cabe apenas revelar e cabe às partes verificar o que denota dúvida (*full disclosure*), (ii) seguir as Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional, revelando circunstâncias que se assemelhem àquelas exemplificadas nas listas Laranja e Vermelha de situações irrenunciáveis, bem como declinando os procedimentos cujos fatos ou circunstâncias estejam exemplificados na lista Vermelha de situações renunciáveis e (iii) desenvolver critérios próprios de revelação à luz da legislação vigente.

Independente do caminho escolhido pelo árbitro, é importante destacar que eventos e circunstâncias que possam afetar sua independência devem ser especialmente analisados, investigados e revelados. Isso porque, como visto na seção 2.4, a independência é um critério objetivo do indivíduo, cuja violação enseja sua impugnação ou anulação da sentença. Por outro lado, eventos e circunstâncias que possam impactar sua imparcialidade dependem de uma análise subjetiva do indivíduo, não sendo possível que o árbitro seja parcial em decorrência de um evento que desconheça.

Por essa razão, alegações de imparcialidade, em especial para fins de ações anulatórias de sentença arbitral, devem ser acompanhadas de prova de materialidade e de nexo de causalidade entre o evento e a imparcialidade. A violação do dever de revelação, apesar de grave e certamente repreensível, não implica automaticamente em prova de parcialidade ou dependência, muito menos em automática anulação da sentença. Anular sentença apenas porque o árbitro deixou de revelar fato irrelevante que sequer é capaz de prejudicar sua visão objetiva da controvérsia ou sua independência, implica na penalização da outra litigante, que não foi responsável pela revelação e apenas busca ter seu direito reconhecido. É uma condenação que favorece o litigante que ingressou com ação anulatória frívola e prejudica o litigante que apenas agiu corretamente.

Ciente desses riscos, o legislador optou por inserir na Lei de Arbitragem previsões que solucionassem esses problemas. Inspirada nos melhores mecanismos arbitrais internacionalmente reconhecidos, a Lei de Arbitragem é favorável à livre escolha dos árbitros, limitada apenas por razões de incapacidade, impedimento ou suspeição. Com exceção dos casos de incapacidade, as partes ainda podem dispor sobre árbitros impedidos e suspeitos, caso sua nomeação seja aceita após o cumprimento de seu dever de revelação.

Além disso, o § 1º do art. 14 da Lei de Arbitragem, objeto deste trabalho, determina que “As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência”, deixando claro o critério da *dúvida justificada* tanto para fins de cumprimento do dever de revelação, quanto para fins de análise da imparcialidade e independência dos árbitros.

Dúvida justificada, também denominada dúvida razoável, é o parâmetro internacionalmente aceito e amplamente utilizado. Esse critério deriva do princípio da razoabilidade, que consiste em tomar a providência mais adequada para cada situação. Percebe-se, portanto, a intenção do legislador de garantir uma análise casuística, em vez de tentar listar infundáveis hipóteses de fatos e circunstâncias que poderiam suscitar dúvidas quanto à imparcialidade e independência do árbitro.

Por outro lado, o novo critério apresentado pelo PL Antiarbitragem, de dúvida mínima é, em suma, atécnico, não cumpre os fins a que se destina e viola os fundamentos jurídicos do dever de revelação do árbitro.

A falta de conhecimento jurídico é evidenciada por sua própria definição do termo que se refere ao “menor elemento de dúvida”, permitindo que o § 1º do art. 14 da Lei de Arbitragem seja interpretado enquanto: “A pessoa indicada para funcionar como árbitro tem o dever de revelar qualquer fato que denote o menor elemento de dúvida quanto à sua

imparcialidade e independência”, o que resulta na criação de um dever de impossível cumprimento, até mesmo pelo árbitro mais diligente, que jamais conseguirá reunir ao longo de anos em que o procedimento estiver em trâmite todos os fatos capazes de suscitar dúvidas, por menor que seja, nas partes.

No que diz respeito ao seu efeito reverso – e perverso –, a alteração do critério implica na redução da barreira de entrada de impugnações e ações anulatórias – literalmente – ao mínimo. Apesar de ser impossível precisar a exata medida de sua consequência, é certo que a aplicação desse critério criaria um incentivo torpe de busca de possíveis conflitos na tentativa de anular possível sentença desfavorável. Em outras palavras, as partes receberiam um “cheque em branco” para anular sentenças de forma injustificada.

Por fim, os fundamentos jurídicos do dever de revelação seriam violados na medida em que a análise da materialidade e do nexo de causalidade entre o evento e a imparcialidade do árbitro se tornaria desnecessária para que a sentença por ele proferida fosse passível de anulação, transformando uma exceção em regra. Não haveria a devida distinção entre a violação do dever de revelação e a imparcialidade do árbitro.

Portanto, tendo em vista que (i) a Lei de Arbitragem tem por objetivo regulamentar esse instituto no Brasil com vistas a viabilizá-lo e assegurar sua existência, (ii) que o art. 13 da Lei privilegia a livre escolha dos árbitros e a autonomia da vontade das partes, sendo inclusive possível a nomeação de árbitros impedidos e suspeitos (efeito purificador do dever de revelação) e (iii) que o art. 14 da Lei visa assegurar a vontade das partes de serem julgadas pelos árbitros a que submeteram sua controvérsia, de boa-fé, com vistas a obter sentença arbitral final válida e exequível, o critério de *dúvida justificável*, ou *dúvida razoável*, deve ser aquele adotado para fins do § 1º do art. 14 da Lei de Arbitragem.

6. REFERÊNCIAS

- ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional*. São Paulo: Atlas, 2014.
- ABDALLA, Leticia Barbosa e Silva. Processo de escolha e nomeação de árbitro. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. *20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 239-270.
- ABDALLA, Leticia Barbosa e Silva; IÓRIO, Renata Lorenzi. Art. 33. In: WEBER, Ana Carla; LEITE, Fabiana de Cerqueira. *Lei de Arbitragem comentada: Lei 9.307/1996*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 371-384.
- BLACKBARRY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2023.
- BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 3. ed. Londres: Kluwer Law International, 2021.
- CARMONA, Carlos. Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CLAY, Thomas. La disparition de l'obligation d'indépendance de l'arbitre au profit de l'obligation de révélation, note sous Paris 1re Ch. C. 12 février 2009. *Revue de L'Arbitrage*, Paris, jan. 2009. 186-206.

- CLAY, Thomas. *L'Arbitre*. Paris: Dalloz, 2001.
- COSTA, Gabriel José Bernardi. *Arbitragem: origens romanas*. São Paulo: YK Editora, 2022.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- ELIAS, Carlos. *Imparcialidade dos árbitros*. São Paulo: Almedina, 2021.
- ELIAS, Carlos. O árbitro é (mesmo) juiz de fato e de direito? Análise dos poderes do árbitro vis-a-vis os poderes do juiz no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 54, p. 79-122, jul.-set. 2017.
- FERRO, Marcelo Roberto. Apontamentos sobre a independência dos árbitros. In: ADA-MEK, Marcelo Vieira von. *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 849-886.
- FINKELSTEIN, Cláudio. A 'guerrilha' no procedimento arbitral: O dever de revelação do árbitro. *FGV Blog de Arbitragem*, 2021. Disponível em: [www.fgvblogdearbitragem.com.br/post/a-guerrilha-no-procedimento-arbitral-o-dever-de-revela%C3%A7%C3%A3o-do-%C3%A1rbitro]. Acesso em: 15.10.2023.
- FINKELSTEIN, Cláudio. O PL Antiarbitragem e a Arbitragem Internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 76, p. 119-136, jan.-mar. 2023.
- FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem em números: pesquisa 2020/2021*. Realizada em 2022. Disponível em: [www.migalhas.com.br/arquivos/2022/10/78B3FD4545063E_pesquisa-arbitragem.pdf]. Acesso em: 25.10.2023.
- LEMES, Selma Ferreira. O dever de revelação do árbitro, o conceito de dúvida justificada quanto a sua independência e imparcialidade) art. 14, § 1º, da Lei 9.307/1996) e a ação de nulidade de sentença arbitral (art. 32, II, da Lei 9.307/1996). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, p. 231-251, 36, 2013.
- LUTTRELL, Sam. *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: The Need for a "Real Danger" Test*. Hague: Kluwer Law International, v. 20, 2009.
- MARCATO, Ana Cândida Menezes; TARTUCE, Fernanda. Escolha de Árbitros(as) como Critério de Adequação e Eficiência da Arbitragem. In: MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt; QUINTANA, Guilherme Henrique Malosso; GONZALES RAMOS, Gustavo; BAQUEDANO, Luis Felipe Ferreira; BIOZA, Daniel Mendes; PARIZOTTO, Pedro Teixeira Mendes. *Homenagem ao Prof. Carlos Alberto Carmona*. São Paulo: Quartier Latin, 2022. v. I. Cap. VI. p. 111-126.
- MARQUES, Ricardo Dalmaso. *O dever de revelação do árbitro*. São Paulo: Almedina, 2018.
- MARTINS, Pedro Batista. Dever de revelação do árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 10, n. 36, São Paulo, p. 219-229, jan.-mar. 2013.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

- MARTINS-COSTA, Judith; BENETTI, Giovana; XAVIER, Rafael Branco; WEBBER, Pietro. Deveres e Responsabilidades dos Árbitros: Entre o Status e o Contrato de Investidura. In: MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt; QUINTANA, Guilherme Henrique Malosso; GONZALES RAMOS, Gustavo; BAQUEDANO, Luis Felipe Ferreira; BIOZA, Daniel Mendes; PARIZOTTO, Pedro Teixeira Mendes. *Arbitragem e processo: homenagem ao Prof. Carlos Alberto Carmona*. São Paulo: Quartier Latin, 2022. v. II. Cap. XLIV. p. 145-180.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva. O PL Antiarbitragem deve ser rejeitado. *Migalhas*, 2022. Disponível em: [www.migalhas.com.br/depeso/372790/o-pl-antiarbitragem-deve-ser-rejeitado]. Acesso em: 15.10.2023.
- NANNI, Giovanni Ettore. Confiança na arbitragem: o seu papel no contrato intuitu personae de árbitro. In: NANNI, Giovanni Ettore; RICCIO, Karina; DINIZ, Lucas de Medeiros. *Comitê Brasileiro de Arbitragem e a Arbitragem no Brasil: obra comemorativa ao 20º aniversário do CBAr*. São Paulo: Almedina, 2022. p. 275-314.
- NUNES, Thiago Marinho. 25 anos da Lei de Arbitragem: O exemplo do sucesso brasileiro. *Migalhas*, 2021a. Disponível em: [www.migalhas.com.br/coluna/arbitragem-legal/352239/25-anos-da-lei-de-arbitragem-o-exemplo-do-sucesso-brasileiro]. Acesso em: 15.10.2023.
- NUNES, Thiago Marinho. A conduta ética na arbitragem sob a perspectiva do árbitro e seus auxiliares. In: WALD, Arnoldo.; LEMES, Selma Ferreira. *25 anos da lei de arbitragem (1996-2021): história, legislação, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021b. Cap. 36. p. 621-641.
- NUNES, Thiago Marinho. Árbitros e arbitragens Parte III: a Nota Técnica do CIArb Brazil acerca do PL 3.293/21. *Migalhas*, 2022. Disponível em: [www.migalhas.com.br/coluna/arbitragem-legal/360167/arbitros-e-arbitragens-parte-iii-a-nota-tecnica-do-ciarp-brazil]. Acesso em: 15.10.2023.
- NUNES, Thiago Marinho. Do Tribunal Arbitral. In: SILVA, Eduardo Silva da; GUERRERO, Luis Fernando; NUNES, Thiago Marinho. *Regras da arbitragem brasileira: comentários aos regulamentos das Câmaras de Arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons; CAM-CCBC, 2015. p. 41-48.
- NUNES, Thiago Marinho. Fato não revelado na arbitragem e produção de provas. *Migalhas*, 2023. Disponível em: [www.migalhas.com.br/coluna/arbitragem-legal/392585/fato-nao-revelado-na-arbitragem-e-producao-de-provas]. Acesso em: 25.10.2023.
- PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012.
- PARIS. Revue de L'arbitrage. Société Raoul Duval v. Société Merkuria Sucden. *Revue de l'arbitrage*, Paris, 1996.
- REINO UNIDO. *English Arbitration Act 1996*. Disponível em: [www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents]. Acesso em: 15.10.2023.
- SILVEIRA, Bruno Furtado; PEGHINI, Cesar Calo. Impugnação judicial da investidura de árbitros: fundamentos, extensão e alcance. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, 71, 165-187, out.-dez. 2021.
- TIMM, Luciano Benetti; GUANDALINI, Bruno; RICHTER, Marcelo de Souza. Reflexões sobre uma análise econômica da ideia de arbitragem no Brasil. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. *20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 83-102.

TUCCL, José Rogério Cruz e. Impugnação de árbitro e preclusão temporal na jurisprudência. *ConJur*, 2021. Disponível em: [www.conjur.com.br/2021-mar-30/paradoxo-corte-impugnacao-arbitro-preclusao-temporal-jurisprudencia]. Acesso em: 15.10.2023.

7. JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, SEC 9.412/EX, rel. Min. Felix Fischer, rel. para acórdão Ministro João Otávio de Noronha, j. 19.04.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.660.963/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 22.03.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 0072518-69.2018.1.00.0000, Origem: DF – Distrito Federal, rel. Min. Edson Fachin, Redator do acórdão: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5481637]. Acesso em: 20.10.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 0071872-83.2023.1.00.0000, Origem: DF – Distrito Federal, rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6601249]. Acesso em: 20.10.2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível 1076161-05.2017.8.26.0100, Rumo Logística Operadora Multimodal S/A contra Cargill Agrícola S/A, rel. Des. Francisco Casconi, de 08.09.2020a.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível 1056400-47.2019.8.26.0100, rel. Des. Fortes Barbosa, em 25.08.2020b.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível 1048961-82.2019.8.26.0000, rel. Dra. Paula da Rocha Silva e Formoso, de 10.03.2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento 2061531-53.2023.8.26.0000, rel. Des. Jorge Tosta, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 12.09.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Commonwealth Coatings*. 393 U.S. 145, 151. Relator: Justice Black, 1968.

FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. 19/07575, rel. M. François Ancel, 25.02.2020, Vidatel Ltd.

FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. 19/10666. rel. M. François Ancel, 26.01.2021, Greenwich Enterprises Ltd.

SUIÇA. Tribunal Federal. 4A_318/2020. Sun Yang v. Agence Mondiale Antidopage (AMA) e Fédération Internationale de Natation (FINA), rel. Juiz Kiss, 22.12.2020. Disponível em [www.swissarbitrationdecisions.com/atf-4a-318-2020]. Acesso em: 25.10.2023.

REINO UNIDO. Suprema Corte do Reino Unido. UKSC 48. Halliburton Company contra Chubb Bermuda Insurance Ltd. rel. Lord Reed, 27.11.2020.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Arbitragem

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A violação do dever de revelação do árbitro e as suas implicações para o processo arbitral, de Amanda Arraes de Albuquerque Maranhão e João Ricardo Tavares – *RARB* 77/177-141;
- Breves anotações sobre o dever de revelação dos árbitros, de Gustavo Tepedino e Paula Greco Bandeira – *RDCC* 37/31-50; e
- O dever de revelação do árbitro, o conceito de dúvida justificada. Quanto a sua independência e imparcialidade (art. 14, § 1º, da Lei 9.307/1996) e a ação de anulação de sentença arbitral (art. 32, II, da Lei 9.307/1996), de Selma Maria Ferreira Lemes – *RARB* 36/231-251.

Use exclusivo – proibida a veiculação

Uso exclusivo – proibida a veiculação

b) Sentença Arbitral

Use exclusivo – proibida a veiculação

A COISA JULGADA NA ARBITRAGEM: A ESTABILIZAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL E SEUS EFEITOS

RES JUDICATA IN COMMERCIAL ARBITRATION: THE STABILITY OF THE ARBITRAL AWARD AND ITS EFFECTS

LARA MARIA MARQUES CACHEADO

Mestranda e Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da USP. Advogada. laracacheado@usp.br

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Arbitragem

RESUMO: Este artigo propõe a análise da coisa julgada na arbitragem e seus efeitos em comparação às repercussões da coisa julgada formada no processo jurisdicional estatal.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem – Sentença arbitral – Coisa julgada – Estabilização – Efeitos – Vinculação.

ABSTRACT: This article aims to analyze *res judicata* in arbitration and its effects in comparison to the repercussions of *res judicata* formed in state courts.

KEYWORDS: Arbitration – Arbitral award – *Res judicata* – Stability – Effects – Bound.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A disciplina da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. 3. A sentença arbitral e a coisa julgada na arbitragem. 4. O momento do trânsito em julgado. 5. A eficácia da coisa julgada arbitral e os seus limites objetivos e subjetivos. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A opção pela utilização de mecanismos alternativos de resolução de controvérsias como a conciliação, a mediação e a arbitragem é uma tendência crescente no cenário pátrio de disputas contratuais de maior dimensão econômica. A popularização de tais mecanismos é vantajosa, na medida em que as partes e seus advogados podem selecionar qual método de

resolução de conflitos é mais *adequado*¹, à luz das peculiaridades e da complexidade de cada caso, favorecendo que o litígio seja solucionado de forma mais satisfatória para as partes².

Relembre-se que, conforme lecionou Ada Pellegrini Grinover, “é necessário adaptar e flexibilizar o processo à crise de direito material subjacente”³. E a despeito da possibilidade de convenções processuais perante a jurisdição estatal (CPC, art. 190), é certo que tal flexibilidade não é tão ampla quanto a liberdade para convencionar o rito e o direito aplicável no mecanismo não estatal.

O estudo do instituto da arbitragem, por força de sua natureza eminentemente privada, apresenta repercussões inusitadas e gera incertezas quanto à sua aplicação teórica, especialmente quando se olha o instituto a partir da teoria geral do processo e ao seu inerente modelo constitucional.

Em outras palavras, a arbitragem deve ser analisada à luz da teoria geral do processo e do direito processual constitucional⁴, o que significa afirmar que os princípios e garantias constitucionais serão também observados no processo arbitral, a despeito do seu caráter privado. Trata-se do modelo constitucional do processo arbitral⁵.

Por essa razão é que Luiz Fernando Guerrero defende a existência da Teoria Geral dos Processos, *no plural*, que também abarca métodos alternativos de resolução de conflitos, como a arbitragem⁶. Fixadas essas premissas, é certo que a arbitragem, como processo jurisdicional, também deve se desenvolver à luz do *due process of law*⁷ e dos demais princípios constitucionais como a segurança jurídica e do contraditório⁸.

Sendo um mecanismo jurisdicional⁹, a arbitragem também possui a tendência à solução de conflitos de forma definitiva, trazendo estabilidade e segurança jurídica às relações interpessoais.

1. GUERRERO, Luis Fernando. *Teoria geral dos processos: os métodos de solução de conflitos e o processo civil*. São Paulo: Alameda, 2022. p. 119.
2. GUERRERO, Luis Fernando. *Teoria geral dos processos: os métodos de solução de conflitos e o processo civil*. São Paulo: Alameda, 2022. p. 120.
3. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 72.
4. Cândido Rangel Dinamarco defende a necessidade de abrigar a arbitragem sob o manto do direito processual constitucional, o que importa “considerar seus institutos à luz dos superiores princípios e garantias endereçados pela Constituição a todos os institutos processuais e particularmente àqueles de caráter jurisdicional” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 24).
5. FICHTNER, José Antonio; MANHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 148.
6. GUERRERO, Luis Fernando. *Teoria geral dos processos: os métodos de solução de conflitos e o processo civil*. São Paulo: Alameda, 2022. p. 48.
7. ABOUD, Georges; VAUGHN, Gustavo Favero. Princípios constitucionais do processo arbitral. *Revista de Processo*, v. 327, p. 453-490, 2022.
8. ALMEIDA, Cássio Drummond Mendes de. *Arbitragem e coisa julgada*. Londrina: Thoth, 2021.
9. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 24.

Uma dúvida que fica, contudo, é se o procedimento arbitral, na qualidade de mecanismo jurisdicional fruto da autonomia da vontade das partes, poderá deixar de observar princípios e garantias inerentes ao processo estatal se isso for previamente convencionado entre as partes. Mais especificamente, na presente investigação, questiona-se se a garantia da coisa julgada, como materialização do princípio constitucional da segurança jurídica e como um dos elementos típicos de um processo jurisdicional, é igualmente aplicada ao processo arbitral, com as mesmas repercussões que se apresenta no processo estatal.

Afinal, os princípios e garantias processuais constitucionais devem ser aplicados à arbitragem levando em consideração a liberdade individual das partes e a alta carga volitiva inerente ao processo arbitral. Por isso é que a doutrina considera que os princípios inerentes ao tradicional modelo constitucional do processo não podem chegar ao ponto de *aniquilar* a liberdade individual das partes e a possibilidade de que possam definir de comum acordo as regras de direito previamente estabelecida entre elas como manifestação da autonomia da vontade¹⁰. Afinal, a “autonomia da vontade é a seiva vital da qual se nutre a arbitragem”¹¹.

Naturalmente, por força da própria natureza de jurisdição privada da arbitragem, regida pela autonomia de vontade das partes, a estabilização da sentença arbitral e seus efeitos possuem peculiaridades diversas da coisa julgada estatal e não é o intuito esgotá-las no presente estudo, mas sim demonstrar algumas de suas mais relevantes nuances.

2. A DISCIPLINA DA COISA JULGADA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

O instituto da coisa julgada é atualmente regido pelo art. 502 do CPC, o qual dispõe que “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. A redação do Código de Processo Civil inovou ao deixar evidente que não apenas as sentenças de mérito são capazes de serem cobertas pela coisa julgada material, mas sim qualquer outra decisão de mérito.

Outra modificação em relação ao texto anterior¹², é a modificação da palavra “eficácia” para “autoridade”, aproximando-se da definição de coisa julgada à luz da tese de Liebman¹³, que é defendida de forma majoritária pela doutrina e jurisprudência pátrias¹⁴.

10. EICHTNER, José Antonio; MANHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 148.

11. HUCK, Hermes Marcelo; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. Árbitro: juiz de fato e de direito. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 40, jan.-mar. 2014.

12. Art. 467 do CPC/1973: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

13. Para o autor, a autoridade da coisa julgada não é efeito, mas sim uma qualidade de indiscutibilidade e de imutabilidade que adere aos efeitos da sentença de mérito, sejam eles quais forem. Sendo assim, a coisa julgada não pode ser confundida com a eficácia da decisão. Sob o prisma liebmaniano, a coisa julgada incide sobre os efeitos da sentença para torná-los imutáveis.

14. DELLORE, Luiz. Conceito de coisa julgada no novo CPC: avanços e oportunidade perdida. Disponível em: [https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/processocivil/conceito-de-coisa-julgada-novo-cpc/]. Acesso em: 06.06.2022.

Assim, após o trânsito em julgado da sentença, forma-se a coisa julgada formal (imutabilidade endoprocessual) e, sendo ela de mérito, é formada a coisa julgada material. Essa imutabilidade adquirida pela sentença (ou de qualquer outra decisão de mérito) irradia consequências para fora do processo: (i) o impedimento à propositura de demanda com objeto idêntico; e (ii) a vinculação dos juízes de processos posteriores a observarem a decisão transitada em julgado sempre que a situação jurídica definida no primeiro processo figurar como questão prejudicial no segundo processo¹⁵.

Trata-se, respectivamente, das eficácias negativa e positiva da coisa julgada, que se destinam a definir o alcance da vinculação do comando decisório, preservando a imutabilidade e indiscutibilidade adquiridas pela decisão de mérito após a formação da coisa julgada material¹⁶.

Ainda, a coisa julgada se manifesta mediante a sua eficácia preclusiva, que impede a re-propositura de demandas que poderiam contornar ou minimizar a derrota no processo anterior, trazendo alegações que poderiam ter sido anteriormente suscitadas¹⁷.

A coisa julgada e essas repercussões que se propagam com a sua formação têm como escopo, portanto, consolidar definitivamente a situação jurídico-material dos litigantes em relação ao objeto do julgamento¹⁸. A manifestação da coisa julgada pelas suas funções positiva e negativa, bem como pela eficácia preclusiva da coisa julgada, são formas de preservar a solução jurisdicional dada pelo órgão julgador e inibir a rediscussão da lide¹⁹.

A coisa julgada atua, portanto, para garantir a perenidade da decisão que transitou em julgado mediante a repercussão dos seus efeitos em situações futuras²⁰.

É evidente, contudo, que a despeito do trânsito em julgado, podem as partes, de comum acordo, abrir mão de direitos, renunciar a créditos que lhe tenham sido assegurados pela decisão transitada em julgado e isso não significa desrespeito à coisa julgada²¹.

A lei estabelece, ainda, alguns limites para a irradiação do fenômeno da coisa julgada. Os *limites objetivos* tratam daquilo que será atingido pela coisa julgada. Isto é, qual a delimitação da situação jurídica se tornará imutável²² e qual a área da sentença que será coberta pela coisa julgada.

15. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC: Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 686-696.
16. ALMEIDA, Cássio Drummond Mendes de. *Arbitragem e coisa julgada*. Londrina: Thoth, 2021, p. 87.
17. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC: Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 686-696.
18. LOMBARDI, Mariana Capela. *Da coisa julgada civil: limites subjetivos e extensão a terceiros*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da USP, Departamento de Direito Processual, 2008, p. 10.
19. ALMEIDA, Cássio Drummond Mendes de. *Arbitragem e coisa julgada*. Londrina: Thoth, 2021, p. 87.
20. OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*. Londrina: Thoth, 2021, p. 31.
21. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 185.
22. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 16.

À luz do Código de Processo Civil de 1973, os motivos da sentença não vinculavam processos futuros, de modo que o que era coberto pela coisa julgada consistia na parte dispositiva da sentença ou decisão de mérito. Esse cenário foi modificado com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o qual permitiu que a solução dada a questões prejudiciais produza efeitos para fora do processo e torne-se imutável, desde que presentes os requisitos do art. 503, § 1º, do CPC, quais sejam, o prévio contraditório e a competência do juízo para conhecer da matéria, conforme já entendia parcela da doutrina sob a égide do antigo Código²³.

Por outro lado, a coisa julgada também se delimita pelos seus *limites subjetivos*, os quais têm como objeto precisar quem serão as pessoas atingidas pela autoridade da coisa julgada.

O Código de Processo Civil de 1973 afirmava que a coisa julgada se dava entre as partes entre as quais é dada, não podendo beneficiar nem prejudicar terceiros (CPC/1973, art. 472). A regra foi pontualmente alterada pelo atual art. 506 do CPC, o qual determina que a coisa julgada apenas não prejudicará terceiros, em atenção às garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, XXXV, LIV e LV).

Foi excluída, portanto, a regra de que a coisa julgada não pode beneficiar terceiros, o que permite a interpretação de que a intenção do legislador foi permitir que a coisa julgada alcance o terceiro em seu benefício, como já entendia parcela da doutrina antes mesmo da vigência do novo Código²⁴. A doutrina entendeu como positiva a alteração implementada pelo novo Código, uma vez que “quando o terceiro for beneficiado pelo resultado da discussão transitada em julgado, e quiser opor aquele resultado às partes do processo, estas não poderão pretender rediscutir o conteúdo estável”²⁵.

Traçado um breve panorama geral a respeito da disciplina da coisa julgada no direito processual civil brasileiro, passa-se a analisar se o fenômeno da coisa julgada e todas as suas repercussões se apresentam igualmente no âmbito da arbitragem.

3. A SENTENÇA ARBITRAL E A COISA JULGADA NA ARBITRAGEM

É certo que as sentenças proferidas pelo árbitro não se tratam de meras opiniões²⁶, capazes de emitir tão somente algum vínculo contratual entre as partes. São, em verdade, comandos que adquirem eficácia imediata entre as partes e também apresentam resultados para além do processo.

23. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

24. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. 2. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 28.

25. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; DANTAS, Bruno (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2016. Comentários ao art. 506.

26. CREMASCO, Suzana Santi. SILVA, Tiago Eler. O caráter jurisdicional da arbitragem e o precedente arbitral. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, jul.-dez./2011.

Afinal, o próprio Estado legitimou as decisões arbitrais mediante a outorga do poder jurisdicional aos árbitros quando as partes assim convencionarem, sendo desnecessária qualquer homologação judicial para que as sentenças proferidas em sede de arbitragem produzam efeitos tal como fazem as sentenças judiciais.

Qualquer dúvida a esse respeito foi definitivamente extirpada com o art. 31 da Lei de Arbitragem, o qual determina que “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

Ainda a respeito da sentença arbitral, o art. 29 da Lei de Arbitragem determina que “proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem”. Isso não é bem verdade porque tal afirmação é contrariada em seguida pelo art. 30 da Lei de Arbitragem, o qual faculta às partes, em caso de erro material, obscuridade ou contradição na sentença, a apresentação de pedido de esclarecimentos²⁷. Nessa hipótese, a arbitragem e a jurisdição dos árbitros se encerrarão com a decisão que aprecia o pedido de esclarecimentos²⁸.

Assim como em qualquer outro procedimento jurisdicional, a arbitragem também deve fazer valer o escopo magno de pacificação social da jurisdição, solucionando o litígio de forma definitiva. A solução da crise de direito material emanada no âmbito da jurisdição arbitral também tem como intenção gerar uma estabilidade não apenas endoprocessual, mas também para fora do processo, evitando a repetição de demandas e a rediscussão daquilo que já foi decidido na sentença.

A respeito dos efeitos da sentença arbitral, é certo que uma vez proferida a sentença arbitral, ela se apresenta provida de eficácia, com aptidão imediata para produzir seus efeitos, na medida em que a lei não admite a sua impugnação por recurso²⁹. E todos esses efeitos são os mesmos daqueles vistos nas sentenças judiciais.

Nota-se, contudo, uma omissão na Lei de Arbitragem a respeito do instituto da coisa julgada, o que merece atenção e gera algumas incertezas a respeito da sua aplicação no âmbito do processo arbitral.

O art. 31 da Lei de Arbitragem dispõe que a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelo Poder Judiciário. Os art. 29 e 30, por sua vez, limitam-se a afirmar que com a prolação da sentença arbitral ou, existindo pedido de esclarecimentos, com a prolação da decisão que o aprecia, se encerra a jurisdição arbitral. Nenhum desses dispositivos, como se vê, afirma que é formada uma autoridade que torna imutável e indiscutível o comando decisório proferido pelo árbitro.

Visto que inexistente previsão legal de recurso cabível contra a sentença no âmbito da arbitragem, poder-se-ia afirmar que a sentença arbitral de mérito transita em julgado, com a consequente formação da coisa julgada material, a despeito da lacuna na lei?

27. MAGALHÃES, José Carlos de; PALMA, Tania F. Rodrigues. A coisa julgada na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 63, p. 121-135, 2019.

28. MAGALHÃES, José Carlos de; PALMA, Tania F. Rodrigues. A coisa julgada na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 63, p. 121-135, 2019.

29. ALVIM, J.E. Carreira. *Comentários à Lei de Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2011.

A redação do art. 31 da Lei de Arbitragem gera incertezas na doutrina a respeito da existência do fenômeno da coisa julgada no processo arbitral, uma vez que dispõe que a sentença arbitral produz os mesmos efeitos que a sentença judicial³⁰, mas nada menciona a respeito da coisa julgada – o que abre margem para se entender que ela não existe na jurisdição arbitral.

Tal abertura interpretativa possui relação com a antiga polêmica doutrinária relativa à distinção entre efeitos da sentença e coisa julgada.

Relembre-se que há muito se superou o entendimento da coisa julgada como um dos efeitos da sentença. A quebra do paradigma de se entender a coisa julgada como um dos efeitos da sentença foi feita pela obra clássica de Enrico Tullio Liebman. De acordo com o autor, todos os efeitos da sentença podem produzir-se antes ou independentemente do trânsito em julgado da sentença³¹, de modo que a autoridade da coisa julgada não é efeito, mas sim uma *qualidade* de indiscutibilidade e de imutabilidade que adere aos efeitos da sentença de mérito, sejam eles quais forem.

Não há dúvidas, portanto, de que a coisa julgada não pode ser confundida com os efeitos da decisão de mérito.

É fundada nessa distinção que a redação do art. 31 da Lei de Arbitragens traz dúvidas quanto à aplicabilidade da coisa julgada ao processo arbitral, uma vez que o dispositivo expressamente afirma que os efeitos da sentença arbitral serão os mesmos da sentença judicial. E visto que os efeitos da sentença não se confundem com coisa julgada, a redação do dispositivo abre margem para parcela da doutrina entender que o fenômeno da coisa julgada não se verifica no processo arbitral.

Como um dos defensores da tese de que a coisa julgada não se aplica à arbitragem, Alexandre Freitas Câmara entende que a sentença arbitral não é apta a formar coisa julgada, uma vez que não se trata de processo jurisdicional. O autor afirma que o laudo arbitral se torna imune a discussões posteriores, mas não se pode falar que tal estabilização equivale à coisa julgada³².

Em outra posição que nega a formação da coisa julgada arbitral, Marcus Vinícius Tenório da Costa Fernandes nega tal aptidão porque a sentença arbitral fica sujeita à revisão pelo Poder Judiciário, em sede de eventual ação anulatória³³. Ainda, outra corrente entende que não há que se falar em coisa julgada justamente porque a equiparação da sentença arbitral àquela proferida pelo juiz togado seria apenas quanto aos seus efeitos³⁴.

30. ALMEIDA, Cássio Drummond Mendes de. *Arbitragem e coisa julgada*. Londrina: Thoth, 2021.

31. LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 1-70.

32. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 110-112.

33. FERNANDES, Marcus Vinícius Tenório da Costa. *Anulação da sentença arbitral*. São Paulo: Atlas, 2007.

34. SILVA FILHO, Antonio Carlos Monteiro da. Processo civil: um anticristo na arbitragem. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 84, 2005.

Contudo, tais motivos não se sustentam. Em primeiro lugar, a arbitragem é verdadeiro mecanismo jurisdicional e a coisa julgada é elemento típico da jurisdição, diante do seu escopo magno de pacificação, do que decorre a percepção de que também é um mecanismo capaz de eliminar a crise de direito material de forma definitiva³⁵. Além disso, de acordo com a lição de Eduardo Parente, o mero deslocamento da sentença arbitral para uma revisão formal, e não de conteúdo, pelo Poder Judiciário, não é capaz de infirmar a qualidade de imutabilidade e indiscutibilidade que aderem aos efeitos da sentença arbitral³⁶.

Por fim, a equivalência da sentença arbitral à sentença judicial não se limita aos seus efeitos, mas sim a todas as suas repercussões, sendo uma delas a formação da coisa julgada. O art. 31 da Lei de Arbitragem não pode ser entendido em sua literalidade e a precisa lição de Cândido Rangel Dinamarco reconhece que a sentença arbitral é apta a produzir no mundo exterior todos os mesmos resultados que a sentença estatal³⁷.

Cássio Drummond Mendes de Almeida ressalta, por outro lado, que justificar a incidência da coisa julgada na arbitragem em razão da absoluta equivalência entre as sentenças arbitral e judicial não seria adequado, uma vez que transportar para a arbitragem conceitos e definições de direito processual

“[...] pode dar ensejo a indesejada simplificação, quer pela ausência de estruturação de um pensamento hígido acerca da formação da coisa julgada arbitral, quer pela possibilidade – ainda que teórica – de as partes renunciarem à estabilidade que a coisa julgada lhes proporciona e estabelecerem a formação de um novo painel arbitral para julgar a mesma questão”³⁸.

-
35. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 203.
 36. PARENTE, Eduardo Albuquerque. *Arbitragem e sistema*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para a obtenção do título de doutor em direito processual, p. 309.
 37. “Lido com olhos obcecadamente técnicos, tal dispositivo poderia ser interpretado como mera alusão aos efeitos substanciais da sentença arbitral, como o declaratório, o constitutivo e o condenatório, sem nada dispor sobre a auctoritas que o resguarda – e tal é a notória e maciçamente aceita distinção proposta por Liebman mediante a formulação do binômio ‘eficácia e autoridade da sentença’, título e tema da famosa monografia. Renunciemos porém a essa visão puramente técnica ou exegética do art. 31. Em uma interpretação teleológica veremos que a mens do legislador, conquanto expressa em palavras menos adequadas, consiste na afirmação de que a sentença arbitral é apta a produzir no mundo exterior ao processo, os mesmos resultados que a estatal. Produz os mesmos efeitos declaratórios, constitutivos ou condenatórios que esta, e esses efeitos, tanto quanto se dá em relação aos da sentença dos juízes togados, são aptos a adquirir a definitividade e a intangibilidade da coisa julgada material. Em outras palavras, o laudo arbitral tem a plena capacidade de proporcionar de modo integral a pacificação dos litigantes mediante a eliminação de conflitos. A consciência desse escopo magno da jurisdição, que conforta inclusive a própria tese da jurisdicionalidade da arbitragem, deve levar o intérprete à percepção da necessidade de pacificar e eliminar o conflito de modo definitivo e imutável, sob pena de deixar as portas abertas à insegurança jurídica, sem se cumprir integralmente aquele objetivo. A própria jurisdição estatal quando exercida sem a produção de resultados definitivos e imunes a futuros questionamentos não cumpriria de modo satisfatório sua missão institucional” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 203-204).
 38. ALMEIDA, Cássio Drummond Mendes de. *Arbitragem e coisa julgada*. Londrina: Thoth, 2021. p. 39.

O referido autor pontua que as controvérsias a respeito do tema estariam solucionadas se houvesse a previsão expressa na lei de arbitragem a respeito da formação da coisa julgada arbitral. Mas, visto que a compreensão da jurisdição arbitral se dá à luz dos princípios constitucionais, essa afirmativa, por si só, é capaz de resolver o problema, na medida em que a coisa julgada é uma garantia constitucional. Assim, o autor conclui que “a previsão expressa acerca de a sentença arbitral transitar materialmente em julgado seria desejável, mas não imprescindível, na medida em que se trata de princípio constitucional que tem por objeto evitar o risco de serem prolatadas decisões contraditórias”³⁹.

Aliás, é possível afirmar que a coisa julgada arbitral é ainda mais forte em comparação com a da decisão estatal cível de mérito, enquanto não escoado o prazo da ação rescisória, porquanto “parece haver espaço consideravelmente mais amplo para a rescisão das decisões estatais do que para a anulação das arbitrais”⁴⁰. Somado a isso, o prazo de 90 dias para a propositura da ação anulatória da sentença arbitral (LA, art. 33, § 1º) é mais curto do que o prazo para a propositura da ação rescisória⁴¹.

Fica evidente que, assim como a sentença judicial, a sentença arbitral também adquire a qualidade de imutabilidade e indiscutibilidade que é a coisa julgada e todas as irradiações dela decorrentes.

Relembre-se que a arbitragem efetivamente decide o mérito mediante amplo processo cognitivo desenvolvido em contraditório, o que evidencia que a sentença ali proferida é capaz de formar a coisa julgada material, a despeito da lacuna na lei. Por todos esses motivos, a doutrina brasileira amplamente reconhece a existência da coisa julgada arbitral⁴², não obstante os pontuais entendimentos divergentes acima refutados.

4. O MOMENTO DO TRÂNSITO EM JULGADO

A análise conjunta dos arts. 29, 31 e 33 da Lei de Arbitragem permite concluir que o trânsito em julgado da sentença arbitral ocorre quase que imediatamente após a sua prolação,

39. ALMEIDA, Cassio Drummond Mendes de. *Arbitragem e coisa julgada*. Londrina: Thoth, 2021. p. 45.

40. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. A estabilidade das decisões judiciais. In: DINAMARCO, Cândido da Silva; CARMONA, Carlos Alberto; YARSHELL, Flávio Luiz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CRUZ E TUCCI, José Rogério; DINAMARCO, Pedro da Silva (orgs.). *Estudos em homenagem a Cândido Rangel Dinamarco*. São Paulo: Malheiros; Salvador: JusPodivm, 2022. p. 163-178.

41. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. A estabilidade das decisões judiciais. In: DINAMARCO, Cândido da Silva; CARMONA, Carlos Alberto; YARSHELL, Flávio Luiz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CRUZ E TUCCI, José Rogério; DINAMARCO, Pedro da Silva (orgs.). *Estudos em homenagem a Cândido Rangel Dinamarco*. São Paulo: Malheiros; Salvador: JusPodivm, 2022. p. 163-178.

42. Cfr. CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 105; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 396; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 207; LEMES, Selma Ferreira. A sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 4, p. 31, 2005; ARMELIN, Donaldo. Prescrição e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 15, p. 47, 2007. MAGALHÃES, José Carlos; PALMA, Tania F. Rodrigues. A coisa julgada na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 63, p. 8, 2019.

depois de decorrido o prazo para apresentação do pedido de esclarecimentos – e caso ele seja apresentado, após a respectiva decisão a respeito⁴³. Isso porque recurso algum se admite contra as sentenças arbitrais⁴⁴.

A sentença arbitral transita em julgado e torna-se exequível, portanto, com o decurso do prazo para apresentação do pedido de esclarecimentos, e não antes disso, mesmo porque a execução da sentença arbitral será “sempre definitiva e jamais provisória”⁴⁵.

Nesse sentido, João Paulo Hecker da Silva reconhece que não se aplicam à arbitragem as disposições relativas ao cumprimento provisório de sentença, uma vez que se ainda não houver uma sentença arbitral definitiva (pendendo de apreciação os pedidos de esclarecimentos, por exemplo), não poderá a parte vencedora mover cumprimento provisório de sentença perante o juiz estatal⁴⁶.

Muito embora a Lei de Arbitragem não disponha que o pedido de esclarecimentos possua natureza infringente, mas de mera correção de vícios (LA, art. 30), a doutrina admite a alteração substancial do que foi decidido como “decorrência lógica natural da sanação dos vícios de erro material, obscuridade, dúvida, contradição ou omissão”⁴⁷.

De forma diversa do que ocorre no processo judicial, com a prolação da sentença arbitral (ou com a decisão que aprecia o pedido de esclarecimentos), se encerra a arbitragem, é dissolvido o painel arbitral e ocorre o trânsito em julgado da sentença. Portanto, “termina a própria jurisdição, não mais se podendo falar em juízo arbitral para aquela questão ou outras a ela relacionadas. Enfim, deixa de existir procedimento, árbitro, jurisdição, atribuição ou função do árbitro, juízo arbitral e tudo o mais”⁴⁸.

O que ocorre na seara arbitral é o chamado *functus officio* pela doutrina estrangeira, que significa o esgotamento dos poderes jurisdicionais do árbitro depois de proferida a sentença arbitral. Nesse sentido resume a doutrina: “na prática, a consequência mais importante do árbitro se tornar *functus officio* depois da prolação da sentença arbitral é que ele não tem mais o poder de alterar a sentença sem o consentimento das partes”⁴⁹.

-
43. FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. Notas sobre a coisa julgada na arbitragem doméstica. In: ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; SCHIMTZ, Leonard Ziesemer; AURELLI, Arlete Ines (coords.). *O direito de estar em juízo e a coisa julgada*. São Paulo: Ed. RT, 2014. Em sentido divergente, Selma Ferreira Lemes entende que a sentença arbitral se torna imutável apenas após o decurso do prazo de 90 dias, sem que se tenha proposto a ação anulatória da sentença arbitral (LEMES, Selma Maria Ferreira. A sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, p. 26-33, jan.-mar. de 2005).
 44. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 207.
 45. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 266-268.
 46. SILVA, João Paulo Hecker da. *Execução e cumprimento de sentença arbitral*. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords.) *Curso de arbitragem*. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 362-363.
 47. FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luiz. *Temas de arbitragem*: primeira série. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 208-213.
 48. CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 300.
 49. De acordo com Lord Mustill e Stewart C. Boyd: “*in practice, the most important consequence of the arbitrator becoming functus officio after making his award is that he has no power to alter the award without the consent*”

De acordo com o princípio do *functus officio*, em razão do esgotamento dos poderes do árbitro com a prolação da sentença e decorrido o prazo para o pedido de esclarecimentos, incidirá o fenômeno da coisa julgada⁵⁰.

A situação difere do que ocorre na jurisdição estatal, que é permanente e fica à disposição da parte, inclusive para cumprimento ou execução da sentença⁵¹.

Assim, adota-se a conclusão de José Carlos de Magalhães e Tania F. Rodrigues Palma no sentido de que a jurisdição dos árbitros “se esgota com a decisão do pedido relativo à sentença arbitral ou com o decurso do prazo para sua apresentação, ficando nesse momento, terminado – e só então – o processo arbitral a que se refere o artigo 29 da Lei de Arbitragem e a jurisdição do juízo arbitral”⁵².

Esses autores, ainda, alertam para a prática indesejável de pedidos de esclarecimentos sucessivos da sentença e da decisão que o apreciou. Tal prática deve ser evitada, mesmo porque inexistente previsão na lei para novo pedido de esclarecimentos, razão pela qual esse segundo pedido de esclarecimentos não deveria ser conhecido, não apenas em razão da ausência de previsão legal, mas também pelo esgotamento da jurisdição do árbitro⁵³.

Ainda quanto ao momento do trânsito em julgado, importante comentar o questionamento aduzido por Cássio Drummond Mendes de Almeida a respeito da possibilidade de as partes estabelecerem o momento do trânsito em julgado e quais seriam as consequências práticas de tal convenção.

O autor afirma que

“[...] parece coerente com o sistema possibilitar que as partes estabeleçam o momento do trânsito em julgado, que se prestaria não apenas a fixar a data em que a decisão arbitral se revestiria de imutabilidade, mas também, para fins práticos, a estabelecer o momento em que o comando que se extrai da sentença deve ser respeitado”⁵⁴.

De fato, considerando que as regras procedimentais da arbitragem são fruto da convenção das partes em decorrência da máxima do princípio da autonomia das partes previsto no art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem⁵⁵, as partes também poderiam de comum acordo estabelecer o momento em que a sentença arbitral se tornará imutável.

of the parties” (MUSTILL, Lord; BOYD, Stewart C. *Commercial arbitration*. 2 ed. Lexis Nexis: Butterworths, UK, 1989. p. 404-405).

50. NASCIMBENI, Asdrubal Franco. *Cumprimento de decisões arbitrais: estudos para aprimoramento do sistema*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo para obtenção do título de doutorado, 2019, p. 209.

51. CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 101-103.

52. MAGALHÃES, José Carlos de; PALMA, Tania F. Rodrigues. A coisa julgada na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 63, p. 121-135, 2019.

53. MAGALHÃES, José Carlos de; PALMA, Tania F. Rodrigues. A coisa julgada na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 63, p. 121-135, 2019.

54. ALMEIDA, Cássio Drummond Mendes de. *Arbitragem e coisa julgada*. Londrina: Thoth, 2021. p. 83.

55. “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”.

Sendo assim, propõe algumas hipóteses de momentos distintos para formação da coisa julgada: (i) quando do último pronunciamento do árbitro ou painel, e aí o trânsito será imediato; (ii) quando notificada a última das partes; ou (iii) quando decorrido o prazo de 90 (noventa) dias para o ajuizamento da ação declaratória de nulidade⁵⁶.

Se adotada a hipótese de convencionar que o trânsito em julgado ocorrerá após o decurso do prazo de 90 dias para a propositura da ação declaratória de nulidade da sentença arbitral, o ajuizamento dessa demanda protrairá o trânsito em julgado para o momento do trânsito em julgado da sentença que julga a respectiva ação anulatória⁵⁷.

Ou seja, o trânsito em julgado da sentença arbitral, nessa hipótese, se submeterá ao próprio trânsito em julgado da sentença ou acórdão judicial, o que “se assemelharia a um recurso para os fins de permitir ou obstar o trânsito em julgado da sentença arbitral – tratar-se-á de questão prejudicial ao trânsito em julgado”⁵⁸.

De todo modo, não tendo as partes convencionado o momento do trânsito em julgado, como já referido, ele ocorre com a última decisão proferida pelo painel arbitral⁵⁹.

5. A EFICÁCIA DA COISA JULGADA ARBITRAL E OS SEUS LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS

Nota-se que os elementos e efeitos clássicos da coisa julgada também estão presentes com a prolação da sentença arbitral de mérito⁶⁰, o que evidencia a aplicabilidade da coisa julgada à jurisdição arbitral.

Abre-se um parêntese, contudo, para lembrar que na arbitragem prevalece o princípio da ampla autonomia da vontade, que deve ser respeitado pelo árbitro, encontrando limites na ordem pública⁶¹, uma vez que a vontade das partes não poderá afetar interesses coletivos.

Dito isso, a sentença arbitral produz os mesmos efeitos e possui os mesmos limites extraprocessuais da sentença estatal, mas possui peculiaridades próprias, uma vez que os efeitos e limites da coisa julgada arbitral devem estar relacionados com o conteúdo da convenção arbitral celebrada entre as partes, sendo esse o seu principal aspecto distintivo com relação aos efeitos da sentença estatal.

No que diz respeito à eficácia da sentença arbitral, é certo que após a decisão do tribunal arbitral, nenhum outro julgador poderá reapreciar a matéria objeto da decisão (eficácia

56. ALMEIDA, Cássio Drummond Mendes de. *Arbitragem e coisa julgada*. Londrina: Thoth, 2021. p. 84.

57. ALMEIDA, Cássio Drummond Mendes de. *Arbitragem e coisa julgada*. Londrina: Thoth, 2021. p. 84.

58. ALMEIDA, Cássio Drummond Mendes de. *Arbitragem e coisa julgada*. Londrina: Thoth, 2021. p. 84.

59. ALMEIDA, Cássio Drummond Mendes de. *Arbitragem e coisa julgada*. Londrina: Thoth, 2021. p. 85.

60. PARENTE, Eduardo Albuquerque. *Arbitragem e sistema*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para a obtenção do título de doutor em direito processual, p. 310.

61. SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem – mediação e conciliação*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 73.

negativa da coisa julgada arbitral). E em eventual demanda posterior que tenha relação com a demanda movida anteriormente perante a jurisdição arbitral, o comando decisório da sentença arbitral transitada em julgado deverá ser observado como premissa pelo julgador posterior (eficácia positiva da coisa julgada)⁶². Afinal, estaríamos diante de um cenário caótico se fosse aceita a rediscussão do que foi resolvido pelo tribunal arbitral⁶³.

Questiona-se, contudo: se à luz da natureza de jurisdição privada norteada pela autonomia das partes ostentada pela arbitragem, seria possível às partes convencionarem a possibilidade de rediscussão de um novo litígio a respeito da mesma questão já decidida anteriormente pelo tribunal arbitral?⁶⁴ A resposta é positiva.

É sabido que na jurisdição estatal, os juízes detêm o dever de evitar a repetição de demandas e inibir rediscussões a respeito de matéria coberta pela coisa julgada. Trata-se de verdadeiro óbice ao exercício da jurisdição estatal, não sendo autorizado às partes a “renúncia” à coisa julgada estatal⁶⁵.

Assim, na hipótese de propositura de demanda idêntica a uma anteriormente julgada, sobre a qual reside o manto da coisa julgada, o juiz estatal está obrigado a determinar a extinção da ação repetida, impedindo o seu rejuízo, por força da eficácia negativa da coisa julgada, podendo fazê-lo inclusive *ex officio*. Além disso, permitir a renovação da discussão implicaria uma nova movimentação da máquina judiciária e oneração dos cofres públicos.

Por outro lado, na jurisdição arbitral, essa regra não ostenta caráter absoluto e estaria mitigada se as partes assim convencionarem, sendo uma exceção do sistema. Os árbitros estariam submetidos à convenção das partes que optaram por discutir novamente em uma segunda arbitragem questões que já foram objeto de processo arbitral anterior, não obstante o risco de se obter uma decisão no mesmo sentido da primeira. Por isso é que Cássio Drummond Mendes de Almeida afirma que “os árbitros estão necessariamente submetidos à vontade das partes, que, se assim desejarem, poderão dispor da coisa julgada”⁶⁶.

Felipe Sripes Wladeck compartilha esse posicionamento ao entender que

“[...] os árbitros (mesmo antes de encerradas as suas atribuições em relação ao processo arbitral) ficam impedidos de rever o que eles próprios decidiram sobre o mérito após o ‘trânsito em julgado’ – a não ser que as partes os autorizem a tanto, possivelmente com a reabertura da arbitragem já encerrada (vide o item 3.5.5) ou em nova arbitragem (item 3.5.6)”⁶⁷.

62. PARENTE, Eduardo Albuquerque. *Arbitragem e Sistema*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para a obtenção do título de doutor em direito processual, p. 310.
63. MARINONI, Luiz Guilherme. “Arbitragem e coisa julgada sobre questão”, *Revista de arbitragem e Mediação*, v. 58, p. 99-117, jul.-set. 2018.
64. ALMEIDA, Cássio Drummond Mendes de. *Arbitragem e coisa Julgada*. Londrina: Thoth, 2021, p. 83.
65. ALMEIDA, Cássio Drummond Mendes de. *Arbitragem e coisa Julgada*. Londrina: Thoth, 2021, p. 90.
66. ALMEIDA, Cássio Drummond Mendes de. *Arbitragem e coisa Julgada*. Londrina: Thoth, 2021, p. 91.
67. WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 93-94.

Naturalmente, a questão em debate deve se tratar de direito patrimonial disponível, que não prejudique terceiros beneficiados pela primeira decisão e que não envolva a administração pública⁶⁸.

Igualmente, no que diz respeito à eficácia positiva da coisa julgada arbitral, as partes poderão, de comum acordo, pretender uma nova declaração arbitral não vinculada às premissas estabelecidas na sentença arbitral anterior⁶⁹. A amplitude volitiva da arbitragem permite que as partes autorizem o árbitro a contradizer o que restou decidido anteriormente em sentença arbitral coberta pela coisa julgada.

Toda a disciplina da autoridade da coisa julgada igualmente se aplica à arbitragem, portanto, verificando-se também o fenômeno da eficácia preclusiva da coisa julgada arbitral⁷⁰, consistente no impedimento de repropositura de demandas incompatíveis com a situação jurídica definida na sentença transitada em julgado⁷¹, trazendo alegações que poderiam ter sido anteriormente suscitadas. Essa eficácia preclusiva se opera tanto em eventuais futuras arbitragens quanto em futuros processos judiciais⁷².

Por todas as razões já expostas, caso as partes, de comum acordo, permitam que demandas e alegações que poderiam ter sido deduzidas no processo anterior, e não foram, sejam trazidas em um novo processo arbitral, a eficácia preclusiva também estaria mitigada.

É certo que flexibilizar a imutabilidade e indiscutibilidade da sentença arbitral transitada em julgado é possível, ainda que teoricamente, no exclusivo âmbito da jurisdição arbitral. No entanto, não há dúvidas de que o trânsito em julgado arbitral ou judicial sempre impedirá o Poder Judiciário de processar uma segunda demanda idêntica à primeira transitada em julgado⁷³.

Assim, a doutrina admite que “em vista da existência de algum caráter contratual na arbitragem, pode-se entender que as partes resolveram buscar outra solução para a sua divergência (sobre direitos disponíveis)”⁷⁴. Em suma, no âmbito da arbitragem, as eficácias

68. ALMEIDA, Cássio Drummond Mendes de. *Arbitragem e coisa julgada*. Londrina: Thoth, 2021. p. 91.

69. ALMEIDA, Cássio Drummond Mendes de. *Arbitragem e coisa julgada*. Londrina: Thoth, 2021. p. 91.

70. Em sentido contrário, Marcus Vinícius Tenório da Costa Fernandes afirma que “a sentença judicial será apta a desconstituir a sentença arbitral por vício dela própria ou até antecedente, já que a sentença arbitral não está protegida pela eficácia preclusiva da coisa julgada. Assim, nada impede que uma questão já decidida venha a ser discutida depois” (FERNANDES, Marcus Vinícius Tenório da Costa. *Anulação da sentença arbitral*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 49).

71. Cfr. obras de Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes: *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo, Saraiva, 2012 e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC: Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 686-696.

72. FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. Notas sobre a coisa julgada na arbitragem doméstica. In: ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; SCHIMTZ, Leonard Ziesemer; AURELLI, Arlete Ines (coords.). *O direito de estar em juízo e a coisa julgada*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

73. ALMEIDA, Cássio Drummond Mendes de. *Arbitragem e coisa julgada*. Londrina: Thoth, 2021. p. 91.

74. VALLE, Martim Della. Considerações sobre pressupostos processuais em arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem, v. IIII, n. 12, p. 7-30, 2006.

positiva e negativa da coisa julgada, bem como a sua eficácia preclusiva, podem ser relativizadas, desde que tal hipótese não prejudique terceiros ou envolva a administração pública.

De todo modo, a doutrina sugere que as partes comuniquem ao árbitro que está sendo renovada a discussão a respeito de demanda anterior transitada em julgado⁷⁵. Ainda, na hipótese de omissão das partes, caberá ao árbitro consultá-las caso tome conhecimento de julgamento anterior da mesma demanda, “para que as partes, se o caso, renunciem à decisão anteriormente proferida e requeiram expressamente um novo julgamento”⁷⁶. Por isso, ao contrário da jurisdição estatal, não se verifica na jurisdição arbitral o dever de conhecimento de ofício pelo árbitro da existência da coisa julgada anterior.

Além disso, as repercussões relacionadas aos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada também estão presentes no processo arbitral⁷⁷. Os limites objetivos da coisa julgada arbitral são os mesmos da coisa julgada judicial: alcançam, via de regra, a parte dispositiva da sentença arbitral de mérito. Mas, visto que a sentença arbitral e a sentença judicial produzem os mesmos efeitos, a questão prejudicial ao julgamento do pedido na arbitragem também será apta a fazer coisa julgada se for adequadamente discutida e decidida nos termos do art. 503, § 1º, do CPC.

Outrossim, os limites subjetivos da coisa julgada arbitral também se dão sob o mesmo ângulo do que é visto no processo judicial (CPC, art. 506). Em respeito ao contraditório, a sentença arbitral faz coisa julgada entre as partes em que é dada e não prejudica terceiros que não exerceram o contraditório naquele processo arbitral.

Também os limites objetivos e subjetivos dos efeitos da sentença arbitral e da coisa julgada deverão se relacionar com o conteúdo da convenção arbitral celebrada entre as partes, devendo o árbitro respeitar a autonomia da vontade como princípio norteador do processo arbitral.

Cumprido destacar, a respeito dos limites objetivos, que o conhecimento de questões incidentais na arbitragem não exige a prévia autorização das partes, sendo a resolução da questão necessária ao julgamento do mérito⁷⁸.

Ainda, visto que a regra de que a coisa julgada sobre questão prevista no art. 503, § 1º, do CPC também se aplica ao processo arbitral, a coisa julgada sobre a questão formada, seja em

75. ALMEIDA, Cássio Drummond Mendes de. *Arbitragem e coisa julgada*. Londrina: Thoth, 2021. p. 164.

76. ALMEIDA, Cássio Drummond Mendes de. *Arbitragem e coisa julgada*. Londrina: Thoth, 2021. p. 164.

77. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 207.

78. Nesse sentido, é precisa a lição de Carreira Alvim: “Em princípio, quem escolhe a arbitragem para resolver uma controvérsia sobre indenização por danos, como, de resto, sobre qualquer litígio, confere implicitamente ao árbitro poderes para resolver todas as questões periféricas, como tal entendidas as que não se refiram ao mérito da causa. Destarte, as questões preliminares, as questões sobre competência, impedimento e suspeição, as questões prejudiciais, situam-se, todas, na periferia do mérito da causa, devendo ser percorridas, para que se alcance o objetivo do processo principal, que é a decisão da causa. Portanto, não é necessário que a convenção de arbitragem a elas se refira, especificamente, porque, ao acordarem as partes sobre o objeto da demanda arbitral, já estarão acordando quanto aos poderes concedidos ao árbitro, para resolver as questões relacionadas com ele. Para tanto, não precisa o árbitro de poderes expressos, porque eles já existem implícitos” (CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito arbitral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 298).

sede judicial seja em sede arbitral, em regra, poderá ser invocada a fim de que não seja objeto de nova demanda e nova discussão, seja pelo árbitro, seja pelo juiz estatal⁷⁹. Salvo, é claro, se as partes disporem que a questão prejudicial anteriormente apreciada, poderá ser rediscutida em um novo processo arbitral.

Por fim, os limites subjetivos da coisa julgada arbitral também devem ser analisados à luz dos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal (CF, arts. 5º, XXXV e LV), de modo que a coisa julgada que recai sobre a sentença arbitral alcança apenas as partes que participaram da arbitragem, não podendo prejudicar terceiros.

Naturalmente, com a nova redação do art. 503, que excluiu o cenário de que a coisa julgada não pode alcançar o terceiro em seu benefício, poder-se-ia admitir que a coisa julgada arbitral pode, em algumas hipóteses, alcançar o terceiro em seu favor.

A aplicabilidade dessa regra se torna duvidosa ao se considerar que, via de regra, o processo arbitral se desenvolve em sigilo entre as partes participantes e o terceiro beneficiado pela coisa julgada formada na arbitragem não teria como saber que foi beneficiado pelo julgamento em questão.

Para sanar esse problema, a doutrina propõe que, havendo interesse de terceiro na controvérsia, o princípio da confidencialidade deve ser relativizado, a fim de que “os terceiros jurídica e potencialmente interessados acerca do resultado do julgamento sejam comunicados quanto ao teor da decisão que lhes beneficia e, nesse caso, sem que seja necessária autorização do sucumbente, contra quem a sentença poderá ser utilizada”⁸⁰.

Além disso, a coisa julgada que beneficia terceiro é um dos limites impostos à possibilidade de que as partes renunciem à coisa julgada anterior e rediscutam a demanda perante a arbitragem. Por isso é que seria desejável que o terceiro tenha ciência daquela sentença que o beneficia a fim de que se evite que seja ele prejudicado por uma sentença posterior que produza benefícios inferiores ao que foi anteriormente decidido em seu favor⁸¹, caso as partes optem pela renovação da discussão.

Como se vê, as flexibilizações aqui propostas a respeito da eficácia da coisa julgada arbitral são admissíveis em termos teóricos, mas poder-se-ia dizer que é difícil imaginar a hipótese de que a parte vencedora aceite a rediscussão da demanda.

Contudo, pensando na hipótese de uma sentença arbitral que não satisfizes integralmente as pretensões nem de uma nem de outra parte, é mais fácil admitir que as partes queiram, de comum acordo, renovar o julgamento da mesma demanda ou renovar a discussão a respeito das questões deduzidas ou dedutíveis no processo arbitral anterior, submetendo a controvérsia a um novo julgamento perante um novo painel arbitral.

79. ALMEIDA, Cássio Drummond Mendes de. *Arbitragem e coisa julgada*. Londrina: Thoth, 2021. p. 112.

80. ALMEIDA, Cássio Drummond Mendes de. *Arbitragem e coisa julgada*. Londrina: Thoth, 2021. p. 107.

81. ALMEIDA, Cássio Drummond Mendes de. *Arbitragem e coisa julgada*. Londrina: Thoth, 2021. p. 107.

6. CONCLUSÃO

Na qualidade de processo jurisdicional, a arbitragem também tem como um de seus escopos a pacificação social de forma definitiva, de modo que a sentença arbitral e seus efeitos são perenes, capazes de gerar estabilidade e segurança jurídica às relações interpessoais.

A sentença arbitral produz os mesmos resultados que a sentença estatal, quais sejam, a formação da coisa julgada e os fenômenos dela decorrentes: as suas eficácias negativa e positiva e a sua eficácia preclusiva. Igualmente, verifica-se que a coisa julgada arbitral possui os mesmos limites objetivos e subjetivos que circunscrevem a coisa judicial estatal.

Assim, demonstrou-se que, prolatada a sentença arbitral e transcorrido o prazo sem a apresentação de pedidos de esclarecimentos, ou se apresentados, tenha o árbitro decidido a esse respeito, verifica-se a coisa julgada material e a consequente imutabilidade e indiscutibilidade da controvérsia⁸².

Contudo, os efeitos da sentença e a coisa julgada na arbitragem possuem peculiaridades próprias, uma vez que a jurisdição arbitral é pautada por elevada carga de autonomia da vontade. Por isso é que não é possível simplesmente transplantar a disciplina da coisa julgada estatal à coisa julgada arbitral sem realizar as devidas adequações, considerando as especificidades inerentes à jurisdição arbitral.

Apesar de a arbitragem estar sujeita ao modelo constitucional do processo, em decorrência da ampla autonomia da vontade das partes, que permite a autorregulamentação dos interesses em conflito, chega-se à conclusão de que as partes poderiam, de comum acordo, mitigar a eficácia da coisa julgada e submeter a controvérsia à nova discussão perante outro painel arbitral. E tudo isso está dentro da possibilidade de ampla disposição dos seus direitos perante a jurisdição arbitral.

Naturalmente, essa flexibilização não se encontra destituída de limites, sendo necessário que o direito patrimonial em discussão seja disponível, que a flexibilização não prejudique o direito de terceiros, não envolva a administração pública e, evidentemente, não afete a ordem pública ou algum interesse coletivo.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; VAUGHN, Gustavo Favero. Princípios constitucionais do processo arbitral. *Revista de Processo*, v. 327, p. 453-490, 2022.

ALMEIDA, Cássio Drummond Mendes de. *Arbitragem e coisa julgada*. Londrina: Thoth, 2021.

ALVIM, J.E. Carreira. *Comentários à Lei de Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2011.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011.

82. MAGALHÃES, José Carlos de; PALMA, Tania F. Rodrigues. A coisa julgada na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 63, p. 121-135, 2019.

CACHEADO, Lara Maria Marques. A coisa julgada na arbitragem: a estabilização da sentença arbitral e seus efeitos. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 81. ano 21. p. 181-200. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2024.

- ARMELIN, Donaldo. Prescrição e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 15, p. 65, 2007.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2017.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CREMASCO, Suzana Santi. SILVA, Tiago Eler. O caráter jurisdicional da arbitragem e o precedente arbitral. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, jul.-dez./2011.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. 2. ed., São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- DELLORE, Luiz. Conceito de coisa julgada no novo CPC: avanços e oportunidade perdida. Disponível em: [<https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/processo-civil/conceito-de-coisa-julgada-novo-cpc/>]. Acesso em: 06.06.2022.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. v. III.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2018.
- FERNANDES, Marcus Vinícius Tenório da Costa. *Anulação da sentença arbitral*. São Paulo: Atlas, 2007.
- FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. Notas sobre a coisa julgada na arbitragem doméstica. In: ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; SCHIMTZ, Leonard Ziesemer; AURELLI, Arlete Ines (coords.). *O direito de estar em juízo e a coisa julgada*. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luiz. *Temas de arbitragem: primeira série*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- GUERRERO, Luis Fernando. Arbitragem e jurisdição: premissa à homologação de sentença arbitral estrangeira. *Revista de Processo*, v. 149, maio/2008, p. 9.
- GUERRERO, Luis Fernando. *Teoria geral dos processos: os métodos de solução de conflitos e o processo civil*. São Paulo: Alameda, 2022.
- HUCK, Hermes Marcelo; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. Árbitro: juiz de fato e de direito. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 40, jan.-mar. 2014.
- LEMES, Selma Ferreira. A sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 4, 2005, p. 26.

- LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. Alfredo Buzaid, Benvidino Aires e Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LOMBARDI, Mariana Capela. *Da coisa julgada civil: limites subjetivos e extensão a terceiros*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da USP, Departamento de Direito Processual, 2008.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. A estabilidade das decisões judiciais. In: DINAMARCO, Cândido da Silva; CARMONA, Carlos Alberto; YARSHELL, Flávio Luiz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CRUZ E TUCCI, José Rogério; DINAMARCO, Pedro da Silva (orgs.). *Estudos em homenagem a Cândido Rangel Dinamarco*. São Paulo: Malheiros; Salvador: JusPodivm, 2022. p. 163-178.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Coisa julgada e justiça das decisões. *Revista de Processo*, v. 116, jul./2004.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC: Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 686-696.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MAGALHÃES, José Carlos de; PALMA, Tania F. Rodrigues. A coisa julgada na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 63, p. 121-135, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Arbitragem e coisa julgada sobre questão. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 58, p. 99-117, jul.-set./2018.
- MUSTILL, Lord; BOYD, Stewart C. *Commercial arbitration*. 2 ed. LexisNexis: Butterworths, UK, 1989. p. 404-405.
- NASCIMBENI, Asdrubal Franco. *Cumprimento de decisões arbitrais: estudos para aprimoramento do sistema*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo para obtenção do título de doutorado, 2019, p. 209.
- OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*. Londrina: Thoth, 2021.
- PARENTE, Eduardo Albuquerque. *Arbitragem e sistema*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para a obtenção do título de doutor em direito processual.
- SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem – mediação e conciliação*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- SILVA FILHO, Antonio Carlos Monteiro da. Processo civil: um anticristo na arbitragem. *Revista do Advogado*, v. 84, 2005.
- SILVA, João Paulo Hecker da. Execução e cumprimento de sentença arbitral. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 362-363.
- VALLE, Martim Della. Considerações sobre pressupostos processuais em arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. III, n. 12, p. 7-30, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; DANTAS, Bruno (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2016. Comentários ao art. 506.

WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPodivm, 2014.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Breves considerações sobre arbitragem e prova*. Disponível em Carta Forense, publicado em 05.11.2012.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Arbitragem

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A coisa julgada na arbitragem, de José Carlos de Magalhães e Tania F. Rodrigues Palma – *RArb* 63/121-135;
- Coisa julgada arbitral: a natureza jurídica da sentença arbitral imutável, de Caio César Bueno Schinemann – *RArb* 65/189-207; e
- Os precedentes obrigatórios vinculam o tribunal arbitral?, de Lucas Buril de Macêdo e Maria Eduarda Almeida – *RePro* 305/377-399.

Use exclusivo – proibida a veiculação

c) Arbitragem Aplicada

Use exclusivo – proibida a veiculação

CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO COMO PRINCÍPIO ESTRUTURANTE DO PROCESSO ARBITRAL NO BRASIL

PARTICIPATORY ADVERSARIAL PROCEEDINGS AS A STRUCTURING PRINCIPLE OF THE ARBITRATION PROCESS IN BRAZIL

CAMILA PEREIRA LINHARES

Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia. MBA em Gestão de Negócios. Capacitada para atuar em *Dispute Resolution Board* – DRB pela DRB Foundation. Formação em *Theory and Tools of the Harvard Negotiation Project* pelo CMI Interser. Professora Universitária. Superintendente do CONIMA (Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem) no Estado de Minas Gerais. *Co-Founder* do Programa Arbitragem Acadêmica. Membro da lista de árbitros de diversas instituições nacionais. Advogada. camilaplinhares@hotmail.com

DANIEL SECCHES SILVA LEITE

Doutorando em Direito Processual na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos; Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; Professor de Direito Processual Civil, Direito Civil e Métodos Adequados de Solução de Conflitos no Centro Universitário UNA e na Faculdade Milton Campos (graduação) e em cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*, nesses atuando também como coordenador. Pesquisador coordenador de grupo de pesquisa sobre o sistema multiportas e vinculado ao grupo de pesquisa liderado pelo Professor Dr. Vitor Salino de Moura Eça, intitulado Processo e Decidibilidade Democrática, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Autor de artigos para livros e revistas científicas. Advogado. Atua como árbitro. dansecches@yahoo.com.br

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Arbitragem; Constitucional

RESUMO: O artigo tem por objetivo explorar os reflexos do princípio do contraditório em vertente constitucional democrática, entendido como garantia de influência e não surpresa (denominado por parcela da doutrina de contraditório participativo, dinâmico ou substancial, entre outros), no

ABSTRACT: The article aims to explore the consequences of the adversarial principle in a democratic constitutional aspect, understood as a guarantee of influence and no surprise (named by part of the doctrine of participatory, dynamic or substantial adversary, among others), in the scope

âmbito da arbitragem de direito no Brasil (doméstica). Para tanto, parte-se de uma concepção de processo constitucional e de necessária observância de suas balizas em qualquer construção de provimento que se pretenda democrático. Analisa-se o princípio do contraditório em sua dimensão mais moderna, e alguns de seus reflexos nos planos infraconstitucional e constitucional, com subsídios doutrinários e jurisprudenciais. Estabelece-se, a partir de tais premissas, um debate sobre sua influência necessária no processo arbitral, em alguns aspectos polêmicos ou de pouca definição na Lei de Arbitragem, como no caso do *iura novit curia*; do prazo para contrarrazões nos embargos arbitrais; e na indispensabilidade de advogado, concluindo-se, por fim, pela observância obrigatória do contraditório participativo em todas essas hipóteses. O método utilizado é jurídico-compreensivo, almejando-se uma interpretação sistemática de normas jurídicas e de doutrina, nacional e estrangeira, notadamente no âmbito do direito constitucional; dos métodos adequados de solução de conflitos – com ênfase na Lei de Arbitragem –; e do direito processual civil.

PALAVRAS-CHAVE: Processo constitucional – Estado Democrático de Direito – Princípio do contraditório participativo – Arbitragem.

of arbitration of law in Brazil (domestic). To do so, it starts with a conception of the constitutional process and the necessary observance of its beacons in any provision construction that intends to be democratic. The adversarial principle is analyzed in its most modern dimension, and some of its consequences in the infraconstitutional and constitutional plans, with doctrinal and jurisprudential subsidies. Based on these assumptions, a debate is established on its necessary influence on the arbitration process, in some controversial aspects or those that are poorly defined in the Arbitration Law, as in the case of the *iura novit curia*; the deadline for counterarguments in arbitration appeals; and in the indispensability of a lawyer, finally concluding the obligatory observance of the participatory adversary system in all these hypotheses. The method used is legal-comprehensive, aiming at a systematic interpretation of legal norms and doctrine, national and foreign, notably within the scope of constitutional law; adequate methods of conflict resolution – with emphasis on the Arbitration Law –; and civil procedural law.

KEYWORDS: Constitutional Process – Democratic state – Principle of Participatory Adversary – Arbitration.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Arbitragem e processo constitucional. 3. Dimensão do princípio do contraditório no Estado Democrático de Direito. 4. Contraditório (participativo) no processo arbitral. 4.1. Alguns reflexos da hipótese desenvolvida. 4.1.1. Vedação às decisões surpresa. *iura novit curia*. 4.1.2. Contrarrazões nos embargos arbitrais. 4.1.3. (In)dispensabilidade de advogado. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Data do último quartel do século XX o deslocamento do princípio do contraditório para o centro do debate do processo democrático.

Antes estudado como princípio informativo, um entre vários de mesma gradação na conformação do devido processo legal, alçou-se à categoria de princípio institutivo do processo a partir da constitucionalização do direito processual civil e do amadurecimento das teorias de processo constitucional, tanto na Europa quanto neste lado do Atlântico.

No Brasil, foi guindado à categoria de direito fundamental – tendo previsão como tal na Constituição Federal de 1988 –, e desenvolvido a tal ponto que três dos doze artigos que disciplinam o direito processual fundamental da codificação processual civil de 2015 o textuam, em diferentes vertentes.

Por outro lado, não obstante sua previsão expressa na Lei de Arbitragem (LA) editada no ano de 1996, não parece ter merecido o mesmo destaque dos arbitralistas, mesmo considerando-se a substancial reforma daquele diploma normativo também no ano de 2015 (referimo-nos, aqui, à Lei Federal 13.129, que não alterou o texto que prevê o princípio).

O presente artigo pretende, justamente, delinear a incidência do princípio do contraditório no procedimento (processo) arbitral de direito brasileiro (interno, ou doméstico), e debater seus reflexos em temas polêmicos ou, quando menos, não de todo definidos na LA, sob a perspectiva do processo constitucional.

2. ARBITRAGEM E PROCESSO CONSTITUCIONAL

A arbitragem é meio heterocompositivo de resolução de conflitos adotado em grande parte do mundo,¹ mas que, no Brasil, apenas se consolidou como método adequado, seguro e efetivo com o advento da Lei 9.307, no ano de 1996 (Lei de Arbitragem, ou LA).²⁻³

Desde então, e especialmente nas duas últimas décadas, a arbitragem vem se expandindo de forma consistente no país, apoiada por preceitos normativos (cite-se, como exemplo, a ratificação da Convenção de Nova Iorque pelo Dec. 4.311/2002; a Lei 13.105/2015, atual codificação processual civil, que apresenta relação orgânica com a arbitragem; e a reforma da LA pela Lei 13.129, também de 2015) e pela jurisprudência das Cortes Superiores (notadamente o julgamento de constitucionalidade da LA pelo STF, AGR na Sentença Estrangeira 5.206/ES, em 2001; e a jurisprudência pró-arbitragem construída no STJ)⁴.

1. Após destacar que mais de 170 países no mundo ratificaram a Convenção de Nova Iorque de 1958, observam FICHTNER, José Antônio *et al.*, com apoio em Alan Redfern e Martin Hunter, que “uma sentença arbitral também difere da sentença de um tribunal, uma vez que os tratados internacionais que regem a execução de uma sentença arbitral têm uma aceitação internacional muito maior do que os tratados para a execução recíproca de sentenças” (FICHTNER, José A.; MANNHEIMER, Sergio N.; MONTEIRO, André L. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 53. e-book.).
2. Nada obstante essa tardia consolidação, a ser mais bem explicitada no texto, a arbitragem de há muito é prevista no direito positivo como método para solução de conflitos, remontando à Constituição Imperial de 1824, art. 160.
3. Os principais motivos para a desconfiança e para o desprestígio de tal método, antes da vigência da atual LA, eram: a) ausência de compulsoriedade do uso da arbitragem mesmo quando celebrada cláusula compromissória; e b) necessidade de ulterior homologação da sentença arbitral na Jurisdição Estatal, que, não raro, permitia novo debate sobre o objeto litigioso. A atual LA tornou obrigatória a observância da cláusula compromissória, mesmo quando vazia (vide arts. 6º e 7º da LA); e dispensou intervenção do Poder Judiciário para o surgimento da coisa julgada material derivada da sentença arbitral (nos termos do art. 31 da LA).
4. Conforme FICHTNER, José Antônio *et al.* *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1-3. e-book.

In latere, a comunidade jurídica, e a empresarial, passaram a dedicar atenção ao estudo e à prática da arbitragem, o que catalisou significativa produção acadêmica e a ampliação do número de litígios dirimidos pelo método, a partir de diversos centros de reconhecida qualidade e metodologia.⁵

Um dos aspectos centrais para tal virada de perspectiva foi a previsão legislativa de que a sentença arbitral constitui título executivo judicial, independentemente de qualquer ulterior providência jurisdicional estatal.

De fato, a teor dos arts. 31⁶ da LA e 515, VII⁷, do CPC (Lei 13.105/2015), a sentença arbitral equivale à solução adjudicada por sentença estatal, estando apta a gerar coisa julgada material e figurando no rol de títulos executivos que, inadimplidos, admitem o cumprimento de sentença.

Daí porque tem prevalecido doutrinariamente o caráter jurisdicional (privado) da arbitragem, destacando Arnoldo Wald (2009, p. 26), a respeito, que:

“(...) embora tendo origem contratual, a arbitragem tem natureza jurisdicional. A vontade das partes é que autoriza a arbitragem, escolhe os árbitros, define a lei que devem aplicar e a sede na qual vai funcionar, mas não interfere no modo de decisão. A doutrina reconhece que atualmente não mais se contesta que o árbitro tem a *jurisdictio* em toda a sua plenitude, devendo obedecer aos princípios constitucionais e legais que inspiram a distribuição da Justiça, como a imparcialidade, o respeito ao contraditório e o direito de defesa (*due process of law*).”

Justamente pelo fato de a sentença arbitral gerar provimento em nosso sistema jurídico que equivale a título executivo judicial é que deve observar, como exigência de legitimidade, e conforme a arguta observação de Wald acima transcrita, a matriz constitucional do processo, em sua principiologia fundamental, ou, em outras palavras, o devido processo constitucional.

No Brasil, tem se desenvolvido uma perspectiva amplíssima do processo constitucional, derivada da constitucionalização do direito – adotada no presente texto –, que para além da jurisdição constitucional (concentrada ou difusa), propõe o estudo do direito processual como um todo à luz da Constituição Federal, um filtro necessário à compreensão dos institutos fundamentais do processo, *i.e.*, uma abordagem metodológica indispensável para a compreensão do processo democrático⁸, e não um mero ramo do direito.⁹

5. Conforme STRAUBEE, Frederico José. A evolução da arbitragem no Brasil após a Lei 9.307/96. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 50, p. 182, 2016. Em igual sentido: LEMES, Selma Ferreira. A arbitragem e o estudante de direito. In: WALD, Arnoldo (org.). *Doutrinas essenciais: arbitragem e mediação*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 1226. v. 1.
6. *Verbis*: “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”
7. Que assim dispõe: “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: (...) VII – a sentença arbitral”.
8. “A formulação de um processo constitucional que possa ser instrumento de absorção das crises e dos conflitos, a nível institucional, torna-se necessária para o Estado democrático, que somente assim poderá corresponder aos apelos da sociedade contemporânea. Este processo não será, apenas, instrumento de realizações

Parte-se, aqui, da premissa delineada por José Alfredo de Oliveira Baracho, segundo o qual o

“[...] processo constitucional visa tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo os direitos fundamentais. Várias ações e recursos estão compreendidos nessa esfera protecionista e garantista.

[...]

O processo constitucional não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais. Suas instituições estruturais (*jurisdição, ação e processo*) remetem-nos à efetivação dos direitos essenciais.”¹⁰

A arbitragem, método adequado de solução heterocompositiva de conflitos equivalente à jurisdição privada, se pautará igualmente pelo processo constitucional, a garantir também aqui os direitos fundamentais.¹¹

Se, como já advertia Couture¹² “as constituições que contêm normas que determinam a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana, diante dos riscos do processo, não podem ser ignoradas pelas leis processuais”, tampouco se admite, pelos mesmos motivos, a existência de um processo arbitral à margem daqueles direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal.

Não se olvide que a própria LA faz remissão a princípios processuais constitucionais, ainda que de forma incompleta – notadamente, nomina-se o contraditório e a igualdade –, em seu art. 21, § 2º, mas diante do marco teórico adotado no presente texto essa menção sequer seria necessária, dada a matriz constitucional do processo arbitral, bem como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e sua independência de qualquer mediação legislativa.¹³

particularistas, assentadas em concepções individualistas que satisfazem com composições judiciais que não ultrapassam interesses de minorias ou de grupos” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 119).

9. Portanto, a vetusta dicotomia entre o direito constitucional processual (conjunto de normas de direito processual encontrado na constituição federal) e o direito processual constitucional (reunião dos princípios regulatórios da jurisdição constitucional) não será adotada no artigo.
10. Em Teoria geral do processo constitucional, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 62, p. 135-200, jan.-mar. 2008.
11. Nesse sentido, esclarece ARAÚJO: “Se todo o ordenamento jurídico está sujeito às normas constitucionais, não se poderia admitir que o processo arbitral se lhes escapasse. Essa sujeição é ainda mais clara quando se verifica que: (a) o processo arbitral serve ao propósito de viabilizar o exercício de atividade propriamente jurisdicional, que repercute diretamente sobre o exercício dos direitos fundamentais dos cidadãos e deve, por conseguinte, obedecer às exigências do devido processo legal; e, (b) no Brasil, o *due process* está insculpido diretamente na Constituição Federal, seja por meio de sua previsão geral (art. 5º, LIV), seja pelo estabelecimento específico de diversos dos seus desdobramentos principiológicos.” (ARAÚJO, Yuri M. *Arbitragem e devido processo legal*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 77. e-book).
12. COUTURE, Eduardo J. El debido proceso como tutela de los derechos humanos. *Tomo La Ley* n. 72, 1953. p. 802.
13. Em sentido análogo, destacam FICHTNER, José Antônio *et al.* que “o modelo constitucional de processo também se aplica à arbitragem, razão pela qual se pode falar em modelo constitucional de processo arbitral.

Tal perspectiva constitucional dos direitos processuais fundamentais, advinda de uma hermenêutica de processo constitucional em sentido amplo, é que será adotada no desenvolvimento do texto.¹⁴

3. DIMENSÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O princípio do contraditório tem como principais fontes, no Brasil, o art. 5º, LV, da CF, segundo o qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”¹⁵, e a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 8º, item 2.¹⁶

Isso pode ser justificado em razão da natureza jurisdicional da arbitragem, da necessidade de qualquer processo jurisdicional observar os direitos e as garantias previstos na Constituição da República e, ainda, da expressa previsão no § 2º do art. 21 da Lei de Arbitragem de princípios que integram o modelo constitucional de processo. (FICHTNER, José A.; MANNHEIMER, Sergio N.; MONTEIRO, André L. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 147. e-book).

14. Na linha do que Alexandre Freitas Câmara, citando Frédérique Ferrand, destaca: “em nosso mundo de sempre crescente complexidade, princípios e direitos processuais fundamentais – frequentemente de origem e natureza constitucional – ganharam um papel de liderança desde que eles são uma condição tão essencial e necessária para o exercício de outros direitos fundamentais. Sua crescente natureza constitucional e/ou fundamental pode ser apreendida com satisfação. Processo tornou-se um ‘tema nobre’”.

Pois a partir de um pensamento constitucional acerca do processo, impende considerar que o princípio do “devido processo legal” é, na verdade, o princípio responsável por assegurar que os processos (de qualquer natureza, mas, para o que a este texto interessa, especialmente os processos *civis*) desenvolvam-se conforme o *modelo constitucional de processo*.

Assim, deve-se entender que o princípio do devido processo constitucional assegura que o resultado final do processo (seja ele cognitivo ou executivo) se produza “sob inarredável disciplina constitucional principiológica”. (em *Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional*, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 1, jan.-jun. 2015. p. 24).

15. Em sede infraconstitucional, o contraditório é tratado como direito processual fundamental nos arts. 7º, 9º e 10 do CPC, e se replica em diversos artigos dessa codificação, a exemplo dos arts. 15, 329, II, 372, 435, parágrafo único, 437, § 1º, 466, § 2º, 469, parágrafo único, 493, parágrafo único, 500, § 1º, II; e 1.021, § 2º. Na LA, como já destacado, consta do art. 21, § 2º, segundo o qual “serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.
16. Que assim dispõe, *verbis*: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g. direito de não ser

Tal garantia constitucional, antes restrita ao processo penal¹⁷, pode atualmente ser considerada referente lógico-jurídico do processo constitucionalizado, sem a qual não se há falar em devido processo legal, quiçá de devido processo constitucional.¹⁸

É necessário, no entanto, delinear a dimensão com que deverá ser considerado no processo arbitral, porque possui feições poliédricas.

Relata Dierle José Coelho Nunes que se alicerçava o princípio do contraditório sobre a antiga parêmia grega “*audiatur et altera pars*”¹⁹, ou de audiência bilateral.

Sob tal diretriz, a garantia do contraditório era compreendida a partir do binômio dizer-contradizer²⁰, esgotando-se na autorização conferida às partes de refutar as argumentações e provas produzidas pela outra. Significaria o direito de ser ouvido pelo juiz, a que Couture denominava, com supedâneo na jurisprudência norte-americana, de “*his day in Court*” – nada mais que um dia no tribunal, como oportunidade razoável de ser escutado.²¹

Nessa concepção, apregoa José Frederico Marques que “o contraditório é ‘a ciência bilateral dos atos e termos processuais’, com a possibilidade de contraria-los”²².

obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada e h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.”

17. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira destaca que as constituições brasileiras anteriores restringiam o princípio do contraditório (e da ampla defesa) à órbita do processo penal, conquanto a doutrina os estendesse ao processo civil. De fato, a Constituição de 1891, art. 72, § 16, estabelecia: “Aos acusados se assegurará na lei a mais ampla defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela”. A constituição de 1934, no art. 113, inciso 24: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a ela”. Já a constituição de 1937, no art. 122, inciso 11, 2ª parte, dispunha que a instrução criminal seria contraditória, asseguradas, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa. A Constituição de 1946, art. 141, § 25, assegurava aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, e que a instrução criminal seria contraditória. (*Comentários à Constituição do Brasil*, p. 432-433).
18. Justamente por isso, ressalta Rosemiro Pereira Leal que “outra finalidade não pode ter o *processo* para o juiz, senão, por sua principiologia instituída em norma fundamental, ensejar às partes o pleno exercício do *contraditório*, da ampla defesa, da simétrica paridade (isonomia) de oportunidades e de efetiva participação na construção do provimento. O *dever-função* jurisdicional cinge-se a garantir a vigência do instituto constitucional do *dite processo of law* criado por norma fundamental no direito brasileiro (CR/88, art. 5º, LIV, LV), cuja teorização, na proposta de Juan Montero Aroca e Di Orio, desenvolve-se como *direito jurisdicional* criado pela instituição constitucional do *processo*.” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 190).
19. NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR., Fredie Souza (coord.). *Teoria do processo*: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 153.
20. Nas palavras da Profª Ada Grinover: “[...] Em virtude da direção contrária dos interesses dos litigantes, a bilateralidade da ação e do processo se desenvolve como contraditório recíproca: é nisto que reside o *fundamento lógico* do contraditório.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975).
21. COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Trad. Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 32.
22. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p. 97. v. II. Tal diretriz é oriunda de clássica e multicitada posição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, para quem o contraditório é “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de

Prevalece, nessa quadra, a ideia de contraditório como binômio informação-reação, o primeiro necessário, o segundo possibilidade, como manifestações da ação e da defesa em sentido amplo.

Seria suficiente, para que se tivesse por observado o contraditório nesta linha de pensamento, o dizer e o contradizer das partes, ainda que “estas ações não encontrassem ressonância na estrutura procedimental e no conteúdo das decisões, permitindo, deste modo, tão somente uma participação fictícia e aparente.”²³

Contudo, na segunda metade do século passado, e especialmente após a obra de Elio Fazzalari, passou a não ser mais possível visualizar o princípio do contraditório nesta dimensão restrita, dissociada do princípio da democracia.

De fato, em sua obra o contraditório assume o papel de diferenciar o *instituto procedimento*²⁴ do *instituto processo*, na medida em que este último seria espécie de procedimento (que seria então gênero), realizado pelos sujeitos parciais em *contraditório*, em simétrica paridade, na preparação do provimento final.²⁵

O processo seria, assim, um esquema mais complexo de procedimento, cujo conceito teria a mesma matriz procedimental, com o acréscimo do elemento do *contraditório*. Tal concepção torna imprescindível a participação, na preparação do provimento final, daqueles em cuja esfera jurídica esse provimento poderá interferir.²⁶

contrariá-los.” (ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *A contrariedade na instrução criminal*. Dissertação para concurso à livre docência de Direito Judiciário Penal, da Faculdade de Direito da USP. [S.l.], 1937, n. 80, p. 110.) Quer-nos parecer que também essa é a posição de Danilo Orenge, para quem “o princípio do contraditório nada mais é do que a instrumentalização do binômio informação + possibilidade de manifestação, visto por muitos como um corolário do devido processo legal, é o direito das partes, em todas as espécies de processo, de terem ciência dos atos processuais que ocorrem no processo, e, por conseguinte, de contra eles reagirem” (ORENGA, Danilo. *Arbitragem e precedentes judiciais*. Coimbra: Almedina, 2023. p. 44. Coleção CBAr. e-book.)

23. NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR., Fredie Souza (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 159.
24. Agora definido como sequência de atos, interdependentes, realizados segundo o complexo normativo, preparatórios de um provimento estatal que pode ser administrativo, legislativo ou judicial, e não mais como mera “representação” ou “exteriorização” do processo.
25. Assim doutrina Fazzalari: “o ‘processo’ é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades.” A estrutura dialética do procedimento – o contraditório –, “consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanação do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditório possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados.” (FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006. p. 118-120).
26. Cf. ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 112.

Por consectário, observa Aroldo Plínio Gonçalves, escudado em Fazzalari, que

“O contraditório não é o ‘dizer’ e o ‘contradizer’ sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será a sua matéria, o seu conteúdo possível.

O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei.

É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.”²⁷

Já em Fazzalari, portanto, se vislumbra claramente o princípio do contraditório como garantia das partes de influir no provimento jurisdicional final, a ser emitido pelo julgador, seja ele juiz, seja ele (para o que interessa no presente estudo) árbitro.²⁸

Foi sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito que se fizeram as maiores contribuições para o estudo do contraditório, não mais considerado princípio informativo do processo, mas sim princípio institutivo – institui o processo, em suas bases modernas, que por sua vez se difere do procedimento, como visto, essencialmente pela possibilidade de, nele, as partes influenciarem na formação do provimento final.

O contraditório se impõe, desta feita, como instituto legitimador da atividade jurisdicional (estatal ou privada) no processo, que uma vez inserido no conceito de direito democrático deve assegurar um espaço de participação política a seus sujeitos. A jurisdição não tem valia sem o processo que, por sua vez, em qualquer de suas espécies (*i.e.*, administrativo, legislativo ou jurisdicional, aqui público ou privado), sempre é implementado pelo contraditório.

Do binômio informação-reação, o contraditório passa a exigir a observação de um quadrinômio, informação-reação-dialética-influência, incluindo o julgador como sujeito (imparcial) do contraditório.²⁹⁻³⁰

27. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 127.

28. Explica Leonardo Greco, o contraditório deixa a categoria de princípio processual e passa a representar no processo judicial “a expressão garantística do princípio da participação democrática, ganhando em conteúdo e deixando de ser apenas uma regra que impunha a marcha dialética do processo para desdobrar-se em uma série de regras de observância obrigatória porque representativas do direito de influir nas decisões estatais que visem produzir efeitos na sua esfera de interesses”. (GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: GRECO, Leonardo. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 544. Coleção José do Patrocínio).

29. Giuseppe Tarzia afirma que a participação no “diálogo” não reclama apenas que tenha aviso da audiência e conhecimento dos pronunciamentos judiciais e, assim, sua comunicação quando não tenham sido prolatados em audiência. A extensão ao juiz do princípio do contraditório, na sua versão mais moderna, comporta a ideia de dever em relação ao próprio magistrado de submeter à discussão prévia das partes as questões releváveis de ofício sobre as quais acredite necessário dever pronunciar-se atuando, dessa maneira, a “tutela das partes contra o perigo das surpresas”, que parece ser essencial em um processo efetivamente dominado pelo princípio do contraditório. (TARZIA, Giuseppe. O contraditório no processo executivo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 28, p. 74-75, 1982).

Nessa última linha interpretativa, o contraditório vem sendo tratado como participativo, substancial ou dinâmico, entre outras nomenclaturas similares, em contraponto ao contraditório em sua vertente meramente formal, estático, de audiência bilateral, que prevalecia até o último quartel do século passado.

4. CONTRADITÓRIO (PARTICIPATIVO) NO PROCESSO ARBITRAL

O procedimento arbitral rege-se essencialmente pela vontade das partes, pautado que é pelo princípio da autonomia privada, sendo ordinariamente estabelecido pelo regulamento arbitral institucional ou *ad hoc*.

Prescinde-se, inclusive, da aplicação do Código de Processo Civil, a depender do intuito dos pactuantes da convenção arbitral.³¹

A despeito disso, na perspectiva democrática (e fazzalariana) acima exposta, tal procedimento somente se constituirá em processo arbitral se observados os ditames do devido processo constitucional, entre os quais tem especial relevo o princípio do contraditório como direito de influência.

No Estado Democrático de Direito, exige-se a possibilidade de participação de todos aqueles que possam ter a sua esfera jurídica afetada pela decisão jurisdicional, legitimando a atividade judicante, o que se dá mediante o contraditório.³²

Como garantia de igualdade e *par conditio*, impõe-se de regra que o árbitro proceda à comunicação das partes, facultando-lhes, da forma mais ampla possível, o oferecimento de alegações; a produção de provas; bem como a tomada de todas as providências pertinentes para influir efetivamente nos pronunciamentos decisórios.³³

Conclui-se, com Carlos Alberto Cármona³⁴, que se por um lado há considerável liberdade conferida pela LA quanto às formas dos atos do procedimento arbitral, permitindo a gestão

30. Em sentido análogo: "(...) a garantia do contraditório tem por conteúdo quatro parâmetros mínimos que devem ser observados quando do desenvolvimento da marcha do processo: a) o direito dos sujeitos processuais à participação no debate processual; b) o direito à instauração de um diálogo entre os sujeitos processuais; c) o direito ao estabelecimento de uma mecânica de colaboração entre os sujeitos processuais para a construção do provimento jurisdicional; e d) o direito dos sujeitos processuais a não serem surpreendidos quando da prolação da decisão jurisdicional." (REICHELTL, Luis Alberto. O conteúdo da garantia do contraditório no direito processual civil. *Revista de Processo*, v. 162, ago.2008. p. 334).

31. Sobre o procedimento arbitral, vide FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves *et al.* *Lei de arbitragem comentada artigo por artigo*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2021. p. 282-287.

32. Conforme ARAUJO, Yuri M. *Arbitragem e devido processo legal*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 102. e-book. Continua o autor, baseado em Barbosa Moreira, afirmando que "o contraditório concede a cada uma das partes a possibilidade de efetivamente participar do procedimento, expor suas razões, provar os seus argumentos e se manifestar sobre as teses contrárias e as provas produzidas no processo, vedando, por conseguinte, que o juiz decida sem antes ouvir os interessados ou oportunizar que se pronunciem sobre o acervo probatório." (p. 103)

33. Conforme ARAUJO, Yuri M. *op. cit.*, p. 104.

34. CARMONA, Carlos A. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 295. e-book.

do mecanismo de solução de controvérsias eleito, em derivação da autonomia da vontade dos litigantes; por outro lado há um limite imposto pela própria LA – e, como se defende aqui, em sintonia com o devido processo constitucional – para a observância do que seria um processo arbitral, a exigir matriz principiológica inafastável pela convenção entre as partes.

Nessa ordem de ideais, o contraditório (participativo) se constitui como princípio estruturante de todo o processo arbitral, inderrogável e democraticamente necessário para a fidelidade dos atos judicantes do árbitro.

4.1. Alguns reflexos da hipótese desenvolvida

A interpretação da LA a partir da matriz constitucional, especialmente no tocante à sua principiológica fundamental, acarreta alguns importantes reflexos que vão muito além de cogitações abstratas.

De fato, a aplicabilidade imediata e independente de mediação legislativa dos direitos e garantias fundamentais³⁵, dos quais o princípio do contraditório é exemplo, impõe uma leitura qualificada e problematizada da LA, balizando a autonomia privada com que as partes se pautam no delineamento do *iter* procedimental arbitral.

Em comentário ao § 1º do art. 5º da CF, destaca Ingo Wolfgang Sarlet que a aplicabilidade direta afirmada pelo texto constitucional afasta, em geral, a necessidade de uma interposição legislativa; bem como que

“(...) é possível sustentar a existência de um dever, por parte dos órgãos estatais (...) de atribuição da máxima eficácia e efetividade possível às normas de direitos fundamentais. Nesta perspectiva, por terem direta aplicabilidade, as normas de direitos fundamentais terão a seu favor pelo menos uma presunção de serem sempre também de eficácia plena, portanto, não dependentes de uma prévia regulamentação legal (...)”³⁶

Esse dever de atribuição de máxima eficácia e efetividade às normas de direitos fundamentais transcende à esfera pública e se estende também à esfera privada³⁷, gerando a

35. A Constituição Federal brasileira dispõe, no § 1º do art. 5º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Sobre os direitos fundamentais, esclarece Luigi Ferrajoli: “Propunho uma definição teórica, puramente formal ou estrutural dos direitos fundamentais: os direitos fundamentais são todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados da condição de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de agir; entendendo por “direito subjetivo” qualquer expectativa positiva (de benefícios) ou negativa (de não sofrer lesões) atribuída a um sujeito por uma norma legal; e pelo estatuto a condição de sujeito, também prevista por norma jurídica positiva, como pressuposto da sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autora dos atos que constituem o exercício destas.” (FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2014. p. 19).

36. Em SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários ao § 1º do artigo 5º, da Constituição Federal. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et. al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1010-1011.

37. Vide, a respeito, CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina 2. reimpressão da edição de julho/2003. p. 28-37.

conclusão de que o contraditório, como princípio fundamental insculpido no art. 5º, LV, da CF, não pode ser mitigado no processo arbitral sob o argumento de possuir eficácia apenas mediata.

Tecidas tais premissas, passa-se ao exame de algumas aplicações da hipótese tratada.

4.1.1. *Vedação às decisões surpresa. Iura novit curia*

A primeira e mais evidente consequência da incidência do contraditório participativo no processo arbitral é a proibição de prolação de decisões surpresa, assim compreendidas aquelas cujos fundamentos não foram previamente submetidos a debate (ainda que potencial). A tese inicial (“A”) é deduzida; normalmente infirmada ou refutada pela contraparte (antítese “B”), e o julgador emite o pronunciamento decisório lastreado em fundamento jamais antes cogitado (síntese “C”).

Deve ser assegurado às partes o direito de alegar, debater e provar os elementos capazes de influenciar no provimento arbitral – não ato solitário do árbitro, mas construído em participação por todos os sujeitos do processo –, em simétrica paridade.

Nota-se, nessa senda, um entrelaçamento entre os princípios do contraditório, da boa-fé e da cooperação (comparticipação), incompatíveis com qualquer decisão autoritária, dissociada de um modelo processual democrático.

Tal dimensão do princípio do contraditório foi textualizada nos artigos 9º e 10 da codificação processual civil, mas decorre normativamente de um direito fundamental (art. 5º, LV, da CF, já citado) que, portanto, independe de qualquer mediação infraconstitucional, porque de aplicabilidade imediata.

A oportunidade de manifestação no processo, conferida às partes mediante a garantia do contraditório, é um microcosmos em relação ao diálogo político que deve existir na sociedade: não se concebe, no Estado Democrático de Direito, a tomada de decisões sem que tenha havido possibilidade de prévio debate a seu respeito, por parte dos interessados. Seja ao elaborar a lei, ou quando de sua aplicação, ao cidadão deve ser oportunizada a possibilidade de influir ativamente.³⁸

E a maneira de fiscalizar a observância do contraditório, da efetiva participação das partes na construção do provimento, é através de sua fundamentação³⁹. Aroldo Plínio Gonçalves, a propósito, conclui que

38. Confira-se, neste sentido, a opinião de Rodrigo Rigamonte Fonseca. Isonomia e contraditório na teoria do processo. In: LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2000. p. 22. v. 1.

39. Nesse sentido é o escólio de Marcelo Cattoni: “O que justifica a legitimidade das decisões, no contexto de uma sociedade plural e democrática, são antes garantias processuais atribuídas às partes, principalmente a do contraditório e a da ampla defesa, além da necessidade de fundamentação das decisões. A construção participada da decisão judicial, garantida num nível institucional, e o direito de saber sobre quais bases foram tomadas as decisões dependem não somente da atuação do juiz, mas também do Ministério Público, das partes e dos seus advogados.” (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e hermenêutica*

“(…) a fundamentação da decisão é uma proteção constitucional especialmente dirigida às partes. Elas receberão os efeitos da sentença em seu patrimônio, em seu *universum ius*, efeitos sustentados sobre a apreciação da situação de direito material discutida em contraditório, e se lhes é garantido, pelo contraditório, a participação nos atos processuais que preparam o provimento, é uma consequência dessa garantia que as partes saibam por que um pedido foi negado ou por que uma condenação foi imposta. Elas viveram o processo, ou tiveram a garantia de vivê-lo, participaram de seu desenvolvimento, reconstruindo a situação de direito material sobre que deveria incidir o provimento e, nessa reconstrução, fizeram, juntamente com o juiz, o próprio processo, na expectativa do provimento final. Não é, portanto, demasiado que se tenham as partes como os primeiros destinatários da garantia da fundamentação das decisões.”⁴⁰

O ato jurisdicional (de que é espécie o arbitral) de julgar fica, portanto, contingenciado pela observância do contraditório, de um lado, e pelo dever de fundamentação, do outro, sendo que entre eles deve haver uma concatenação lógica, sob pena de inconstitucionalidade e de negativa de prestação jurisdicional.⁴¹

De igual modo, mostra-se defeso o uso – sem peias – do adágio *iura novit curia* no sentido⁴² mais usualmente empregado no Brasil, *i.e.*, de que o Tribunal (leia-se: juiz ou, para o propósito do estudo, árbitro) conhece o direito (ou, no caso da arbitragem, conhece a matéria tecnicamente, quando o árbitro não é jurista) e, como tal, está autorizado a ignorar os fundamentos técnicos e/ou jurídicos invocados pelas partes, bastando que se atenha aos fatos controvertidos.⁴³

constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: ANDRADE, Marcelo (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 49)

40. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001. p. 167.
41. Segundo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, ambos os princípios atuam na dinâmica argumentativa (fática e jurídica) do procedimento, de forma que propiciem a geração democrática de uma decisão jurisdicional participativa, como se fossem *irmãos siameses*. (DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 149). Daí porque correta a definição de ECHANDÍA, segundo o qual “La sentencia es el acto por el cual el juez cumple la obligación jurisdiccional derivada de la acción y del derecho de contradicción, de resolver sobre las pretensiones del demandante y las excepciones de mérito o fondo del demandado”. (Em tradução livre: “A sentença é o ato pelo qual o juiz cumpre a obrigação jurisdiccional derivada da ação e do direito de contradizer, de resolver sobre as pretensões do demandante e as exceções de mérito ou fundo do demandado”). (DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso*. 3. ed. 1. reimp. Buenos Aires: Universidad, 2004. p. 420-421).
42. Sobre a origem do aforisma *iura novit curia*, conferir FICHTNER, José Antonio. A atualidade do princípio *iura novit curia* no CPC e na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 53, p. 249-262, 2017. No texto, esclarece-se que “na sua feição atual comum, no sistema romano-germânico, o aforisma representa fenômeno pelo qual: a) o juiz não se acha vinculado à qualificação jurídica dos fatos proposta pelas partes b) o juiz não fica vinculado à norma invocada pelas partes; c) o juiz não fica vinculado ao *nomen juris* atribuído pela parte à pretensão processual; d) as partes não têm, em regra, o dever ou o ônus de provar o teor e a vigência de normas jurídicas.” (*Op. cit.*, p. 250).
43. Observa a respeito Fritz Baur: “(…) foi o adágio interpretado como significativo de que a aplicação do direito é exclusivamente, assunto atinente ao juiz, no sentido de que as partes não estão obrigadas a subsumir os fatos, por elas invocados, às normas jurídicas, mais ou menos, no sentido do brocardo: *narra mihi factum*,

Tal possibilidade está coligada a uma visão autoritária de processo que descarta da participação das partes na construção do provimento final e, como exposto ao longo do texto, incompatível com o princípio do contraditório em sua dimensão democrática.

Note-se que a vedação não é pela aplicação, de forma absoluta, do aforisma *iura novit curia* à seara arbitral – pelo contrário, ele tem nela ampla aplicabilidade, tendo sido cunhada a expressão *iura novit arbiter*⁴⁴ para sua apreensão e circunscrição à jurisdição privada. De fato, poder-se-ia dizer que na arbitragem é ainda mais relevante o conhecimento técnico do árbitro sobre as questões postas a julgamento (vide a qualidade da especialização trazida pelo instituto da arbitragem), bem como o cuidado com os limites impostos pelas partes sobre a fundamentação decisória na convenção de arbitragem.

O que não se admite, e que não pode ser objeto de derrogação pelas partes, é a prolação de (qualquer) decisão arbitral pela terceira via sem que se cogite os fundamentos trazidos pelas partes e que inove com fundamento técnico-jurídico não antes dado à possibilidade de refutação.

Significa dizer que, estando o árbitro diante de uma situação na qual provavelmente fará uso de fundamento não invocado nos autos, por qualquer dos envolvidos, deverá obrigatoriamente permitir a prévia manifestação das partes, em prazo adequado (após o que poderá até mesmo se convencer pela não incidência da nova tese⁴⁵), sob pena de ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal⁴⁶ e, conseqüentemente, de nulidade.

narro tibi ius. De outra parte, diz-se que o juiz não se deve inquietar por causa das opiniões jurídicas das partes, e isto mesmo que uma parte deseje que os fatos invocados sejam apreciados num só aspecto jurídico, e deverá ver se a apreciação jurídica das duas partes é concordante.” (BAUR, Fritz. Da importância da dicção *iura novit curia*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 3, 1976. p. 169).

44. KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. *Iura novit arbiter – Est-ce bien raisonnable? De lege ferenda – Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du professeur Alain Hirsch*. A. Héritier Lachat (Ed.). Geneva, 2004. p. 71-78.
45. Em sentido análogo: “É claro que a adoção expressa da vedação à decisão-surpresa não impossibilitou que o juiz proceda ao enquadramento jurídico dos fatos alegados; ela tão somente impõe uma limitação no sentido de que se o juiz entender que o fundamento jurídico aplicável ao caso é outro, distinto daquele trazido pelas partes, ou o sentido do fundamento jurídico é diferente do sentido sustentando pelas partes, o juiz tem o dever de permitir que as partes se manifestem sobre esse fundamento jurídico ou sentido jurídico da norma que ele entente aplicável.” (ZUFELATO, Camilo. A dimensão vedação à decisão-surpresa do princípio do contraditório na experiência brasileira e o novo Código de Processo Civil de 2015: reflexões voltadas ao direito peruano. *Revista de La Facultad de Derecho*, Lima, n. 78, 2017, p. 21-42). E: “(...) mesmo se valendo do *iura novit curia*, é vedado aos árbitros decidir sobre fundamento jurídico e/ou legal que não tenha sido anteriormente ventilado no processo arbitral sem que as partes tenham tido a oportunidade de se manifestar sobre tal fundamento. As partes devem participar do ato decisório por completo, com ampla possibilidade de, em pé de igualdade, influenciar o julgamento com argumentos, seja em favor, seja contra a motivação lançada de ofício pelos árbitros. Logo, eventuais inovações jurídicas e/ou legais trazidas pelos árbitros com lastro no *iura novit curia* devem ser precedidas de contraditório, com participação efetiva das partes na tomada de decisão.” (VAUGHN, Gustavo Favero. Reflexões a propósito da aplicação do aforismo *iura novit curia* ao processo arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 67, 2020. p. 168.
46. MALLET, Estêvão, Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de Processo*, v. 39, n. 233, p. 6, jul. 2014.

Em substancial artigo sobre a relação entre o *iura novit curia* e o contraditório, Debora Visconde conclui:

“Se as partes não puderem discutir e debater potencial enquadramento jurídico da controvérsia ou a aplicação de uma norma, ficam privadas da efetiva possibilidade influir no convencimento do árbitro, inclusive alterando o encaminhamento que se pretende dar ao processo ou o seu desfecho.”⁴⁷

Daí porque discordamos do posicionamento daqueles que defendem uma interpretação vetusta do princípio do contraditório, para com isso justificar a possibilidade de uma eventual decisão surpresa no âmbito da arbitragem⁴⁸: o princípio do contraditório é norma fundamental constitucional de aplicabilidade imediata, e seu alcance não pode ser restringido meramente porque uma norma infraconstitucional não o detalha apropriadamente no Estado Democrático de Direito.

De somenos importância a constatação de que o texto da LA (art. 21, § 2º) é mais genérico do que aquele da codificação processual civil (especialmente arts. 9º e 10) ao limitar a decisão surpresa, porquanto a aceção de contraditório como direito de influência deriva do próprio modelo constitucional de processo, objeto de exame ao longo de todo o texto. Ainda que não houvesse qualquer menção ao princípio do contraditório na LA o resultado seria o mesmo, dado que não há processo, arbitral ou estatal, sem sua observância em caráter participativo, exigência essa que está longe de configurar mero preciosismo.

Isso posto, à guisa de conclusão provisória constata-se que, se por um lado o contraditório participativo veda a decisão surpresa, por outro não inviabiliza totalmente a aplicação do brocardo *iura novit curia* na arbitragem (*iura novit arbiter*), desde que previamente à prolação da decisão de *terza via* seja oportunizada às partes o debate sobre o fundamento (técnico e/ou jurídico) novo que se pretenda aplicar.

47. CARMONA, Carlos A.; LEMES, Selma F.; MARTINS, Pedro B. *20 anos da Lei de Arbitragem* – homenagem a Petronio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017. p. 55. e-book.

48. Entre outros, veja-se a posição de Fabiane Verçosa: “O respeito ao princípio do contraditório, imposto à sentença arbitral pelo art. 32, VIII c/c o art. 21, § 2.º, é referido de forma ampla e genérica pela Lei 9.307/1996, tal qual ocorre com os dispositivos adrede exames da Constituição Federal (art. 5.º, LV) e da Convenção de Nova Iorque (art. V, n. 1 (b) e(c)). Nem há que se falar que, ao empregar argumento distinto daqueles que foram discutidos pelas partes ao longo do procedimento arbitral, o tribunal arbitral teria desrespeitado os limites da obediência de arbitragem e, conseqüentemente, teria acarretado a nulidade da sentença por força do art. 32, IV, da referida Lei (...). (...) reputar nula a sentença arbitral exclusivamente porque a autoridade não consultou as partes acerca de um fundamento “novo” em que ele baseará sua decisão afigura-nos um excesso. Corresponde a, em nome de um preciosismo formal, subtrair da sentença arbitral toda a deferência que lhe é devida. Isto sem falar no grave risco de desvirtuar e/ou vulgarizar o instituto da arbitragem e, assim, suprimir a força.” (VERÇOSA, Fabiane. *Da mihi factum, dabo tibi ius*: arbitragem, contraditório e *iura novit curia*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 249, p. 476-477, 2015).

4.1.2. Contrarrazões nos embargos arbitrais

O remédio para impugnar sentença previsto na LA, em seu art. 30⁴⁹, inominado, é usualmente tratado pela doutrina arbitralista como “embargos arbitrais”⁵⁰ em razão da similitude com o seu congêneres regulado no Código de Processo Civil, os embargos de declaração⁵¹.

Independentemente do nome que se lhe atribua, ou mesmo de sua natureza jurídica de recurso ou de simples pleito de esclarecimento, é inegável que eventualmente o acolhimento dos embargos arbitrais acarretará efeito modificativo no pronunciamento arbitral impugnado.

Conquanto não seja seu escopo principal, a alteração do pronunciamento embargado ocorrerá eventualmente como efeito natural do reconhecimento do vício apontado, o que pode ocorrer em quaisquer das suas hipóteses de cabimento, com maior ou menor probabilidade.

Em casos que tais, por exigência do princípio do contraditório participativo, é necessária a concessão de igual prazo (cinco dias, se legais, ou equivalente ao da outra parte, se convencionais) ao embargado para prévia manifestação, antes do julgamento dos embargos, manifestação essa que poderá até mesmo levar o juízo arbitral a se convencer da desnecessidade de seu provimento.

Em outros termos, não é exigência legal a concessão de prazo para oferta de contrarrazões a todos e quaisquer embargos arbitrais. Todavia, se houver probabilidade de seu provimento, o juízo arbitral deverá conceder prazo para tal desiderato⁵² sob pena de ofensa ao princípio do contraditório, e posterior nulidade da decisão infringente.

49. Que assim estabelece: “No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: I – corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II – esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.”

50. Conforme LEMES, Selma Maria Ferreira. Os “embargos arbitrais” e a relativização da sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, jul. 2005. Esclarece a autora que “a ‘solicitação de esclarecimentos’ (art. 30) teve inspiração legislativa nos embargos de declaração regulados no processo judicial, que os classifica como espécie de recurso, fato que justificou a conduta do legislador em não os denominar de embargos. Todavia a doutrina arbitral inclina-se em nomear a citada ‘solicitação de esclarecimentos’ de ‘embargos arbitrais’, haja vista ter a mesma essência e objetivo daquele (embargos de declaração), apesar de a sentença arbitral ser final e não ficar sujeita a recurso, sendo a ação de anulação proposta no Judiciário o meio hábil para anulá-la ou retificá-la, quando possível (art. 33)” (*Op. cit.*, p. 37). Note-se que a autora, como alguns outros doutrinadores de escol, nega a natureza recursal de tal solicitação, nada obstante a atribuição do nome de embargos arbitrais, a exemplo também de Pedro A. Batista Martins (*Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 300 e 302).

51. Regulados nos arts. 1.022 a 1.026 daquela codificação, Lei 13.105/2015.

52. No mesmo sentido: “O adversário – embora não preveja a Lei a instauração do contraditório – deverá ser informado da oposição dos ‘embargos de declaração’, cabendo ao árbitro, se conhecer do remédio, determinar ou não sua manifestação. E pode ser conveniente determinar ao ‘embargado’ que se manifeste, especialmente se o fundamento do pleito estiver calcado em omissão ou contradição cuja decisão pelo árbitro possa resultar em modificação do julgado” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 309)

Como garantia de influência e de não surpresa, o contraditório exige a possibilidade de que os argumentos das partes – aqui inclusos aqueles do embargado – gerem ressonância no provimento final.

Observe-se que tal raciocínio é exatamente o mesmo empreendido para os embargos de declaração disciplinados pela legislação processual civil, que mesmo antes da atual regulação pela codificação de 2.015⁵³ – agora explicitamente obrigando a observância eventual do contraditório para contrarrazões⁵⁴ –, já vinha tendo que adotar prazo para o embargado naquelas mesmas hipóteses, por incidência direta do princípio constitucional do contraditório, conforme sedimentada doutrina e jurisprudência⁵⁵.

Significa dizer que, mesmo quando a arbitragem não contemplar aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, haverá de ser concedido prazo para oferta de contrarrazões recursais antes do acolhimento dos embargos arbitrais com efeitos infringentes, sob pena de nulidade, não sendo suficiente para suprir tal obrigatoriedade a simples comunicação de sua interposição a que alude o art. 30 da LA⁵⁶.

53. “Preocupou-se o novo diploma em definir quando deve ser dada ao embargado a oportunidade de responder ao recurso. Nesse sentido, consagrando posição jurisprudencial que prevalecia sob a égide do CPC/73, definiu que o embargado deverá ser intimado a se manifestar no mesmo prazo de 5 dias, quando o eventual acolhimento dos embargos puder provocar a modificação da decisão embargada.” (ALVIM, Angélica A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1211. e-book.).
54. Conforme art. 1.023, § 2º, do CPC, que assim dispõe: “Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo. [...] § 2º O juiz intimará o embargado para, querendo, manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sobre os embargos opostos, caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada”.
55. Anota, sobre o assunto, Theotônio Negrão: “A intimação do embargado para resposta não é obrigatória (STJ-5ª T., REsp 131.883-EDcl-EDcl, Min. José Arnaldo, j. 10.3.98, DJU 27.4.98), mas não se tolera que se modifique a decisão embargada sem que se franqueie oportunidade para prévia reação diante dos embargos, sob pena de violação do princípio do devido processo legal (STF-2ª T., RE 250.396-7, Min. Marco Aurélio, j. 14.12.99, DJU 12.5.00). Assim: ‘A atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração supõe a prévia intimação da contraparte; sem o contraditório, o respectivo julgamento é nulo’ (STJ-RDDP 69/163: Corte Especial, AR 1.228-EDcl-EDcl)” (NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; e outros. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 853. e-book). No mesmo sentido, jurisprudências do CPC/1973, ainda aplicáveis: STJ, REsp 686.752/PA, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T., j. 17.05.2005, DJ 27.06.2005; STF, RE 250.396/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 2ª T., j. 14.02.1999, DJ 12.05.2000; afirmando ser nulo o julgamento: STJ, REsp 696.762/AM, rel. Min. Ari Pargendler, 3ª T., j. 05.09.2006, DJ 04.12.2006.
56. Na mesma linha: “Havendo possibilidade de modificações no julgamento da causa, a simples notícia da oposição dos embargos de declaração atende apenas à ideia de informação. Aqui, é preciso mais do que isso; é preciso permitir que o embargado reaja diante dos embargos, quer para evitar alterações que lhe sejam desfavoráveis, quer para interferir nas dimensões e intensidade das alterações ou acréscimos que se fizerem necessários. Por isso, nessas condições, o árbitro ou o tribunal arbitral deve, antes do julgamento dos embargos de declaração, abrir ao embargado oportunidade para que se manifeste diante dos embargos. O prazo para essa manifestação deve ser igual ao prazo assinado para a oposição dos embargos, o que faz com que nos processos regulados pela Lei de Arbitragem tal prazo seja de cinco dias (art. 30, caput).” (BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Embargos de declaração e arbitragem. In: WALD, Arnoldo (org.). *Doutrinas essenciais: arbitragem e mediação*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 1113. v. 3).

4.1.3. (In)dispensabilidade de advogado

Em uma interpretação a *contrario sensu* do § 3º do art. 21 da LA⁵⁷, vem-se entendendo que a presença do advogado seria dispensável no procedimento arbitral.

Sua participação como representante da parte litigante seria uma opção, uma possibilidade ao alvedrio de cada um dos sujeitos parciais, não um dever.

Observa Carmona, em posição remansosa em sede doutrinária, que

“(…) as partes não estão obrigadas, em sede de arbitragem, a nomear advogados. Assim, pode qualquer uma delas optar em não nomear profissional que a represente nos atos que praticará durante o processo arbitral, valendo-se apenas de uma assessoria para sanar dúvidas e estabelecer estratégias.”⁵⁸

Conquanto seja muito rara a opção pela dispensa do advogado no procedimento arbitral brasileiro⁵⁹, amiúde de considerável grau de complexidade, a questão a ser enfrentada na linha da hipótese desenvolvida no texto é a seguinte: poderia ser cogitada a observância de contraditório participativo sem a presença de advogado? Ou por outra, seria possível falar-se em processo arbitral sem contraditório, implementado pelos argumentos técnicos em dialética construída via advogados? A resposta é inequivocamente negativa.

No Estado Democrático de Direito, o provimento jurisdicional (do qual é espécie a sentença arbitral) deixa de ser verticalizado, para ser horizontal, construído legitimamente em simétrica paridade de participação pelas partes, advogados, ministério público e julgador (no caso, o árbitro).⁶⁰

57. Que assim dispõe: “Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

(…)

§ 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.”

58. Conforme CARMONA, Carlos A. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 300. e-book. No mesmo sentido: “Diferentemente do processo judicial, em que a regra é que a parte se faça representar, obrigatoriamente, por advogado, o § 3º do art. 21 da Lei de Arbitragem estatui que ‘as partes poderão postular por intermédio de advogado’, o que revela uma faculdade; e não uma imposição legal. Podem, mas não estão obrigadas. Prevalece, mais uma vez aqui, a autonomia privada.” (SCHMIDT, Gustavo da R.; FERREIRA, Daniel B.; OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. *Comentários à Lei de Arbitragem*. São Paulo: Método, 2021. p. 172. e-book.).

59. Além do que, como esclarece CARMONA, “exerce o advogado pelo menos quatro papéis bem definidos no processo arbitral: advogado de parte, consultor de parte, consultor do órgão arbitral e árbitro.” (CARMONA, Carlos A. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 299. e-book).

60. Conforme SOARES, Carlos Henrique. *O advogado e o processo constitucional*. Belo Horizonte: Decálogo, 2004. p. 173.

Segue que, segundo Carlos Henrique Soares,

“é o advogado, nesse paradigma, agente garantidor da legitimidade da decisão judicial [e, pelas mesmas razões, da arbitral], uma vez que é o mesmo o juridicamente capaz de estabelecer um diálogo técnico-jurídico que permite a construção do provimento em simétrica paridade, garantindo o contraditório e a ampla defesa, bem como um controle da jurisdição, nos procedimentos litigiosos ou não, pouco importando o valor atribuído à causa.”⁶¹

Note-se que, para além da indispensabilidade estatuída no artigo 133 da Constituição Federal⁶², a exigência de postulação em juízo (estatal ou arbitral) via advogado é consectária da própria interpretação democrática do princípio do contraditório; é garantia de cidadania e do cumprimento dos direitos fundamentais.

Daí porque não pode ser opcional a presença do advogado como representante da parte; não constitui mera faculdade sua participação como interlocutor qualificado do contraditório, sob pena de se ter um arremedo, um simulacro de processo, algo que não passaria de um procedimento incompatível com uma prestação democrática de jurisdição, ainda que privada.

Significa dizer que a interpretação constitucionalmente adequada do § 3º do artigo 21 da LA, sob o paradigma da democracia, deve partir da premissa da indispensabilidade do advogado no processo arbitral, devendo ser compreendido o verbo “poder” no texto normativo como “poder-dever”, ou seja, “as partes *deverão* postular por intermédio de advogado, (...)”.

Outra possibilidade seria a seguinte leitura do aludido § 3º do art. 21 da LA⁶³: “As partes poderão postular, sempre por intermédio de advogado, respeitada a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.”

É necessária uma interpretação do tema à luz da constituição federal, especialmente em momento em que as instituições de arbitragem no país estão voltadas para a simplificação e ampliação da arbitragem a um maior número de conflitos de interesse, tornando potencialmente sedutora a dispensa do advogado sob a argumentação de baixa complexidade da lide⁶⁴⁻⁶⁵.

61. *Op. cit.*, p. 173.

62. Segundo o qual “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

63. Não se olvidando que texto é diferente de norma. Por todos: SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607-630, 2003.

64. A exemplo do que ocorre nos Juizados Especiais, nos termos de seu artigo 9º, para “causas de valor até vinte salários-mínimos”, nos quais, nesses casos, só se pode falar em procedimento, não em processo.

65. Os autores do texto coordenam Programa de Arbitragem (denominada acadêmica), também em procedimento simplificado, mas que por se pretender democrático, é baseado na principiologia constitucional, o que inclui o contraditório participativo e a indispensabilidade do advogado. Tal programa foi delineado no artigo “Microsistema de métodos adequados de solução de conflitos e programa arbitragem acadêmica: uma nova perspectiva de acesso à justiça”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 71, p. 215-236, 2021, e teve

In latere, a atuação do advogado no processo arbitral, em suas diferentes vertentes, constitui extraordinário campo de trabalho que, se por um lado é desafiador em razão da usual complexidade do objeto litigioso e de exigências peculiares de um sistema próprio⁶⁶, por outro oferece novas fronteiras e campos, incluindo transnacionais⁶⁷, mais conforme a um mundo globalizado e no qual a própria estrutura de Estado Nacional (e, com ela, a jurisdição estatal) está em xeque.⁶⁸

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio do contraditório foi objeto de significativas mudanças relativas ao seu sentido e alcance, notadamente a partir dos estudos de processo em vertente constitucional ao longo do século XX, com ênfase no seu último quarto quando passou-se a considerá-lo indissociável de um modelo de devido processo constitucional.

De princípio informativo, lateral, assumiu protagonismo nos debates sobre participação dos sujeitos processuais na formação do provimento decisório, *conditio sine qua non* para sua legitimidade democrática. Sem contraditório é possível cogitar-se de procedimento, não de processo.

O contraditório deve ser considerado, na contemporaneidade, como instituto legitimador da atividade jurisdicional (pública ou privada, caso da arbitragem) no processo, que uma vez inserido no conceito de direito democrático deve assegurar um espaço de participação dialética a seus sujeitos – a oportunidade de manifestação no processo arbitral, conferida às partes mediante aquela garantia (de contraditório), é um microcosmos em relação ao diálogo político que deve existir na sociedade.

Tais avanços teóricos nem sempre foram refletidos nos estudos sobre o princípio na órbita do processo arbitral. Diante das peculiaridades de tal método que se enquadra na classificação de jurisdição convencional, tais como vinculação à autonomia privada, especialidade, prerrogativa de definição da própria competência (*kompetenz-kompetenz*), entre outros, chega-se a defender, mesmo hodiernamente, sua relativização em nome de uma suposta deferência à arbitragem; a nulidade em razão de sua não observância seria, nessa linha, mero preciosismo.

sua inclusão aprovada por unanimidade pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), durante a 360ª Sessão Ordinária, realizada em 22.11.2022, no Portal de Boas Práticas do CNJ.

66. No sentido defendido por PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012.
67. Como bem destaca WALD: “Para os advogados, a arbitragem pode e deve abrir um grande mercado de trabalho do qual tanto necessitamos. Enquanto em algumas matérias de rotina, os advogados perdem terreno, sendo substituídos indevidamente pelo tabelião ou pelo contador, outros setores do direito justificam cada vez mais a presença do advogado. É o que acontece com certos ramos, como o direito ambiental, o direito penal econômico etc., mas também com os novos métodos de solução dos litígios, como a mediação, a conciliação e a arbitragem.” (WALD, Arnold. *A arbitragem e o mercado de trabalho dos advogados*. In: WALD, Arnoldo (org.). *Doutrinas essenciais: arbitragem e mediação* São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 720. v. 1).
68. Conforme CAMPOS, Ricardo. *Metamorfoses do direito global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia*. São Paulo: Contracorrente, 2022. p. 312-325.

Essa interpretação olvida as conquistas teóricas sobre o contraditório havidas pelo menos nas últimas três décadas, ignorando sua matriz constitucional e aceção de direito de influência e de não surpresa, única compatível com o Estado Democrático de Direito.

A despeito de sua natureza de jurisdição privada e origem convencional, a arbitragem doméstica de direito tem relação orgânica com a jurisdição estatal, fazendo parte de um sistema multipartas composto por diversos outros métodos adequados de solução de conflitos, e se submete, como qualquer um deles, ao devido processo constitucional. Significa que garantias fundamentais do processo como ampla defesa, contraditório e isonomia são um ponto de partida para a legitimidade decisória de qualquer processo, e como tal inderrogáveis por vontade das partes.

Mesmo na arbitragem (desde que direito e interna), portanto, não se encontra dentro dos limites da autonomia privada a opção pela observância, ou não, dos princípios institutivos do processo, independentemente do conteúdo escolhido pelos litigantes para julgamento do conflito, tampouco importando a eventual ausência de previsão de aplicação subsidiária da codificação processual civil ao procedimento, uma vez que as normas constitucionais fundamentais têm aplicabilidade imediata que dispensa mediação legislativa.

São diversos os reflexos do contraditório participativo no processo arbitral, algumas evidentes, outras ainda palco de debates doutrinários, das quais destacamos três: i) a vedação às decisões surpresa e à aplicação açodada do aforisma *iura novit curia*; ii) a necessidade eventual de concessão de vista para contrarrazões aos embargos arbitrais; e iii) a indispensabilidade do advogado no processo arbitral.

De fato, quanto ao primeiro reflexo apontado, na arbitragem doméstica, de direito, a incidência do princípio do contraditório participativo impede a decisão pautada em qualquer fundamento, técnico ou jurídico, que não tenha sido previamente disponibilizado a debate entre os envolvidos e que estarão sujeitos aos seus efeitos. Não se admite, sequer, disposição em sentido contrário (por exemplo, admitindo o *iura novit curia* sem qualquer ressalva), posto que tal convenção significaria afastar o próprio princípio do contraditório.

Quanto ao segundo aspecto ressaltado, apontou-se a necessidade de prazo para o embargado nos embargos arbitrais se manifestar em contrarrazões, sempre que houver probabilidade de alteração do pronunciamento arbitral impugnado.

Por fim, a terceira circunstância abordada diz respeito à indispensabilidade do advogado para o exercício do contraditório em sua plenitude, e, portanto, a necessidade de advogado também no processo arbitral (doméstico) democrático.

Essas foram em essência as considerações tecidas e conclusões obtidas sob a perspectiva de processo constitucional cotejado com o processo arbitral que, espera-se, possam trazer alguma contribuição ao aperfeiçoamento desse extraordinário método heterocompositivo de solução de conflitos, sem qualquer pretensão de esgotar o tema.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *A contrariedade na instrução criminal*. Dissertação para concurso à livre docência de Direito Judiciário Penal, da Faculdade de Direito da USP. [S.l.], 1937, n. 80.

- ALVIM, Angélica A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. e-book.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- ARAUJO, Yuri M. *Arbitragem e devido processo legal*. Coimbra: Almedina, 2021. e-book.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 62, p. 135-200, jan.-mar. 2008.
- BAUR, Fritz. Da importância da dicção *iura novit curia*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 3, p. 169-177, 1976.
- BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Embargos de declaração e arbitragem. In: WALD, Arnoldo (org.). *Doutrinas essenciais: arbitragem e mediação*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 1105-1132. v. 3.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 1, p. 17-33, jan.-jun. 2015.
- CAMPOS, Ricardo. *Metamorfoses do direito global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia*. São Paulo: Contracorrente, 2022.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina. 2. reimpressão da edição de julho/2003.
- CARMONA, Carlos A. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. e-book.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- COUTURE, Eduardo J. El debido proceso como tutela de los derechos humanos. *Tomo La Ley* n. 72, p. 802, 1953.
- COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Trad. Mozart Victor Russo-mano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoria general del proceso*. 3. ed. 1. reimp. Buenos Aires: Universidad, 2004.
- DÍAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2014.
- FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves et al. *Lei de Arbitragem comentada artigo por artigo*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021.
- FICHTNER, José Antonio. A atualidade do princípio *iura novit curia* no CPC e na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 53, p. 249-262, 2017.

- FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio N.; MONTEIRO, André L. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. e-book.
- FONSECA, Rodrigo Rigamonte. Isonomia e contraditório na teoria do processo. In: LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2000. v. I.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: GRECO, Leonardo. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. Coleção José do Patrocínio.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. *Iura novit arbiter – Est-ce bien raisonnable? De lege ferenda – Réflexions sur le droit désirable en l’honneur du professeur Alain Hirsch*. A. Héritier Lachat (Ed.). Geneva, 2004.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- LEMES, Selma Maria Ferreira. A arbitragem e o estudante de direito. In: WALD, Arnaldo (org.). *Doutrinas essenciais: arbitragem e mediação*. São Paulo: Ed. RT, 2014. v. 1.
- LEMES, Selma Maria Ferreira. Os “embargos arbitrais” e a relativização da sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, jul. 2005.
- LEITE, Daniel Secches S. Microsistema de métodos adequados de solução de conflitos e programa arbitragem acadêmica; uma nova perspectiva de acesso à justiça. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 71, p. 215-236, 2021.
- MALET, Estêvão, Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 233, p. 6, jul. 2014.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. II.
- MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; e outros. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2022. e-book.
- NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR., Fredie Souza (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Comentário ao art. 5º, LV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 432-433.
- ORENGA, Danilo. *Arbitragem e precedentes judiciais*. Coimbra: Almedina, 2023. e-book. Coleção CBar.
- PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012.

- REICHELDT, Luis Alberto. O conteúdo da garantia do contraditório no direito processual civil. *Revista de Processo*, v. 162, p. 330-351, ago. 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários ao § 1º do artigo 5º, da Constituição Federal. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; *et. al. Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- SCHMIDT, Gustavo da R.; FERREIRA, Daniel B.; OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. *Comentários à Lei de Arbitragem*. São Paulo: Método, 2021. e-book.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 1, 2003.
- SOARES, Carlos Henrique. *O advogado e o processo constitucional*. Belo Horizonte: Decálogo, 2004.
- STRAUBEE, Frederico José. A evolução da arbitragem no Brasil após a Lei 9.307/96. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 50, 2016.
- TARZIA, Giuseppe. O contraditório no processo executivo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 28, p. 55-95, 1982.
- VAUGHN, Gustavo Favero. Reflexões a propósito da aplicação do aforismo *iura novit curia* ao processo arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 67, p. 161-187, 2020.
- VERÇOSA, Fabiane. *Da mihi factum, dabo tibi ius: arbitragem, contraditório e iura novit curia*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 249, p. 471-499, 2015.
- VISCONTE, Debora. *Iura novit curia* e o contraditório. In: CARMONA, Carlos A.; LEMES, Selma F.; MARTINS, Pedro B. 20 Anos da Lei de Arbitragem – Homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017. e-book.
- WALD, Arnoldo. A arbitragem e o mercado de trabalho dos advogados. In: WALD, Arnoldo. *Doutrinas essenciais: arbitragem e mediação*. São Paulo: Ed. RT. 2014. v. 1.
- WALD, Arnoldo. O espírito da arbitragem. *Revista do IASP*, v. 23, p. 22 e ss., jan.-jun. 2009.
- ZUFELATO, Camilo. A dimensão vedação à decisão-surpresa do princípio do contraditório na experiência brasileira e o novo Código de Processo Civil de 2015: reflexões voltadas ao direito peruano. *Revista de La Facultad de Derecho*, Lima, n. 78, p. 21-42, 2017.

PESQUISAS DO EDITORIAL

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Arbitragem; Constitucional

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Da *mihi factum, dabo tibi ius*: arbitragem, contraditório e *iura novit curia*, de Fabiane Verçosa – *RePro* 249/471-499; e
- Princípios constitucionais do processo arbitral, de Gustavo Favero Vaughn e Georges Abboud – *RePro* 327/453-490.

A NOÇÃO DE JURISDIÇÃO ARBITRAL À LUZ DA COMPARAÇÃO COM O DIREITO ALEMÃO

THE NOTION OF ARBITRAL JURISDICTION IN COMPARISON WITH GERMAN LAW

JOÃO CARLOS METTLACH-PINTER

Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pós-doutorando e bacharel na mesma instituição. Procurador do Estado de São Paulo.
mettlach.jc@gmail.com

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Arbitragem

RESUMO: O objetivo do presente artigo é demonstrar que o conceito de jurisdição está alicerçado na produção de uma decisão que obedeça a certos valores fundamentais do ordenamento processual. Para atingir esse objetivo, a argumentação faz uso de uma série de comparações com o direito arbitral alemão, país onde a doutrina estudou minuciosamente o fenômeno jurídico, reunindo-o a outros fenômenos semelhantes, existentes no direito brasileiro, e que servem de prova à tese proposta.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem brasileira – Arbitragem alemã – Direito comparado – Tribunal arbitral.

ABSTRACT: This article aims at demonstrating that the concept of jurisdiction is dependent on arriving at a decision that abides by certain fundamental values of the procedural legal system. In support of this view, Brazilian arbitration law is first compared with its German counterpart, since German legal doctrine has produced a detailed description of arbitration; thereafter, Brazilian arbitration is correlated with other institutes in the Brazilian legal system that further substantiate the article's claim.

KEYWORDS: Brazilian Arbitration – German Arbitration – Comparative Law – Arbitration Court.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Reforma da legislação alemã de arbitragem. 2.1. Inspirações legislativas. 2.2. Vantagens e desvantagens. 2.3. Aplicabilidade. 3. Procedimentos semelhantes à arbitragem. 3.1. Contrato de parecer arbitral. 3.2. Conciliação. 3.3. Julgamentos de associações. 3.4. Conclusões parciais. 4. Natureza jurídica da arbitragem. 4.1. Caráter jurisdicional. 4.2. Negócio jurídico processual. 4.3. Objeto. 4.4. Competência. 4.5. Forma das cláusulas. 4.6. Efeitos processuais. 4.7. Relações jurídicas extracontratuais. 5. Procedimento arbitral.

- 5.1. Formação do tribunal arbitral.
- 5.2. Procedimento perante o Tribunal.
- 5.3. Aplicabilidade do direito processual comum.
- 5.4. Aplicabilidade do direito material.
6. Decisão arbitral.
- 6.1. Requisitos formais.
- 6.2. Efeitos jurídicos.
- 6.3. Decisões terminativas.
- 6.4. Recorribilidade.
7. Execução da decisão arbitral.
8. Considerações finais.
9. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Sendo a dogmática uma atividade *descritiva* do direito, é importante que haja a criação de determinadas *categorias de pensamento*. Essas categorias funcionam como instrumentos de conhecimento da realidade – ainda que a realidade do objeto da dogmática não seja perceptível aos sentidos, mas tenha caráter hermenêutico e existência ideal, como é o caso das normas jurídicas.¹ Um trabalho de direito comparado é importante pois, ao trazer as *soluções normativas* e as *categorias* utilizadas para explicar essas soluções, permite um conhecimento mais aprofundado do nosso próprio sistema jurídico. Não raro, percebe-se que categorias jurídicas, tidas por incompatíveis pela doutrina, foram compatibilizadas pela intermediação de um modelo abstrato distinto daquele que a doutrina dos outros países criou para resolver os seus problemas.²

Em relação à arbitragem, o direito comparado adquire ainda mais importância. Afinal, há a tendência de internacionalização da arbitragem, de modo que as principais câmaras lidam com litígios surgidos nos mais diversos países.³ Os procedimentos arbitrais previstos na legislação nacional de cada país tendem, tal como se aponta comumente, a elaborar soluções jurídicas similares. Torna-se então ainda mais instrutivo verificar quais categorias a doutrina de cada país elaborou para explicar essas soluções.

No presente trabalho, escolheu-se o direito alemão para servir de comparação. O objetivo é mostrar a forma com que se delineou nesse país a regulação da arbitragem e o modo pelo qual a doutrina alemã tece categorias jurídicas para explicar as soluções dadas pelo legislador. A escolha não é ao acaso: não foi precisamente na Alemanha que o processo civil adquiriu sua autonomia científica e seu desenvolvimento dogmático? Até hoje boa parte dos conceitos da processualística não são mais que adaptações de conceitos originados nos debates daquele país, ainda que muitos tenham ingressado no repertório conceitual da doutrina nacional pela intermediação da doutrina italiana.⁴

1. Sobre a dogmática e seu caráter científico-descritivo do direito, cf. LARENZ, Karl. *Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. Berlin: Walter de Gruyter, 1966. pp. 12ss. Para a recente produção brasileira, cf. AUBERT, Eduardo Henrik. *Ensaio sobre a dogmática jurídica*. São Paulo: Almedina, 2022. *passim*; METTLACH-PINTER, João Carlos. *Summa divisio do direito civil patrimonial: estrutura, sistematização e sentido da distinção entre direitos reais e obrigacionais*. Curitiba: Juruá. 2023. p. 106 ss.
2. KISCHEL, Uwe. *Rechtsvergleichung*. München: Beck, 2015. p. 56 ss.
3. Sobre essas câmaras internacionais, cf. MOSES, Margaret L. *The principles and practice of international commercial arbitration*. Cambridge: CUP, 2008. p. 10 ss.
4. Para um panorama histórico, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 65 ss. v. 1.

O objetivo deste trabalho é, portanto, fornecer bases para uma construção teórica⁵ segura – e assim conhecer efetivamente a arbitragem, tal como regulada pelo legislador nacional – por meio do cotejo crítico com outro sistema jurídico. Desse modo, ao longo deste trabalho, os principais aspectos da regulação da arbitragem na Alemanha serão expostos, e servirão, ao mesmo tempo, de objeto de comentários, realçando-se sobretudo como as categorias expostas ajudam a compreender o problema do conflito entre a jurisdição estatal e a arbitral.

2. REFORMA DA LEGISLAÇÃO ALEMÃ DE ARBITRAGEM

2.1. *Inspirações legislativas*

A legislação alemã relativa à arbitragem não foi, como no Brasil, concretizada por meio de uma lei extravagante. A razão está em que esse procedimento já era previsto no Código de Processo Civil Alemão (ZPO). O procedimento previsto já não satisfazia mais as necessidades existentes: os pais da ZPO desenharam-no de forma demasiadamente ampla. Como resultado, resolveu-se reformar completamente o Livro X da ZPO no final do ano de 1997. A regulação teve por base a Lei-modelo de 21.06.1985 da Comissão das Nações Unidas de Direito Comercial (UNCITRAL).⁶

No entanto, diferentemente do modelo da UNCITRAL, a legislação alemã não abrangeu apenas os procedimentos arbitrais nacionais; sua amplitude abarca também as arbitragens ocorridas em território nacional alemão. Além disso, sua regulação vale tanto para procedimentos de natureza comercial quanto não comercial.⁷ O objetivo da reforma foi reforçar a posição da Alemanha como uma importante jurisdição arbitral.

2.2. *Vantagens e desvantagens*

A doutrina alemã costuma apontar como vantagem o fato de o procedimento arbitral ser mais veloz e mais cômodo em razão da ausência de instâncias recursais. Além disso, as partes podem delegar a decisão de matérias específicas a especialistas na área da questão debatida.⁸ Como exemplo, cita-se a convocação de artistas do ramo para decidir questões relativas a obras de arte.⁹ Por fim, as partes também podem moldar o procedimento, afastando-o do modelo comum previsto na ZPO.

5. A noção de *construção jurídica* está, aqui, utilizada em seu sentido próprio. A respeito, cf. VON IHERING, Rudolf. *Geist des römischen Rechts*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, 1954. p. 329. v. 3.
6. BRAUN, Johann. *Lehrbuch des Zivilprozessrechts: Erkenntnisverfahren*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.
7. HESS, Burkhard; JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht: ein Studienbuch*. 30ª ed. München: Beck, 2011. p. 373.
8. HESS, Burkhard; JAUERNIG, Othmar, *op. cit.*, p. 372.
9. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*. 17. ed. München: Beck, 2010. p. 1020.

Outra vantagem comumente apontada é a da confidencialidade: a decisão arbitral não se submete ao mesmo grau de publicidade que a decisão da jurisdição estatal, além de ser possível o julgamento por equidade.¹⁰ A doutrina aponta ainda que na prática é mais fácil executar uma decisão arbitral de um país estrangeiro que uma sentença da jurisdição estatal de outro país; a razão dessa diferenciação está no amplo reconhecimento dado ao Tratado de Nova Iorque de 1958.

Como desvantagens, elencam-se a possível parcialidade do juiz, uma vez que nem sempre ele está suficientemente distante do objeto de debate no tribunal arbitral; e a ausência de outras garantias típicas do procedimento da jurisdição estatal. Todavia, essa última desvantagem é mitigada pelas garantias mínimas que a legislação relativa à arbitragem impõe ao procedimento.¹¹

2.3. Aplicabilidade

A possibilidade de convencionar a cláusula arbitral é condicionada, na Alemanha, à dispositividade do direito¹² que será objeto da lide. Sendo disponível o direito, nasce para o seu titular a possibilidade de escolha entre a jurisdição estatal e a arbitral.¹³ A doutrina, porém, amplia sua aplicabilidade para abarcar também os casos de jurisdição graciosa.¹⁴

O procedimento arbitral previsto na ZPO aplica-se de maneira cogente nos casos em que a Alemanha constitui o local da arbitragem. No entanto, faculta-se às partes determinar livremente esse local.

Pelas mais diversas razões, algumas relações jurídicas não podem ser objeto de arbitragem. No direito alemão, há os seguintes casos: *a*) as relações locatícias de bem imóvel localizado na Alemanha (§ 1030, II, ZPO); *b*) as relações consumerícias, nas quais se exige que a cláusula seja prevista em instrumento contratual apartado. Isso é dispensado caso haja escritura pública, pois nesse caso constitui dever do tabelião esclarecer os termos do contrato.¹⁵

Nota-se desde o início que a aplicabilidade da arbitragem no direito alemão é semelhante à do direito brasileiro. A Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996) menciona, em seu art. 1º, “direitos patrimoniais disponíveis”, isto é, aqueles dotados de livre dispositividade. Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor dispõe serem nulas de pleno direito as cláusulas “que determinem a utilização compulsória da arbitragem”; porém, a própria Lei de Arbitragem, reagindo a essa proibição genérica, admite o uso da arbitragem nos contratos de adesão utilizando uma técnica em tudo semelhante à do direito alemão: “documento anexo ou em negro, com assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

10. BRAUN, Johann, *op. cit.*, p. 1195.

11. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *op. cit.*, p. 1020.

12. Comparando com outros negócios dispositivos de direito material e de direito processual, cf. BRAUN, Johann, *op. cit.*, p. 1183.

13. HESS, Burkhard; JAUERNIG, Othmar, *op. cit.*, p. 372.

14. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *op. cit.*, p. 174.

15. HESS, Burkhard; JAUERNIG, Othmar, *op. cit.*, p. 375.

O que se verifica, nesse ponto, é um primeiro conflito entre a jurisdição estatal e a arbitral: a ideia subjacente é a de que as *relações não paritárias*, como as de trabalho, de consumo e de adesão, estariam melhor tuteladas sob a jurisdição estatal que sob a arbitral. Revela-se com isso que uma das facetas do conflito entre ambas as espécies de jurisdição está na proteção dessas relações desiguais, para as quais, segundo a legislação de ambos os países, a jurisdição estatal é ainda a mais indicada. Todavia, para se evitar uma proibição absoluta, condiciona-se a validade da cláusula ao requisito de forma específica para buscar fomentar, na medida do possível, alguma discussão específica sobre tal ponto antes da emissão da declaração de vontade.

3. PROCEDIMENTOS SEMELHANTES À ARBITRAGEM

Diferentemente do direito brasileiro, o direito alemão elevou à categoria de institutos jurídicos autônomos determinados negócios jurídicos que, mesmo se assemelhando à arbitragem, não se enquadram perfeitamente nela. Inexiste dúvida a respeito de sua admissibilidade, tendo em vista vigor lá, tal como aqui, a atipicidade dos contratos de direito obrigacional. O interesse maior que esses contratos podem despertar está sobretudo na mitigação do conceito de jurisdição dentro de relações jurídicas regidas majoritariamente pelo direito privado.

3.1. Contrato de parecer arbitral

O contrato de parecer arbitral (*Schiedsgutachter*) é distinto da arbitragem: por meio dele, as partes convencionam que um terceiro dará uma declaração a respeito de determinados fatos, de modo que tal declaração sirva de base à futura decisão judicial. A diferença em relação à arbitragem está em que a decisão em si não é dada pelo próprio parecerista: ele limita sua manifestação a determinados pontos pré-estabelecidos pelas partes. No entanto, não se exclui em absoluto que o parecerista responda a questões jurídicas que surjam no decorrer de sua análise. O parecer vincula tanto as próprias partes quanto o próprio juízo estatal.¹⁶

A admissibilidade de tal contrato advém do direito privado: o § 317, BGB, admite que um terceiro determine, por meio da sua declaração jurídico-negocial, o conteúdo da prestação obrigacional. Da mesma forma, admite-se que, por convenção, um terceiro seja autorizado a adequar a relação jurídica após a modificação das circunstâncias.

Dentre as diversas questões que se podem submeter a um parecerista, é possível citar: *a)* a declaração da existência ou da inexistência de um dano; *b)* a declaração donexo causal; *c)* a declaração da existência de culpa; *d)* a revisão contratual da locação. É comum ainda o caso do parecer arbitral relativo à qualidade de objeto, utilizado sobretudo nos casos em que é preciso aferir a adequação de certos materiais de construção. Sua função é o esclarecimento a respeito da existência de vícios de qualidade.¹⁷

16. HESS, Burkhard; JAUERNIG, Othmar, *op. cit.*, p. 375.

17. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *op. cit.*, p. 1023.

O parecer se distingue do contrato de arbitragem por resolver apenas uma parte da lide, ao passo que a arbitragem substitui a própria jurisdição estatal. Além disso, a diferença também reside na sua natureza jurídica: a doutrina majoritária e tradicional considera o contrato de parecer manifestação de direito material; já a doutrina mais recente tem considerado tal espécie de acordo com a diversidade de conteúdo que ele pode assumir. Assim, aqueles que se limitam à declaração de determinados fatos ou elementos fáticos devem ser considerados negócios jurídicos processuais; por outro lado, aqueles em que há mera determinação de uma prestação são, de fato, considerados meramente de direito material.¹⁸

Já a necessidade de se garantir a manifestação das partes antes da decisão do contrato de parecer é controversa. No entanto, como elas não poderão mais se manifestar a respeito disso no processo a que o contrato servir de objeto, a doutrina tende a entender necessária essa garantia.

Como a jurisdição estatal é vinculada à decisão do parecerista, apenas terceiros imparciais podem servir em tal função; sua recusa prescinde de motivação. A jurisdição estatal se vincula à decisão do parecerista na medida em que as partes possam dispor do direito. No entanto, admite-se a impugnação dos pareceres caso, servindo de forma de integração de um contrato pré-existente, seja ele manifestamente injusto.¹⁹

A jurisprudência reconhece a ineficácia em casos de injustiça manifesta. O parecer é considerado manifestamente injusto, por exemplo, quando viola gravemente o princípio da boa-fé. Isso também se verifica quando a descrição fática feita pelo parecer é absolutamente lacunosa, de forma que não se pode extrair a conclusão a partir da apresentação dos fatos. Assim também ocorre quando o parecer viola os limites da convenção que as partes pactuaram.

Diferentemente da verdadeira arbitragem, o contrato de parecer não gera uma exceção processual que impeça o prosseguimento do processo no sentido do § 282, III, ZPO; na verdade, é plenamente possível prosseguir com o processo. Caso a parte que deveria apresentar o parecer não o faça, será ela a prejudicada em razão da distribuição do ônus da prova, uma vez que o contrato de parecer impede a instrução probatória estatal a respeito da questão.

3.2. Conciliação

A conciliação (*Schlichtung*) não é um verdadeiro caso de arbitragem, mas pode auxiliar as partes a esclarecer a dimensão da sua lide com a intermediação de um terceiro. Na Alemanha, é comum o uso da conciliação em casos envolvendo direito do consumidor, responsabilidade médica, negócios jurídicos bancários, seguros privados, relações de trabalho e contratos ligados a alguns profissionais liberais, como arquitetos.²⁰

18. MUSIELAK, Hans-Joachim. *Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*. 6. ed. München: Vahlen, 2008. p. 2439.

19. THOMAS, Heinz; PUTZO, Hans. *Zivilprozessordnung*. München: Beck, 2011. p. 1320.

20. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *op. cit.*, p. 174.

A conciliação ocorre voluntariamente, isto é, depende da concordância de ambas as partes. A convenção de conciliação tem por efeito excluir temporariamente o ajuizamento da pretensão, exceto para requerimento de medidas cautelares. Ademais, elas também suspendem os prazos de prescrição.²¹

Na Alemanha, admite-se que a legislação estadual preveja casos de conciliação obrigatória. As vantagens tradicionalmente apontadas são a rapidez e a modicidade dos custos. No entanto, a conciliação também pode se revelar uma verdadeira perda de tempo em casos em que não há chance de um acordo prosperar.²²

No Brasil, tem-se exigido cada vez mais a tentativa de conciliação antes do julgamento do processo judicial. Com efeito, também aqui se poderia avençar uma conciliação extrajudicial que tenha por efeito excluir temporariamente o exercício judicial da pretensão; trata-se de *pactum de non petendo*,²³ ainda que limitado no tempo, e que funcionaria como negócio jurídico processual atípico.

3.3. Julgamentos de associações

Tampouco se consideram verdadeiro caso de arbitragem, no direito alemão, as decisões tomadas por associações privadas, tal como as esportivas, com base em seu poder disciplinar. Na Alemanha, semelhantemente ao Brasil, não se pode ajuizar ação a respeito desse assunto antes de se ter um julgamento da própria associação. Depois, a decisão estará sujeita ao controle da jurisdição estatal. O exemplo clássico são as decisões relativas a *doping*.²⁴

3.4. Conclusões parciais

Os fenômenos similares à arbitragem expostos acima são fundamentais para o debate a respeito do conflito entre as duas espécies de jurisdição, pois mostram que antigos institutos de direito privado sempre mantiveram alguma proximidade com questões intimamente ligadas ao problema da jurisdição.

Em primeiro lugar, o direito privado brasileiro também admite cláusulas que deixem a determinação de alguns elementos do contrato a cargo de terceiro. Assim, o art. 485, CC, admite que terceiro realize a fixação do preço; não há tampouco nenhum problema em admitir que, na venda a contento e na venda sujeita à prova, seja um terceiro que manifeste a adequação do produto oferecido ao que foi contratualmente estipulado. Ainda, não há razão para se rechaçar a hipótese de um terceiro apurar a existência ou inexistência de um fato;

21. MUSIELAK, Hans-Joachim, *op. cit.*, p. 2458.

22. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *op. cit.*, p. 174.

23. Admitindo-o, com efeitos materiais e processuais, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 107 ss. v. 25.

24. HESS, Burkhard; JAUERNIG, Othmar, *op. cit.*, p. 376.

afinal, se a parte poderia confessá-lo em juízo – o que evidencia seu caráter dispositivo – o que impediria que ela transferisse a um terceiro a possibilidade de apurá-lo?²⁵

Como se vê, além das possibilidades que a amplitude da liberdade contratual oferece no direito das obrigações, da previsão da participação de terceiros com vistas à resolução de conflitos nascentes de relações contratuais, a admissão de que se prevejam negócios jurídicos processuais atípicos leva a que o contrato de parecer arbitral existente na Alemanha não possa ser considerado estranho ao nosso direito. Em alguma medida, ele poderia ser aceito aqui também; afinal, se as partes podem convencionar a respeito de ônus e deveres processuais, qual a razão para vedar que ambas pactuassem que determinado fato fosse analisado por um especialista fora do processo?

Mais que esse reconhecimento, é importante notar que sempre se recorreu a terceiros para a tentativa de resolução de conflitos oriundos das relações contratuais. A importância disso está em que, ao se exigir desse terceiro – como faz a doutrina alemã – a mesma imparcialidade que teria um juiz, supondo ainda que as partes sejam ouvidas previamente, não está ela atribuindo determinados deveres tipicamente associados ao juiz ao parecerista indicado no contrato? Trata-se, evidentemente, de uma mitigação da jurisdição estatal, que deixa de se responsabilizar pela resolução de parte da lide; *mas o terceiro que passa a ser encarregado dessa parte deve obedecer a determinados princípios tradicionalmente associados à jurisdição.*

No Brasil, essa extensão dos princípios da jurisdição a um órgão privado ocorreu também no âmbito dos procedimentos disciplinares das associações em relação aos seus associados. O STF²⁶, ao julgar uma questão relativa à pena de exclusão aplicada a um associado, entendeu que o princípio constitucional da ampla defesa deveria também ser aplicado em tal caso. Toda a justificativa do Tribunal enveredou pela aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas; parece mais correto, porém, analisar a situação pela perspectiva de mitigação da jurisdição estatal.

Desse modo, como se reconhece às associações a possibilidade de levar a cabo procedimentos disciplinares contra os seus sócios, passam elas a ocupar nesse momento a posição típica de juiz. É preciso então que se comportem com a mesma imparcialidade e respeitem, da mesma forma, a ampla defesa. Hoje, tal previsão está positivada no art. 57, CC. O mesmo raciocínio se aplicaria ao terceiro que fixa o preço num contrato de compra e venda: caso se consiga provar estar ele mancomunado com uma das partes como fito de favorecê-la, torna-se evidente que ele não está apto a exercer sua função. Não se trata apenas de um caso de aplicação direta dos direitos fundamentais, mas de reconhecimento de que, *em qualquer situação em que um terceiro seja chamado a resolver uma crise nascida de uma relação jurídica, seja ela privada ou não, deve ele se comportar de acordo com os princípios tradicionalmente associados à jurisdição estatal.*

Conclui-se, a respeito desse tópico, que a análise feita pela doutrina alemã sobre o exercício de terceiros de funções tipicamente jurisdicionais, previstas em institutos

25. Argumento semelhante em BRAUN, Johann, *op. cit.*, p. 1183.

26. STF, RE 201.819/RJ, 2ª T., j. 11.10.2005, rel. Min Ellen Gracie.

absolutamente tradicionais – como a compra e venda –, implica reconhecer também para o direito brasileiro que a atribuição das prerrogativas associadas à função jurisdicional acarreta a extensão dos seus princípios de imparcialidade e ampla defesa.

4. NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

4.1. *Caráter jurisdicional*

A doutrina alemã aceita amplamente que a arbitragem configura verdadeiro caso de jurisdição, registrando ainda que suas decisões produzem eficácia de coisa julgada material.²⁷ O tribunal arbitral pode tomar todas as decisões necessárias para a resolução da lide, tal como um tribunal estatal também poderia. Isso abrange decisões de eficácia declaratória, constitutiva e condenatória.

Admite-se também que as partes, na convenção arbitral, permitam ao tribunal arbitral realizar um ajustamento ou correção no contrato principal em que a arbitragem foi pactuada. Nesse caso, permite-se que o tribunal arbitral realize uma atividade de integração do contrato.

O que não se admite é a divisão da questão a ser resolvida, de forma que a lide seja decidida em parte pelo tribunal arbitral e, em parte, pelo estatal. A cooperação de ambos os tribunais só pode ocorrer nos casos previstos em lei. No entanto, admite-se que as partes prevejam um prazo para, após a decisão do tribunal arbitral, questioná-la perante o tribunal estatal.

4.2. *Negócio jurídico processual*

A doutrina alemã afirma que a convenção de arbitragem, sendo espécie de negócio jurídico processual²⁸, pode ser convencionada tanto em contratos quanto em negócios jurídicos unilaterais (§ 1066, ZPO). Exemplo deste último caso é a previsão de cláusula arbitral em testamentos. Admite-se também tal previsão em negócios jurídicos plurilaterais, como em estatutos de pessoa jurídica.²⁹ No Brasil, apesar de não ser comum a utilização em negócios jurídicos unilaterais, essa prática não parece atentar contra nenhuma norma do ordenamento jurídico, haja vista que há alguns casos – como a renúncia ao direito de recorrer – em que se dispõe unilateralmente de uma faculdade processual.³⁰

A convenção de arbitragem é um contrato de direito processual, pois seu principal efeito se dá dentro da relação jurídica processual. Trata-se, a saber, da criação de uma

27. HESS, Burkhard; JAUERNIG, Othmar, *op. cit.*, p. 372; BRAUN, Johann, *op. cit.*, p. 1183; ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *op. cit.*, p. 1057.

28. THOMAS, Heinz; PUTZO, Hans, *op. cit.*, p. 1321.

29. HESS, Burkhard; JAUERNIG, Othmar, *op. cit.*, p. 374.

30. ZÖLLER, Richard. *Zivilprozessordnung*. 27 ed. Köln: Otto Schmidt, 2009, p. 2672.

exceção processual (*Prozesshindernis*). Caso essa exceção seja oposta tempestivamente pelo réu, a ação intentada pelo autor deverá ser julgada improcedente (§ 1032, ZPO).³¹ Não se aceita, contudo, a oposição da referida exceção em caso de medidas cautelares necessárias.³²

A doutrina insiste em que é preciso diferenciar o contrato principal (de direito material) e o contrato arbitral (de direito processual), já que a nulidade daquele não implica necessariamente a nulidade deste último. Na dúvida, a própria ação relativa à declaração de nulidade de contrato com cláusula arbitral deve ser ajuizada perante a jurisdição arbitral.³³ Trata-se de uma exceção à previsão do § 139, BGB, segundo a qual haveria a extensão da nulidade a todo negócio jurídico. No entanto, a depender do caso, é possível que a nulidade contamine ambos os contratos: é o que ocorre em casos de dissenso, falta de capacidade de agir, dolo, coação e erro.³⁴

Nesse último aspecto, a semelhança com o direito brasileiro é evidente. Afinal, o art. 8 da Lei de Arbitragem desautoriza expressamente a extensão da nulidade do contrato principal à cláusula de arbitragem, deixando ao tribunal arbitral a decisão a respeito.³⁵ Nesse último ponto, é interessante notar como a força de atuação do tribunal arbitral não promana exclusivamente do contrato em que se prevê a cláusula arbitral; afinal, caso a nulidade abranja tanto o contrato principal quanto a cláusula de arbitragem, o tribunal poderá declará-lo. No entanto, ele declarará algo a respeito da arbitragem mesmo que nunca tenha sido válida a previsão de que se instituisse um tribunal arbitral! Vê-se nesse caso que a existência do tribunal arbitral provém do encontro entre a lei e o negócio jurídico processual.

Esse exemplo deixa claro como o conflito entre a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral é sempre resolvido pela lei: o tribunal arbitral age na medida em que a lei admite que o negócio jurídico disponha a respeito. Mas a própria lei também pode se fazer substituir pelo negócio jurídico – como no caso de o tribunal arbitral julgar a nulidade da cláusula que institui a si próprio – de forma que é forçoso concluir que, para haver a mitigação da jurisdição estatal num nível tão acentuado, é necessário que haja a intervenção de uma previsão normativa.

4.3. Objeto

A convenção de arbitragem pode se referir tanto a lides presentes quanto a futuras, de natureza contratual ou extracontratual. Por outro lado, admite-se, na Alemanha, que questões extrapatrimoniais sirvam de objeto da arbitragem, desde que haja disponibilidade de

31. HESS, Burkhard; JAUERNIG, Othmar, *op. cit.*, p. 374.

32. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *op. cit.*, p. 1026.

33. MUSIELAK, Hans-Joachim, *op. cit.*, p. 2437.

34. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *op. cit.*, p. 1027.

35. Trata-se da chamada autonomia da cláusula arbitral. Cf., a respeito, CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 179

tais direitos. Por outro lado, não se admite arbitragem nas questões que surgem diretamente da relação matrimonial e da relação de filiação; admite-se, porém, para questões de cartéis e de deliberações societárias.³⁶

É preciso que as partes tenham capacidade civil para concluir um contrato de arbitragem. Nesse ponto, aplicam-se as regras comuns do direito civil. Caso a parte seja incapaz, é preciso que lhe seja dado representante capaz.³⁷

Quando o contrato de arbitragem tiver por objeto uma lide futura, é preciso que haja a determinação da relação jurídica. Não se admite, portanto, cláusula para que todas as relações jurídicas entre determinadas partes (por exemplo, sociedades empresárias que funcionam habitualmente como parceiras comerciais) sejam automaticamente submetidas à arbitragem. No entanto, admite-se que se deem critérios específicos para delimitar quais negócios se submetem à arbitragem. Caso a relação não seja nem determinada, nem determinável, o contrato de arbitragem não produzirá efeitos.³⁸

Um contrato de arbitragem não é considerado nulo apenas por ter sido celebrado sob o poder ou a influência do poder econômico ou social de uma das partes, como acontece em situações de monopólio. Subjaz a esse pensamento a igualdade entre a jurisdição estatal e a arbitral; mas tal equiparação não é absoluta, pois também se admite certo controle judicial do contrato de arbitragem quando o contrato conceder mais poder a uma parte que a outra no que se refere à composição do tribunal arbitral. Nesse caso, a jurisdição estatal pode determinar que um árbitro seja escolhido de forma distinta daquela prevista nas regras do contrato.

É polêmica a possibilidade de se trazer uma contrapretensão (*Gegenanspruch*) de outra relação jurídica para realizar a compensação com a pretensão que está sendo analisada pelo tribunal arbitral. A razão é simples: aquela contrapretensão não está abrangida no contrato de arbitragem; alegá-la seria ampliar o objeto do próprio contrato. Nesse sentido, ainda que a jurisprudência já tenha admitido essa possibilidade, a doutrina é contrária.³⁹

4.4. Competência

A competência do tribunal arbitral pode ser declarada pela justiça comum, não impedindo, até a prolação de uma decisão, a instauração da arbitragem. No entanto, mesmo que se afirme a sua competência, o tribunal arbitral também é dotado da chamada *Kompetenz-Kompetenz* para dizer se é ou não competente, bem como para verificar se as cláusulas arbitrais são eficazes.⁴⁰

36. HESS, Burkhard; JAUERNIG, Othmar, *op. cit.*, p. 374.

37. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *op. cit.*, p. 1029.

38. ZÖLLER, Richard, *op. cit.*, p. 2568 e ss.

39. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *op. cit.*, p. 1030. Com mais profundidade, ZÖLLER, Richard, *op. cit.*, p. 2573.

40. HESS, Burkhard; JAUERNIG, Othmar, *op. cit.*, p. 375.

Apesar de, na quase totalidade dos casos, as exceções processuais serem alegadas pelo réu, há um caso em que elas podem ser alegadas pelo autor. Assim, ele pode excepcionalmente fazer uso da exceção de arbitragem quando o réu traz uma contrapretensão para compensar, mas essa contrapretensão está sujeita, em razão da relação jurídica da qual se originou, a um contrato de arbitragem.⁴¹

Caso a dúvida sobre a competência preceda a instauração do tribunal arbitral, é possível que as partes requeiram ao tribunal estatal uma declaração de competência. Porém, o fato de haver um tribunal arbitral instalado não as impede de instaurar um processo perante a jurisdição estatal. Não há litispendência entre a jurisdição arbitral e a estatal. Ao final, caso haja duas decisões, é a estatal que prevalece.⁴²

A parte que colabora ativamente com a instalação do tribunal arbitral, indicando, por exemplo, um árbitro, não poderá alegar, no curso da arbitragem, tratar-se de competência estatal para a matéria. Caso questionado, o tribunal arbitral proferirá uma decisão interlocutória a respeito. Contra essa decisão, cabe agravo ao tribunal local no prazo de um mês. Com isso, o legislador atribuiu a *Kompetenz-Kompetenz* à jurisdição estatal. Tal questionamento, porém, não suspende o procedimento arbitral.⁴³

Caso a parte não argua desde logo a incompetência do tribunal arbitral, ela não poderá mais argui-la perante a justiça estatal em eventual ação de suspensão da decisão arbitral, ou em ação declaratória de exequibilidade da decisão arbitral. Com isso, o legislador corrigiu uma tendência jurisprudencial anterior que permitia ao tribunal arbitral dispor de sua competência sem que houvesse controle imediato pela jurisdição estatal. Isso levava a uma longa demora, pois a jurisdição estatal poderia se manifestar a respeito apenas após a conclusão da arbitragem, mas não durante seu funcionamento, o que evidentemente prolongava a demora. Ademais, são nulas eventuais cláusulas do contrato arbitral que prevejam a exclusão de suspensão dos efeitos da decisão arbitral, bem como sua exclusão das ações declaratórias de competência.⁴⁴

Os tribunais têm, de acordo com a lei, competência concorrente com a jurisdição estatal para a concessão de medidas cautelares e tutelas antecipadas. Isso resolveu uma antiga dúvida da doutrina que, em geral, negava aos tribunais arbitrais toda a competência para concessão de medidas cautelares e tutelas antecipadas. Porém, as partes podem, por acordo, excluir essa competência dos tribunais arbitrais. É possível ainda que as partes prevejam no contrato medidas cautelares atípicas, desde que elas não prejudiquem direitos de terceiros.⁴⁵

As medidas cautelares ordenadas pelo tribunal arbitral precisam de declaração de adequação expedida pela justiça estatal. A razão está em que muitas vezes os árbitros não são da

41. THOMAS, Heinz; PUTZO, Hans, *op. cit.*, p. 1322.

42. MUSIELAK, Hans-Joachim, *op. cit.*, p. 2500.

43. THOMAS, Heinz; PUTZO, Hans, *op. cit.*, p. 1329; ZÖLLER, Richard, *op. cit.*, p. 2592.

44. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *op. cit.*, p. 1039.

45. THOMAS, Heinz; PUTZO, Hans, *op. cit.*, p. 1339.

área jurídica, o que leva à necessidade de adaptação das medidas que eles ordenam. Nesses casos, a justiça verifica a validade e a eficácia do contrato, bem como se a medida é ou não proporcional.⁴⁶

É possível dirigir-se tanto à justiça estatal quanto à arbitral após a instauração da arbitragem para requerer medidas cautelares. Isto é, a instauração da arbitragem não afeta, nesse ponto, a competência da jurisdição estatal. A vantagem em requerer diretamente à justiça estatal está na rapidez da concessão e da execução quando a medida tem caráter condenatório; quando tem caráter constitutivo ou declaratório, essa vantagem não se manifesta de forma tão clara. É controversa a possibilidade de exclusão, por contrato de arbitragem, da possibilidade de recurso à jurisdição estatal para a obtenção de medidas cautelares. Parte da doutrina não admite, ao passo que outra parte dá plena liberdade. A doutrina que parece mais abalizada afirma que parece razoável admitir tal convenção, mas apenas nos casos em que a organização arbitral disponha de procedimentos céleres para alcançar o objetivo desejado.⁴⁷

4.5. Forma das cláusulas

A cláusula arbitral pode surgir de duas formas distintas no direito alemão: *a*) como convenção de arbitragem (*Schiedsabrede*), após a existência da lide; *b*) como cláusula arbitral (*Schiedsklausel*), abrangendo lides futuras. Eventuais nulidades decorrentes da desobediência à forma legal serão sanadas se as partes aceitarem a instalação do tribunal arbitral.⁴⁸

Em regra, exige-se forma escrita, o que não significa tratar-se necessariamente de instrumento contratual assinado. Podem ser usadas outras formas, até mesmo *e-mails* privados, desde que contenham assinatura digital. Como o contrato arbitral é contrato distinto do contrato principal, caso este último precise de forma solene, como escritura pública, a exigência não se estende ao contrato arbitral.⁴⁹

Apenas a convenção que submete uma lide à arbitragem deve de ter forma escrita. Por outro lado, a escolha da forma de composição do Tribunal e do procedimento arbitral pode ser feita sem forma específica. Há determinadas regras que geram presunção de consenso entre as partes no âmbito comercial, como, por exemplo, não protestar contra um escrito comercial em que a arbitragem é mencionada ou pressuposta.

4.6. Efeitos processuais

O principal efeito processual produzido pelo contrato de arbitragem é a criação de exceção processual que impede a continuação do processo. Essa exceção só não pode ser oposta

46. ZÖLLER, Richard, *op. cit.*, p. 2609.

47. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *op. cit.*, p. 1041.

48. BRAUN, Johann, *op. cit.*, p. 1187-1188.

49. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *op. cit.*, p. 1031.

caso se argua a nulidade do contrato arbitral. Com efeito, o direito de alegar essa exceção preclui. A exceção de arbitragem atua também nos embargos à execução caso a defesa ali deduzida esteja ligada a questões que estão sendo discutidas no contrato arbitral.⁵⁰

A exceção não será aceita pelo tribunal caso tenha se tornado inexecutível a arbitragem. Isso ocorre especialmente com o esgotamento patrimonial das partes, impedindo-as de desembolsar os valores necessários para a instauração do tribunal arbitral. É possível também não aceitar a alegação de exceção de arbitragem quando for contra a boa-fé processual. Isso ocorre quando a parte que alega criou resistência ao pagamento para a instalação do tribunal arbitral ou carece manifestamente de condições para arcar com tais custos. A mesma solução se impõe quando, perante o tribunal arbitral, argui-se a incompetência da jurisdição arbitral e, em seguida, no processo perante a jurisdição estatal, opõe-se à exceção de arbitragem. Tampouco se admite a oposição dessa exceção por quem litiga perante a jurisdição estatal e só vem a alegar a exceção para evitar a compensação de uma contrapretensão.⁵¹

O contrato de arbitragem impõe um dever de cooperação entre as partes. Trata-se de verdadeiro dever, e não de ônus. Isso se estende ao dever de desembolsar os custos necessários para a montagem do tribunal arbitral.

Caso o contrato arbitral seja firmado apenas por parte dos polos do contrato principal, aqueles que não participaram da convenção só serão obrigados a se sujeitar à arbitragem caso redijam um contrato arbitral em separado. Caso algum deles não concorde e seja preciso envolvê-lo na discussão, a jurisdição competente será a estatal. Há, porém, algumas exceções: *a*) o terceiro, nas obrigações em favor de terceiro, submete-se à arbitragem; *b*) no caso de transmissão das obrigações, transmite-se também o dever de se submeter à arbitragem; *c*) a sucessão universal entre empresas; *d*) a transmissão *ex lege* dos contratos; *e*) o síndico da massa falida. Por outro lado, aqueles que apenas oferecem garantia acessória, tal como o fiador e o assuntor de dívida, não são atingidos.⁵²

O contrato de arbitragem perde a sua eficácia numa série de situações, como *a*) a perda do prazo avençado ou verificação da condição resolutiva; *b*) anulação do contrato de arbitragem; *c*) distrato contratual antes do seu início; *d*) denúncia cheia; *e*) inexecutibilidade do contrato; *f*) recusa do tribunal arbitral em reconhecer sua competência; *g*) após a decisão do tribunal arbitral; *h*) a decisão judicial de que o contrato arbitral é ineficaz; *i*) perda (ou alegação intempestiva) da exceção de arbitragem; *j*) superveniência de sentença judicial que disponha a respeito do conteúdo de uma pretensão que, a princípio, se sujeitava ao contrato arbitral.⁵³

4.7. Relações jurídicas extracontratuais

O livro X da ZPO, que regula a arbitragem em geral, também se aplica à arbitragem que tenha por objeto pretensões extracontratuais. Admite-se, por exemplo, a instituição da

50. BRAUN, Johann, *op. cit.*, p. 1185.

51. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *op. cit.*, p. 1034.

52. MUSIELAK, Hans-Joachim, *op. cit.*, p. 2503.

53. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *op. cit.*, p. 1059.

arbitragem para a resolução de questões ligadas à responsabilidade civil aquiliana. Da mesma forma, também se admite que se regule pela arbitragem a atribuição de herança e legados previstos em testamento ou contrato sucessório (*Erbvertrag*).⁵⁴

É comum que o autor do testamento especifique se quer que submeta à arbitragem apenas a questão relativa à administração dos bens, apenas a da divisão dos bens, ou ambas. Note-se que a cláusula testamentária não impede que os herdeiros não abrangidos no testamento tenham direito à petição de herança. A mesma solução se aplica aos credores do espólio, bem como aos terceiros que tiveram bens erroneamente arrecadados.⁵⁵

5. PROCEDIMENTO ARBITRAL

5.1. Formação do tribunal arbitral

O ideal é que as partes já prevejam no próprio contrato as regras para a formação do tribunal arbitral ou então mencionem um procedimento externo a ser seguido. Essa última prática é bastante usada no caso das câmaras de arbitragem que possuem regulamentação própria. As partes só podem nomear pessoas naturais como árbitros, sendo vedada a nomeação de pessoas jurídicas. Tampouco se admitem como árbitros as próprias partes ou seus representantes. Admite-se a recusa motivada de um árbitro, desde que embasada em imparcialidade ou em falta de independência.⁵⁶

O número de árbitros e a forma de sua nomeação pode ser livremente pactuada pelas partes. Caso não haja tal previsão, a ZPO colmata a lacuna: deverão ser indicados três árbitros com a ajuda do tribunal local (§ 1062, ZPO). É fundamental que se mantenha a igualdade de poder das partes no processo de escolha.⁵⁷

Caso haja mais poder de uma parte do que da outra na indicação de árbitros, admite-se que a parte prejudicada recorra ao tribunal de jurisdição estatal para corrigir o problema. Afinal, não se admite cláusula que preveja a perda do direito de escolha de árbitro em favor de outra parte caso a escolha não seja realizada dentro de determinado prazo. Os árbitros podem ser tanto nomeados no contrato arbitral quanto depois. A declaração de escolha de árbitro é negócio jurídico unilateral receptício: uma vez recebida pela outra parte, não pode mais ser alterada. No entanto, as partes têm grande liberdade para redesenhar o processo de escolha.⁵⁸

Caso as partes não tenham estipulado o processo de escolha dos árbitros, entram em jogo as regras supletivas da ZPO: a lei dispõe que haverá três árbitros, um escolhido por cada parte e um terceiro que será escolhido de comum acordo entre os dois árbitros indicados, servindo como presidente. Caso os dois árbitros não cheguem a um acordo, o tribunal local

54. THOMAS, Heinz; PUTZO, Hans, *op. cit.*, p. 2437.

55. MUSIELAK, Hans-Joachim, *op. cit.*, p. 2585.

56. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *op. cit.*, p. 1046.

57. HESS, Burkhard; JAUERNIG, Othmar, *op. cit.*, p. 376.

58. MUSIELAK, Hans-Joachim, *op. cit.*, p. 2465.

resolverá. É possível ainda que as partes prefiram um só árbitro; podem escolhê-lo, e, caso não cheguem a um acordo, podem recorrer ao tribunal.⁵⁹

A relação entre o árbitro e as partes é feita por meio de um contrato de árbitro. Em geral, o árbitro tem direito à remuneração em face dos litigantes, que, nesse caso, são devedores solidários. A responsabilidade dos árbitros abarca a negligência, mas, no que diz respeito ao conteúdo de sua decisão, respondem eles apenas por dolo. Caso seja necessário haver substituição, o árbitro substituído deverá pagar perdas e danos.⁶⁰ A relação jurídica nasce *ex lege*, tornando-se eficaz apenas com a aceitação do árbitro. A aceitação não precisa ser expressa, bastando o comportamento concludente.⁶¹

A nulidade do contrato de arbitragem não atinge o contrato feito com o árbitro, de forma que ele terá da mesma forma pretensão a receber seus honorários. Um árbitro pode ser recusado por uma das partes caso não preencha os requisitos contratuais, sobretudo caso haja fundadas dúvidas sobre sua parcialidade. As razões da recusa estão na lei e não podem ser ampliadas contratualmente. A avaliação da recusa, caso não seja aceita pela outra parte, será feita pelo tribunal local. Caso a razão para a recusa surja ao longo do procedimento arbitral, ela poderá ser alegada na ação de suspensão da decisão arbitral.⁶²

5.2. Procedimento perante o Tribunal

A doutrina alemã distingue o *direito arbitral estatal* do verdadeiro *procedimento arbitral*: o direito arbitral estatal impõe apenas limites à construção de um procedimento próprio. Já o procedimento arbitral é aquele que rege a arbitragem desde a provocação do tribunal até a prolação da decisão arbitral. A ZPO trata de regras que dizem respeito a ambos os institutos.⁶³

As partes podem, em princípio, desenhar livremente o procedimento (§ 1042, III, ZPO): isso provém da autonomia da vontade. Essa, porém, é delimitada por alguns princípios procedimentais obrigatórios, especialmente o direito ao tratamento igualitário (princípio da paridade processual de armas), segundo o qual se deve conceder a ambas a possibilidade de serem ouvidas judicialmente. Ademais, é inadmissível a proibição de constituição de advogados (§ 1042, ZPO). Há ainda um conjunto de regras dispositivas, previstas no § 1044, ZPO, que apenas entram em jogo se as partes não as tiverem afastado.⁶⁴ Podem-se resumir os princípios gerais a que arbitragem deve obedecer em três: *direito ao contraditório, igualdade entre as partes e representação por advogado*.⁶⁵

59. ZÖLLER, Richard, *op. cit.*, p. 2602.

60. HESS, Burkhard; JAUERNIG, Othmar, *op. cit.*, p. 376.

61. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *op. cit.*, p. 1044.

62. THOMAS, Heinz; PUTZO, Hans, *op. cit.*, p. 1320.

63. HESS, Burkhard; JAUERNIG, Othmar, *op. cit.*, p. 373.

64. HESS, Burkhard; JAUERNIG, Othmar, *op. cit.*, p. 377.

65. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *op. cit.*, p. 1048

É possível ainda permitir que o próprio tribunal arbitral crie as regras na ausência de regulação dessas questões centrais (§ 1042, IV, ZPO). Essa permissão existe para que determinadas câmaras arbitrais possam aplicar suas próprias regras aos casos que lhes forem submetidos.⁶⁶

Normalmente o procedimento é sigiloso: entende-se que o dever de sigilo se aplica aos árbitros inclusive após o término da arbitragem (dever pós-contratual). De acordo com regras dispositivas, o procedimento se inicia quando o réu recebe a notificação do autor de que submeterá a lide ao procedimento arbitral. A notificação não depende de nenhuma formalidade específica. É nesse momento que nasce para as partes a exceção de arbitragem.⁶⁷

Caso ainda não haja a constituição de tribunal arbitral, é preciso que ele seja instalado. A petição inicial deverá ser protocolada em prazo determinado. Caso não seja, o procedimento será encerrado. Se a petição for apresentada intempestivamente, é possível recusá-la. Não há obrigatoriedade de audiência.⁶⁸

É possível escolher livremente o idioma da arbitragem; na dúvida, a lei impõe que o idioma escolhido deverá ser usado tanto nas manifestações escritas quanto nas orais. Admite-se que o tribunal arbitral exija tradução dos documentos.⁶⁹

Os requisitos da petição inicial são menores que no processo estatal. O autor deve identificar sua pretensão e mostrar os fatos, ao passo que o réu deve tomar uma posição a respeito, admitindo-se que reconvenha. Uma reconvenção que alegue compensação só é admitida caso a pretensão contrária não esteja submetida a outro contrato de arbitragem.

Não há nenhum problema na mudança do pedido ou da causa de pedir, ao menos a princípio. Mas caberá ao tribunal arbitral verificar se tais mudanças ocorrem demasiado tarde no processo; em caso positivo, pode recusá-las. Caso o autor não entregue a petição inicial tempestivamente, o procedimento arbitral é logo encerrado, sem que nada se decida a respeito da demanda. Caso, por outro lado, seja o réu quem se manifeste tardiamente, o procedimento continua, mas não se pode, na arbitragem, equiparar a revelia à confissão ficta.⁷⁰

É o próprio tribunal arbitral que decide a respeito da admissibilidade das provas. Durante o procedimento, admite-se que as partes transijam. Nesse caso, é posto fim ao procedimento arbitral por meio de uma decisão terminativa. Caso as partes queiram, é possível que a decisão arbitral contenha a transação das próprias partes, que há de se equiparar, para todos os efeitos, a uma decisão arbitral que resolve a lide (coisa julgada material). Além disso, ela preenche os requisitos formais da escritura pública, caso essa solenidade seja exigida para o negócio jurídico a respeito do qual se transaciona.⁷¹

66. HESS, Burkhard; JAUERNIG, Othmar, *op. cit.*, p. 377.

67. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *op. cit.*, p. 1049.

68. HESS, Burkhard; JAUERNIG, Othmar, *op. cit.*, p. 377.

69. MUSIELAK, Hans-Joachim, *op. cit.*, p. 2506.

70. THOMAS, Heinz; PUTZO, Hans, *op. cit.*, p. 1343.

71. HESS, Burkhard; JAUERNIG, Othmar, *op. cit.*, p. 378.

5.3. Aplicabilidade do direito processual comum

Quanto à aplicabilidade das regras comuns de direito processual, aquelas sobre capacidade processual e capacidade postulatória se aplicam normalmente, devendo ser verificadas de ofício pelo tribunal arbitral. Havendo mais de uma parte em cada polo, aplicam-se as regras a respeito de litisconsórcio. Também se admite a intervenção de terceiros: é possível a denunciação da lide (*Streitverkündung*), que, porém, só tem eficácia se o terceiro voluntariamente concordar em participar, ou se ele estiver, por contrato de arbitragem, sujeito ao tribunal arbitral. Também se admite a assistência (*Nebenintervention*), mas ela depende da concordância de todos os participantes.⁷²

O início do procedimento arbitral não gera o efeito processual da litispêndência, mas gera o efeito material da interrupção da prescrição. Caso a coisa litigiosa seja alienada, o adquirente se sujeita automaticamente ao tribunal arbitral. Admite-se a desistência da ação, mas ela exige a concordância do réu, e não apenas a partir da sua contestação, mas desde o início do procedimento. A recusa do réu precisa ser motivada, demonstrando verdadeiro interesse em ver a lide resolvida.⁷³

Por outro lado, não se aplicam as regras atinentes à interrupção do procedimento em razão da morte da parte, de seu representante, ou da falência da parte.

5.4. Aplicabilidade do direito material

As partes podem escolher a lei de qualquer país para servir de base à solução do litígio. Mas as opções vão além: é possível ainda a escolha da *lex mercatoria* ou da *lex sportiva*. Caso as partes não escolham o direito material a ser aplicado, o próprio tribunal arbitral fará a escolha do direito nacional para a resolução da questão.⁷⁴

Não é preciso que para isso haja autorização específica no contrato; todavia, essa autorização é exigida para a aplicação de tratados e princípios de direito internacional. Da mesma forma, exige-se autorização contratual expressa para a resolução do caso por equidade.⁷⁵

6. DECISÃO ARBITRAL

6.1. Requisitos formais

A decisão arbitral pode produzir as mesmas espécies de eficácia que uma sentença de um tribunal estatal, isto é, constitutiva, declaratória ou condenatória. É possível ainda que ela resolva apenas parcialmente o caso. As decisões interlocutórias, conforme já se mencionou acima, também são admitidas.⁷⁶

72. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *op. cit.*, p. 1052.

73. THOMAS, Heinz; PUTZO, Hans, *op. cit.*, p. 1343.

74. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *op. cit.*, p. 1053.

75. MUSIELAK, Hans-Joachim, *op. cit.*, p. 2522.

76. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *op. cit.*, p. 1054.

A decisão é tomada por maioria, desde que as partes não tenham disposto diferentemente. Os árbitros podem pedir ajuda de terceiros para solucionar questões técnicas. A decisão arbitral deve sempre ter a forma escrita, além de conter disposição a respeito da responsabilidade e de eventual divisão de custas.

Depois de prolatada a decisão arbitral, é possível pedir a correção de cálculos, de redação e de tipografia por meio de requerimento simples. O mesmo instrumento pode ser empregado para que os árbitros expliquem melhor aspectos da decisão que não ficaram claros. Caso a decisão não tenha coberto todos os pontos dos pedidos, é possível requerer que ela seja complementada.⁷⁷

6.2. Efeitos jurídicos

A decisão arbitral produz o efeito de coisa julgada material, podendo ser reconhecida pelo juiz de ofício. Os seus efeitos jurídicos estendem-se a terceiros que sejam sucessores das partes submetidas à arbitragem.

No entanto, há algumas mitigações da sua eficácia típica. Por acordo, as partes podem suspender a decisão arbitral por determinado período. Além disso e apesar de sua eficácia assimilável à da coisa julgada, a exequibilidade da sentença arbitral só nasce caso haja declaração a respeito em ação própria, proposta perante o tribunal estatal.⁷⁸

Como a exequibilidade está intimamente ligada à eficácia condenatória da sentença, a necessidade dessa declaração só se aplica às sentenças de tal espécie; já as sentenças de eficácia constitutiva ou declaratória produzem seus efeitos desde logo.⁷⁹

6.3. Decisões terminativas

Além da decisão que resolve efetivamente a lide, é possível que o tribunal arbitral ponha fim ao processo, tendo-o por inadmissível – como ocorre, por exemplo, quando reconhece sua incompetência para o caso. Isso também se verifica em outros casos em que se declara fato terminativo, como na perda do prazo da petição inicial ou na transação em que não se peça uma sentença homologatória do tribunal arbitral (afinal, nesse caso, a sentença teria força de coisa julgada material).

Outros exemplos de decisões terminativas ocorrem nas seguintes hipóteses: *a)* quando o autor não entrega a petição inicial ou desiste do procedimento arbitral; *b)* quando as partes concordam em encerrar o procedimento; *c)* quando as partes não cooperam para a continuidade do procedimento; *d)* quando outros motivos impedem a continuação do procedimento.⁸⁰

77. THOMAS, Heinz; PUTZO, Hans, *op. cit.*, p. 1355.

78. MUSIELAK, Hans-Joachim, *op. cit.*, p. 2536.

79. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *op. cit.*, p. 1057.

80. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *op. cit.*, p. 1059.

6.4. Recorribilidade

A decisão arbitral pode ser corrigida, complementada ou interpretada por outra decisão arbitral (§ 1058, ZPO). Porém, não há recurso à jurisdição estatal quanto ao mérito da decisão, nem se admite que tal espécie de recurso possa ser convencionada pelas partes. A única possibilidade de questionamento da decisão arbitral nacional se faz por meio de um requerimento ao tribunal de justiça local (OLG) para que seja retirada a eficácia da decisão arbitral em casos especificados na própria legislação.⁸¹

As causas de nulidade da decisão arbitral podem ser conhecidas de ofício pelo tribunal. Os exemplos mais comuns são a incompetência material e a violação a regras de ordem pública; entre os que dependem de alegação, o mais comum é a alegação de que a decisão arbitral foi além dos limites convencionados pelas partes. As mesmas razões que permitem essa suspensão da decisão arbitral também obstam à exequibilidade da sentença.⁸²

Suspensa a sentença arbitral, nalguns casos é admitido que o tribunal local devolva o caso ao tribunal arbitral. Isso apenas não acontece quando se reconhece, por exemplo, a nulidade da cláusula arbitral. Noutros casos, é preciso que o tribunal arbitral seja novamente instaurado. São causas de suspensão, por exemplo: *a)* incapacidade subjetiva para se submeter à arbitragem; *b)* nulidade do contrato de arbitragem; *c)* graves violações do procedimento arbitral, como informações insuficientes sobre a escolha dos árbitros, da instalação do tribunal arbitral, limitação dos meios de defesa, decisão *extra petita* (ou, no caso, *extra contractum*) ou outro erro grave, como julgamento por equidade sem autorização expressa; *d)* falta de competência material para a arbitragem; *e)* outras questões de ordem pública, como a desconsideração do princípio da boa-fé ou cerceamento de defesa.⁸³

O pedido de suspensão deve de ser apresentado ao tribunal local. É preciso demonstrar o interesse na suspensão. Admite-se também que o próprio assistente apresente tal pedido. O prazo é de três meses, tendo seu termo inicial contado a partir da última decisão proferida pelo tribunal arbitral.

Não se admite pedido de suspensão se a questão já estiver sendo analisada no pedido de declaração de exequibilidade da decisão arbitral. Ademais, o tribunal local não substitui a decisão arbitral. Quando possível, ela declara apenas a ineficácia daquilo que é *extra petita*. No geral, o tribunal estatal devolve a matéria ao tribunal arbitral. Da decisão do tribunal estatal local cabe recurso ao BGH que, correspondendo aproximadamente ao STJ brasileiro, analisa apenas as questões de direito.⁸⁴

7. EXECUÇÃO DA DECISÃO ARBITRAL

Para que as decisões arbitrais de eficácia condenatória possam ser executadas na justiça estatal, é preciso que esta última declare sua exequibilidade. Essa declaração pode ser

81. MUSIELAK, Hans-Joachim, *op. cit.*, p. 2536.

82. THOMAS, Heinz; PUTZO, Hans, *op. cit.*, p. 1357 ss.

83. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *op. cit.*, p. 1061.

84. ZÖLLER, Richard, *op. cit.*, p. 2635 ss.

substituída por um tabelião caso a sentença tenha apenas homologado a transação havida entre as partes.⁸⁵

O tribunal local verificará se está presente alguma das causas de suspensão da decisão arbitral. Caso a decisão arbitral seja de outro país, exige-se apenas que ela não tenha sido suspensa no país de origem.

A decisão de exequibilidade ainda não pertence ao processo de execução; é considerada parte do processo de conhecimento. As defesas passíveis de alegação nesse procedimento que não ataquem diretamente a decisão devem de ser supervenientes à decisão arbitral.⁸⁶

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tomando por base a exposição do direito arbitral alemão, é possível perceber que os conceitos de jurisdição estatal e de jurisdição arbitral são compatíveis; não há nenhum problema em reconhecer como jurisdição uma outra além da estatal. A razão é simples: *a própria jurisdição estatal está obrigada a respeitar os limites dados pela lei e pelo contrato à jurisdição arbitral.*

É importante reconhecer que há institutos tradicionais – especialmente aqueles que se assemelham à arbitragem, mas que com ela não se confundem – que apresentam situações similares, isto é, convenções privadas que apontam um terceiro para a resolução de uma determinada questão. Justamente por se aproximar da função típica da jurisdição é que se faz necessário estender alguns deveres do juiz a esses terceiros. Dito de outra forma: *quando a jurisdição reconhece a competência de um terceiro para a resolução de um conflito* – ou quando reconhece sua limitação na resolução de todos os conflitos, emprestando sua jurisdição a esses terceiros –, *exige que aquele se comporte dentro de determinados padrões de conduta.*

É claro que a arbitragem gera uma preocupação maior, pois a resolução de uma questão complexa leva necessariamente à mimetização de determinadas estruturas típicas do processo. *A liberdade que se dá às partes não é para alterar os valores fundamentais da estrutura processual que deva levar à descoberta da verdade* – valores como a ampla defesa e a imparcialidade do julgador são inafastáveis – mas, antes, a liberdade concedida permite a reestruturação dos procedimentos a serem obedecidos. Isso é natural, desde que se reconheça a existência de mais de um desenho institucional e estrutural do processo que leve, com eficácia semelhante, ao mesmo resultado axiológico.

A possibilidade de se aceitar a arbitragem como verdadeiro exercício de jurisdição está justamente neste ponto: *admite-se que as partes remodelam o desenho estrutural do processo, afastando-o do processo civil comum, desde que o façam para atingir os mesmos fins dele.* O reconhecimento do caráter jurisdicional está, portanto, no reconhecimento de determinados valores do sistema jurídico, e não na autoridade prolatora da decisão.

85. THOMAS, Heinz; PUTZO, Hans, *op. cit.*, p. 1361.

86. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *op. cit.*, p. 1064-1065.

No caso do direito arbitral alemão, isso pode ser facilmente reconhecido pelo controle rigoroso que os tribunais estatais exercem em relação à paridade de armas das partes na composição do tribunal arbitral. Eles não exigem uma forma específica de escolha, já que as regras da ZPO a respeito são dispositivas; exigem, em vez disso, que o princípio, que é meio de garantir os valores fundamentais do processo, seja obedecido, ainda que com meios distintos daqueles previstos na ZPO.

Todo o controle a que o tribunal estatal pode submeter uma decisão arbitral – seja na suspensão da decisão, seja na declaração de sua exequibilidade – pode ser resumido numa questão de imperativo hipotético: *a estrutura processual utilizada neste caso específico de arbitragem é apta a garantir suficientemente os valores basilares que informam o processo civil comum?*

Quanto à justiça da decisão, as possibilidades são mais amplas. Mas é interessante notar a particularidade de que, além de as partes poderem indicar qualquer direito nacional, *lex mercatoria* ou *lex sportiva*, o próprio tribunal arbitral pode escolher um desses, desde que não haja disposição específica. A razão é simples: reconhece-se que, *para a justiça material de uma decisão, é importante que seja aplicado um conjunto harmônico de regras, isto é, um sistema jurídico*. Uma decisão tem alta probabilidade de ser injusta se aplicar, para uma parte dela, um determinado direito, e, para outra parte, outro direito.

A razão está em que a justiça material depende, no fundo, da unidade e da sistematicidade das soluções dadas num determinado ordenamento; estes predicados são muito mais facilmente encontráveis quando se aplica um direito nacional específico. Por outro lado, o julgamento por equidade, que, na Alemanha, depende de autorização específica, pode carecer justamente dessa sistematicidade e dessa unidade, de forma que situações muito similares sejam resolvidas de forma distinta, estabelecendo uma diferenciação sem base axiológica.

No entanto, é preciso verificar que mesmo os postulados mínimos para a obtenção de uma decisão materialmente justa também tomam a forma de uma avaliação por imperativo hipotético, que poderia ser resumido na seguinte questão: *a escolha do direito material pelo tribunal arbitral é suficientemente apta a preservar a resolução equânime de todas as questões apresentadas?*

Com base em tudo isso, é possível afirmar que não há nenhuma dificuldade em reconhecer a coexistência de uma jurisdição estatal ao lado da jurisdição arbitral, uma vez que aquela apenas verifica se a última seguiu os valores fundamentais do ordenamento. Na Alemanha, como essa verificação é feita pelo tribunal local – e não pelo juízo de primeira instância –, percebe-se com clareza como o poder de intervenção da jurisdição estatal é muito menor em relação à decisão arbitral que em relação à decisão de um juízo de primeira instância.

A concepção de que a jurisdição pode ser múltipla e que suas concretizações se reconhecem mutuamente está justamente na percepção de que eventual conflito entre as duas espécies de jurisdição se resolve sempre por uma avaliação da eficácia de um determinado desenho da estrutura de caráter processual em relação ao atingimento de determinados princípios fundamentais num ordenamento jurídico. Isso, contudo, não é uma exigência formulada exclusivamente para a arbitragem, mas é uma exigência imposta a qualquer atividade que tenha por finalidade a resolução de uma lide. O fato de essa exigência se tornar

um requisito para o seu reconhecimento pela jurisdição estatal é, na verdade, o próprio reconhecimento da jurisdição estatal que esse ato também desempenhou atividade jurisdicional e deve, como a própria jurisdição estatal, submeter-se a determinados princípios.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AUBERT, Eduardo Henrik. *Ensaio sobre a dogmática jurídica*. São Paulo: Almedina, 2022.
- BRAUN, Johann. *Lehrbuch des Zivilprozessrechts: Erkenntnisverfahren*. Tübingen: Mohr, 2014.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 1.
- HESS, Burkhard. *Zivilprozessrecht: ein Studienbuch*. 30. ed. München: Beck, 2011.
- KISCHEL, Uwe. *Rechtsvergleichung*. München: Beck, 2015.
- LARENZ, Karl. *Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. Berlin: Walter de Gruyter, 1966.
- METTLACH-PINTER, João Carlos. *Summa divisio do direito civil patrimonial: estrutura, sistematização e sentido da distinção entre direitos reais e obrigacionais*. Curitiba: Juruá, 2023.
- MOSES, Margaret L. *The principles and practice of international commercial arbitration*. Cambridge: CUP, 2008.
- MUSIELAK, Hans-Joachim. *Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*. 6. ed. München: Vahlen, 2008.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 2012. v. 25.
- ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*. 17. ed. München, Beck, 2010.
- THOMAS, Heinz; PUTZO, Hans; REICHOLD, Klaus; HÜSSTEGE, Rainer; SEILER, Christian (org.). *Zivilprozessordnung*. München: Beck, 2011.
- VON IHERING, Rudolf. *Geist des römischen Rechts*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, 1954. v. 3.
- ZÖLLER, Richard. *Zivilprozessordnung*. 27. ed. Köln: Otto Schmidt, 2009.



PESQUISA DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Arbitragem

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Introdução ao direito processual civil internacional alemão, de Heinrich Nagel e José Camurça – *RePro* 54/61-122.

Uso exclusivo – proibida a veiculação

UMA CONTRIBUIÇÃO À DISCUSSÃO ACERCA DA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NA ARBITRAGEM: A VINCULATIVIDADE DOS PRECEDENTES SE ESTENDE AO JUÍZO ARBITRAL?

A CONTRIBUTION TO THE DISCUSSION ABOUT THE APPLICATION OF PRECEDENTS IN ARBITRATION: DOES THE BINDING OF PRECEDENTS EXTEND TO THE ARBITRATION COURT?

Assista agora aos comentários do autor para este artigo



MATEUS GARCIA BRIDI

Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pesquisador do Grupo de Pesquisa "Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas" (DDIR/UFES – dgp. cnpq.br/dgp/espelhogrupo/1880957474570858). Bolsista CAPES vinculado ao programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).
bridimateus@gmail.com

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Arbitragem

RESUMO: Trata-se de pesquisa voltada a ampliar a discussão acerca da vinculatividade dos precedentes quando tratamos de sua aplicação na arbitragem. Revela-se indiscutível a importância e o valor vinculante dos precedentes na jurisdição estatal, principalmente com o advento do CPC/2015. Todavia, essas premissas são aplicáveis ao juízo arbitral? Essa é a pergunta sobre a qual este artigo se debruçará e irá buscar responder. Para tanto, realizou-se uma revisão da literatura jurídica nacional acerca das posições doutrinárias favoráveis e desfavoráveis à vinculatividade dos precedentes no procedimento arbitral, bem como uma análise do ordenamento jurídico brasileiro,

ABSTRACT: This research aims to broaden the discussion on the binding nature of precedents when applied in arbitration. The importance and binding value of precedents in the state jurisdiction, particularly with the advent of the CPC/2015, are undeniable. However, are these premises applicable to the arbitral tribunal? This is the question that this article will delve into and seek to answer. To do so, a review of national legal literature was conducted regarding doctrinal positions both in favor and against the binding nature of precedents in the arbitral procedure. Additionally, an analysis of the Brazilian legal system was carried out, along with a brief historical digression on precedents

além de uma breve digressão histórica dos precedentes e da arbitragem para chegar a conclusões concretas sobre o objeto da pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes – Arbitragem – Vinculatividade – Poder Judiciário – Código de Processo Civil.

and arbitration, in order to arrive at concrete conclusions regarding the research topic.

KEYWORDS: Precedents – Arbitration – Binding – Judiciary – Civil Procedure Code.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Noções conceituais sobre precedentes e arbitragem. 3. O silêncio do CPC/2015 acerca da vinculatividade dos precedentes ao procedimento arbitral. 4. A relação de independência entre jurisdições estatal e arbitral. 5. A exceção do inc. I do art. 927 do CPC. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Após o advento do Código de Processo Civil de 2015, os precedentes ganharam um lugar de maior destaque no ordenamento jurídico brasileiro, exemplo disso é a expressa disposição sobre o tema, no art. 927 do diploma processual, no qual o legislador demonstrou a necessidade de observância aos precedentes emanados pelo STJ e pelo STF. Registra-se que, para fins de pesquisa, quando falarmos de precedentes, estaremos considerando aqueles dispostos no art. 927 do CPC.

Por sua vez, a arbitragem passou a ser regulada, no Direito brasileiro, a partir da Lei 9.307/1996, a qual foi reformada pela Lei 13.129/2015. Trata-se de jurisdição privada, cabendo às partes optar pela arbitragem em detrimento do Poder Judiciário.

A arbitragem figura como um dos métodos de solução alternativos de conflitos, vez que cabe às partes optar pela utilização da arbitragem para dirimir conflitos referentes a direitos patrimoniais disponíveis.

Para tanto, podem as partes escolher livremente as regras de direito a serem aplicadas para a solução do conflito, bem como as regras procedimentais com base na autonomia privada que é conferida pela arbitragem – desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública – sujeitando a resolução do conflito a um terceiro (árbitro) não integrante do Poder Judiciário.

Ocorre que a expressa inserção dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro trouxe reflexos em diversas áreas e institutos do Direito, entre eles sua aplicação ou não no procedimento arbitral.

Afinal, a autonomia privada inerente à arbitragem, a relação de independência e a ausência de submissão entre o Poder Judiciário – e via de consequência, do CPC – e a arbitragem, implicam em ausência de vinculatividade dos precedentes judiciais nesse procedimento privado?

Tal discussão ainda é palco de controvérsias e discordâncias doutrinárias, sendo impossível afirmar se existe uma posição majoritária. Entretanto, esse tema vai além de meros debates doutrinários, uma vez que traz repercussões práticas e influencia na formulação da decisão final do árbitro.

Por essa razão, a discussão merece ser ampliada, com base na literatura jurídica nacional e no ordenamento jurídico pátrio, investigando-se a possibilidade de não vinculação do árbitro aos precedentes judiciais.

Para isso, propõe-se que os precedentes judiciais, apesar de terem sua observância e sua aplicação imperiosas na jurisdição estatal, não vinculam, obrigatoriamente, o árbitro na formulação de sua decisão final, incumbindo ao árbitro a sua aplicação ou não no conflito a ele submetido, mas nunca vinculando-o de forma imperativa, como acontece na jurisdição estatal.

2. NOÇÕES CONCEITUAIS SOBRE PRECEDENTES E ARBITRAGEM

Antes de adentrar no cerne da discussão proposta por esta pesquisa, imperioso trazer noções conceituais sobre os precedentes judiciais e a arbitragem, a fim de realizar uma melhor apresentação dos conceitos que se dialogaram ao longo desta pesquisa.

Sobre os precedentes judiciais, utilizaremos o conceito do doutrinador Hermes Zaneti Júnior¹, que compreende os precedentes como sendo um resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso paradigma e suas circunstâncias fáticas e jurídicas, bem como sua aplicação ao caso atual, extraindo-se sua *ratio decidendi* como o núcleo do precedente.

Nesse contexto, evidente que os precedentes trouxeram uma grande mudança de paradigma ao Código de Processo Civil de 2015, com grandes impactos no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo uma força normativa ao novo CPC que não era vista no código anterior. No novo diploma, o legislador trouxe expressamente o dever de vinculação dos juízes e tribunais aos precedentes judiciais, conforme o art. 927.

Essa mudança de paradigma ocasionada pelo advento do CPC/2015 consiste em abandonar o caráter meramente persuasivo da jurisprudência anterior – como era no antigo CPC de 1973 – para assumir um papel normativo dos precedentes que temos hoje (precedentes vinculantes), com objetivo de assegurar a racionalidade ao direito e, ao mesmo tempo, reduzir a discricionariedade e o ativismo judicial subjetivista e decisionista².

Nesse sentido, os juízes e tribunais são menos livres e mais responsáveis pela interpretação no âmbito dos precedentes do que da mera legalidade. Ambos – Lei e Precedentes – vinculam e tem caráter normativo. Essa é a grande mudança, o modelo de precedentes não é

1. ZANETI JUNIOR, Hermes. Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 235, p. 293-349, set. 2014.
2. ZANETI JUNIOR, Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes: a formalização das fontes jurisprudenciais. *Ius et Tribunalis*, Huancayo, v. 1, n. 1, out. 2015. p. 34. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.18259/iet.2016003].

uma forma de desvincular o juiz da aplicação da lei, mas sim um meio de vincular a discricionariedade do juiz na interpretação da lei, controlando a sua autoridade de forma democrática ao universalizar a decisão para os casos futuros (formação de precedentes) e o que já foi decidido em casos anteriores (aplicação do precedente)³.

Por sua vez, a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996) também representa um rompimento de paradigmas no que se refere ao antigo diploma do CPC/1973. Neste diploma processual, manteve-se a obrigação original de intervenção do Poder Judiciário para resolução de conflitos, contudo, em 1996, com o advento da Lei de Arbitragem, esse modelo de resolução de conflitos passou a ter forma, vez que revogou a referida previsão sobre arbitragem estabelecida no CPC/1973⁴.

Na jurisdição arbitral, as partes possuem ampla autonomia privada para escolher o juiz da causa, adotar o procedimento que entenderem ser mais adequado às particularidades do caso, eliminar eventuais preclusões processuais, instituir a confidencialidade. E, ainda, podem dispor sobre o direito a ser aplicado no caso concreto⁵.

Em sua essência, a Lei de Arbitragem surge com a finalidade de regular esse método de solução alternativa de conflitos, que tem por pressuposto básico um procedimento menos formal, célere e presidido por um terceiro imparcial (árbitro) com maior *expertise* no assunto objeto do litígio.

O CPC/2015 incorporou a arbitragem em seus dispositivos, evidenciando essa mudança de paradigma, principalmente ao enunciar que a sentença arbitral tem força de título executivo judicial, assim como a sentença proferida pela jurisdição estatal, equiparando-as e retirando a necessidade de homologação da sentença arbitral.

Em um panorama, a nova perspectiva dada aos precedentes judiciais com o advento do CPC/2015, bem como a instituição da Lei de Arbitragem, e, posteriormente, sua expansão no próprio CPC/2015 trouxeram reflexos na aplicação e no diálogo entre esses dois temas no Direito brasileiro.

3. O SILÊNCIO DO CPC/2015 ACERCA DA VINCULATIVIDADE DOS PRECEDENTES AO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Ao contrário do CPC/1973, o legislador no novo CPC buscou consagrar expressamente a possibilidade de utilização da jurisdição privada da arbitragem na solução de conflitos levado pelas partes à sua apreciação. Exemplo disso é a expressa previsão, na Parte Geral,

3. ZANETI JUNIOR, Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes: a formalização das fontes jurisprudenciais. *Ius et Tribunalis*, Huancayo, v. 1, n. 1, p. 38-39, out. 2015. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.18259/iet.2016003].
4. DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. Justiça multiportas e os conflitos envolvendo a administração pública: arbitragem e os interesses públicos disponíveis. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 3 p. 361-383, 2020.
5. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 26.

Livro I, Capítulo I, do referido diploma processual, em seu art. 3º § 1º: “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei”.

De igual modo, o legislador fez referência à arbitragem em diversos dispositivos do Código, contudo, se manteve silente quanto ao dever do juízo arbitral em observar os precedentes judiciais ao proferir suas decisões.

Basta uma leitura dos dispositivos do CPC para observar o cuidado do legislador ao dispor sobre arbitragem e versar sobre a competência (art. 42), cooperação nacional, carta arbitral e confidencialidade dos atos (art. 69, § 1º, e arts. 189, IV, 237, IV, 260, § 3º e 267), preliminar de contestação (art. 337, X, §§ 5º e 6º), sentença que extingue o processo, sem resolução do mérito (art. 485, VII), títulos executivos judiciais (art. 515, VII), competência para o cumprimento de sentença arbitral (art. 516, III), homologação de decisão arbitral estrangeira (art. 960, § 3º), efeito devolutivo a ser conferido ao recurso de apelação interposto contra sentença que acolhe o pedido de instituição de arbitragem (art. 1.012, § 1º, IV), cabimento de agravo de instrumento contra a decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem (art. 1.015, III), além de ter alterado, no art. 1.016, o art. 33, § 3º, da LA⁶.

Veja-se que em nenhum momento o legislador realizou qualquer menção à arbitragem quando observamos os dispositivos que tratam acerca dos precedentes, principalmente no art. 927 do CPC, o qual essa pesquisa se debruça. A redação do art. 927 é clara ao afirmar que “os juízes, os tribunais observarão [...]”.

Se o legislador realmente tivesse a intenção de incluir os árbitros no referido dispositivo, teria expressamente disposto que “os juízes, os tribunais, e os árbitros observarão [...]”. Porém, assim não o fez, vez que não era sua intenção estabelecer a vinculatividade dos precedentes ao procedimento arbitral.

Seria um verdadeiro engano concluir de modo diverso, no sentido de que o legislador, ao se referir aos “juízes” e “tribunais”, no art. 927 do CPC, estaria deixando subentendida, por simetria, a observância aos precedentes estatais, também no âmbito da arbitragem, estendendo-se o entendimento também aos árbitros e aos tribunais arbitrais⁷.

Caso essa fosse a vontade do legislador, teria ele expressamente feito constar no artigo “os árbitros e tribunais arbitrais”, como assim o fez em diversos outros dispositivos do CPC, conforme demonstrado acima.

Ademais, não vemos como defender a possibilidade de o art. 927 do CPC ser interpretado como norma de teoria geral do direito e transetorial, alcançando todo o ordenamento jurídico. Admitir essa extensão poderia ocasionar uma grave insegurança jurídica entre os sistemas, posto que as regras de um sistema poderiam se sobrepor sobre outras regras de outro sistema, sem que essa vontade fosse manifestada pelo legislador⁸.

6. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 383.

7. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 383.

8. ORENGA, Danilo. *Arbitragem e precedentes judiciais*. São Paulo: Almedina, 2023. Coleção CBAr. E-book. Disponível em: [<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556277745/>]. Acesso em: 29.06.2023, p. 144.

Por outro lado, ao visualizar os dispositivos da Lei de Arbitragem, não há qualquer menção à aplicação dos precedentes no procedimento arbitral. A própria ausência de observação aos precedentes não enseja ação anulatória, conforme dispõe o rol taxativo do art. 32, em que elenca as seguintes hipóteses:

- I – for nula a convenção de arbitragem;
- II – emanou de quem não podia ser árbitro;
- III – não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;
- IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
- V – (Revogado);
- VI – comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
- VII – proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e
- VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.”

Ainda que se entendesse pela vinculatividade dos precedentes ao procedimento arbitral, na mesma medida que a lei, não há hipóteses para ajuizamento de ação anulatória, tampouco deve haver o alargamento do rol previsto no art. 32 para permitir o controle judicial tão só pelo argumento de ofensa ao precedente, de modo que a anulatória será cabível apenas nas hipóteses de ofensa às garantias processuais, falta de fundamentação ou desrespeito à convenção de arbitragem, na exata medida em que seria se se cogitasse de violação à lei⁹.

É válido, também, fazer menção ao art. 18 da Lei de Arbitragem, o qual dispõe que “o árbitro é juiz de fato e de direito [...]”. Neste ponto, equivocada a doutrina que defende o dever de observância dos precedentes com base no referido artigo, uma vez que igualaria os deveres do árbitro ao dos juízes do poder judiciário, dentre eles, o de observar os precedentes.

Isso porque a norma insculpida no mencionado art. 18 tem o escopo de conferir o poder jurisdicional do árbitro, e por conseguinte, chancelar a natureza da arbitragem, ao expressar de forma inequívoca, que a sentença por ele proferida não ficaria sujeita a recurso ou homologação do Poder Judiciário¹⁰.

Portanto, seria um equívoco dizer que o legislador foi silente quanto à vinculatividade dos precedentes à arbitragem no CPC ou na Lei de Arbitragem em razão de um descuido ou até mesmo um “cochilo”; não o fez justamente pela não vinculatividade dos precedentes na arbitragem, seja pela autonomia das partes para disporem sobre o procedimento e direito a ser aplicado, bem como por entenderem a relação de independência e ausência de hierarquia entre os institutos, ponto que será debatido no tópico seguinte.

9. TEMER, Sofia. Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória. *Revista de Processo* São Paulo, v. 278, p. 523-543, abr. 2018.

10. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 383.

4. A RELAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA ENTRE JURISDIÇÕES ESTATAL E ARBITRAL

Tanto o procedimento arbitral como o processo civil encontram-se sob a égide de um mesmo sistema de justiça, no qual as regras do processo civil podem influenciar o procedimento arbitral, contudo, isso não significa a existência de qualquer relação de submissão ou dependência entre os institutos.

Quando se fala em influência do direito processual estatal na arbitragem, é preciso compreender que isso não significa que as regras processuais devem ingressar, de fato, na realidade arbitral, mas sim que os princípios do direito processual estatal influenciam em certa medida o procedimento arbitral, tais como a bilateralidade da audiência, oralidade e concentração dos atos¹¹.

Vale dizer que essa transição não torna a arbitragem dependente do processo estatal, uma vez que ela também possui seus próprios princípios, seus institutos, ainda que montados em formato diverso do aparato processual estatal¹². Até esse ponto da pesquisa, buscou-se, brevemente, demonstrar a inexistência de subordinação ou dependência entre arbitragem e processo estatal.

A partir disso, a compreensão quanto à autonomia existente entre as duas jurisdições (arbitral e estatal) é ponto de partida para a compreensão da inaplicabilidade, como regra, dos precedentes judiciais aos julgamentos arbitrais.

No que concerne aos precedentes, Owen Fiss assevera que, primeiramente, para chegar-se a alguma conclusão sobre esse debate, devemos observar as principais diferenças entre as jurisdições particular e estatal:

“A arbitragem assemelha-se à jurisdição pelo fato de também procurar um julgamento correto, justo, verdadeiro. Há, no entanto, uma diferença importante nos dois processos decorrente da natureza do órgão decisor – um privado, o outro público. Árbitros são pagos pelas partes; escolhidos pelas partes; e influenciados por uma série de práticas (como uma relutância em redigir opiniões ou gerar precedentes) que localizam ou privatizam a decisão. A função do árbitro é resolver uma disputa. A função do juiz, por outro lado, deve ser compreendida em termos inteiramente diferentes: ele é um agente público, não é escolhido pelas partes mas pelo público ou seus representantes [ou por outros processos públicos, como o concurso público de provas e títulos], e investido pelos órgãos políticos [no Brasil, exceto no primeiro grau de jurisdição] para criar e impor normas de amplitude social (...) como um meio de dar sentido aos nossos valores públicos¹³”

11. CARMONA, Carlos A.; LEMES, Selma F.; MARTINS, Pedro B. *20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*, Grupo GEN, 2017. *E-book*. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597013276/]. Acesso em: 29.06.2023. p. 65.
12. CARMONA, Carlos A.; LEMES, Selma F.; MARTINS, Pedro B. *20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*, Grupo GEN, 2017. *E-book*. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597013276/]. Acesso em: 29.06.2023. p. 65.
13. FISS, Owen. The forms of justice *Law Review*, p. 30-31 apud MARINONI, Luiz Guilherme. *Rápidas observações sobre a arbitragem e jurisdição*, p. 9. Disponível em: [https://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/arbitragem-e-jurisdiacao_marinoni.pdf]. Acesso em: 29.06.2023.

Nessa perspectiva, urge a necessidade de indagar a “razão de ser” dos precedentes, e sua função na jurisdição estatal em contraponto à arbitragem.

As disposições previstas no CPC, com destaque à vinculação obrigatória dos precedentes judiciais, visam a regular o processo civil e a melhor solução dos conflitos submetidos à jurisdição estatal, e não aos demais sistemas, entre eles, o arbitral¹⁴.

A relevância adquirida pelo precedente e sua necessidade de aplicação quando diante da jurisdição estatal se justificam em razão do elevado número de ações judiciais submetidas ao Poder Judiciário, além de combater a insegurança jurídica vertical, fruto de decisões desoantes para casos semelhantes. Portanto, ao estabelecer um precedente judicial, os tribunais obstam a interposição de recursos aos tribunais superiores, bem como evitam o ajuizamento de demandas já solucionadas pelo caso paradigma.

O resultado prático que se busca alcançar com o sistema de precedentes judiciais é justamente conferir maior estabilidade a esse sistema, fazendo com que, a partir dessa previsibilidade de futuras decisões, tenhamos um menor número de processos em trâmite na justiça estatal. Nesse sentido, Danilo Orenga faz importante constatação:

“Todos esses elementos são completamente estranhos à realidade da arbitragem, posto que essas técnicas de julgamento e solução de conflitos são estranhas ao procedimento arbitral, que não possui um sistema de duplo grau de jurisdição, não possui jurisprudência própria e tampouco está vinculado aos tribunais superiores do Poder Judiciário. Não por menos se diz que, com a escolha da arbitragem, há a renúncia da jurisdição estatal e, por consequência, das suas regras processuais e técnicas de julgamento que não sejam expressamente adotadas pela Lei de Arbitragem ou por vontade das partes no momento da celebração do Termo de Arbitragem¹⁵.”

Carlos Alberto Carmona é ainda mais enfático:

“Tenho insistido – para espanto de muitos, especialmente daqueles que não estudam o Direito Processual com a necessária profundidade – que o Código de Processo Civil não se aplica à arbitragem. Parece heresia. Não é. Se os princípios do processo civil orientam e permeiam o processo arbitral (como também permeiam o processo constitucional, o processo administrativo, o processo tributário), o Código de Processo Civil tem utilização bem mais restrita e deve ser consultado no âmbito dos tribunais estatais. Princípio é uma coisa, lei é outra, de modo que os princípios gerais do processo são aplicáveis, é claro, a todos os processos, entre eles o arbitral, sem que haja necessidade de recorrer às normas processuais codificadas que regem o processo estatal. Isto significa que o processo arbitral encontra um ambiente aberto à flexibilidade, o que não acontece em

14. ORENGA, Danilo. *Arbitragem e precedentes judiciais*. São Paulo: Almedina, 2023. Coleção CBar. E-book. Disponível em: [<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556277745/>]. Acesso em: 29.06.2023. p. 145.

15. ORENGA, Danilo. *Arbitragem e precedentes judiciais*. São Paulo: Almedina, 2023. Coleção CBar. E-book. Disponível em: [<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556277745/>]. Acesso em: 29.06.2023. p. 145.

nossas abafadas cortes estatais. Esta flexibilidade procedimental, como é natural, torna os árbitros muito menos engessados que o juiz togado, permitindo-lhes experimentar novos e variados meios de descobrir fatos e aumentar sua capacidade de entender o direito que devem aplicar¹⁶?

Nesse momento, buscamos demonstrar que a razão de existir dos precedentes foi idealizada como forma de trazer estabilidade e segurança jurídica ao Poder Judiciário, alcançando, como exposto acima, maior previsibilidade das decisões, e via de consequência, um menor número de recursos e demandas ajuizadas.

Reafirma-se: todos esses elementos são estranhos ao procedimento arbitral. Para melhor visualização, expõe-se, por exemplo, a impossibilidade de revisão do mérito da sentença proferida pelo juízo arbitral; a taxatividade das hipóteses de anulação de sentença arbitral na jurisdição estatal; a inexistência de duplo grau de jurisdição; impossibilidade de interposição de recursos, entre outros.

Superada essa discussão, interessa-nos dizer que não deixamos de reconhecer os precedentes como uma das fontes de direito, as quais compõem, sem dúvidas o ordenamento jurídico brasileiro.

Discordamos, entretanto, dos posicionamentos de Luis Felipe Salomão e de Rodrigo Fux¹⁷, que defendem os precedentes como sendo uma das fontes normativas principais do nosso ordenamento jurídico, tratando sua aplicação como pura aplicação do direito, bem como uma fonte imediata e obrigatória do direito.

Filiamo-nos às posições de Danilo Orenge e Joel Dias Figueira Júnior, no sentido de que os precedentes judiciais são fonte de direito e compõem o ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser ponderados no exercício da função jurisdicional do árbitro. Contudo, essa afirmação não implica na imediata e obrigatória importação à arbitragem de remédios processuais ou mudanças procedimentais previstas para o processo judicial¹⁸.

A influência exercida pelos precedentes na arbitragem se dá enquanto fonte normativa secundária¹⁹. Com essas premissas claras, podemos afirmar que os precedentes judiciais têm influência na arbitragem, mas não vinculam os árbitros, uma vez que é absolutamente normal se apoiar em decisões pretéritas para construir uma solução para o caso atual²⁰.

Para além disso, é claramente possível que os árbitros se amparem em fontes secundárias ao proferir suas decisões, com o objetivo de garantir uma prestação jurisdicional adequada

16. CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 28, p. 47-63, 2011.
17. SALOMÃO, Luis Felipe; FUX, Rodrigo. Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle. *Revista Cej*, Brasília, v. 80, p. 7-20, 2020.
18. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 382.
19. BORN, Gary B. *International arbitration: law and practice*. 2. ed. Kluwer Law International, 2015. p. 374.
20. ORENGE, Danilo. *Arbitragem e precedentes judiciais*. São Paulo: Almedina, 2023. Coleção CBAr. E-book. Disponível em: [<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556277745/>]. Acesso em: 29.06.2023. p. 152.

e bem-fundamentada, sem que isso indique qualquer tipo de inferioridade ou submissão dos árbitros ao Poder Judiciário²¹.

Compactuando do mesmo pensamento, assevera Rômulo Greff Mariani:

“Trata-se de algo básico a busca por experiências pretéritas para se buscar a melhor atuação no presente. Nesse sentido, a análise e aplicação dos precedentes sob a perspectiva das partes (i) ainda antes de instaurado o litígio, comumente influencia suas decisões, consciente ou inconscientemente; e (ii) dentro de um processo, é naturalmente utilizada na construção do caso posto perante o julgador. E ainda: (iii) do ponto de vista dos julgadores, a simples constatação já posta em doutrina de que o uso de decisões pretéritas domésticas ou mesmo estrangeiras “helps rescue the judge from a feeling of nakedness” dá a dimensão de um fenômeno que claramente transcende jurisdições e culturas²².”

Não obstante, ressalta-se que a arbitragem privilegia o princípio da autonomia da vontade das partes, em que estas, caso assim decidam em convenção arbitral, podem optar pela utilização do CPC em sua integridade, inclusive pela observância dos precedentes no procedimento arbitral, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem.

Caso as partes se mantenham silente, em convenção arbitral, quanto à aplicação ou não dos precedentes no procedimento arbitral, os árbitros estarão livres para decidir com base no sistema normativo, sem a necessária observância aos precedentes emanados pelo Poder Judiciário, pois a eles não estão vinculados²³.

Portanto, privilegiados pelo princípio da autonomia privada, cabe às partes decidir em convenção arbitral pela aplicação ou não dos precedentes ao caso concreto; permanecendo silentes, incumbirá ao árbitro, no exercício de sua atividade jurisdicional, utilizar ou não precedentes judiciais, uma vez que as regras processuais e de direito do CPC não se aplicam automaticamente ao procedimento arbitral.

5. A EXCEÇÃO DO INC. I DO ART. 927 DO CPC

Expomos, no início deste artigo, que utilizaríamos, para fins de pesquisa, o estudo dos precedentes estabelecidos pelo legislador na forma do art. 927 do CPC. Entretanto, há que se fazer uma ressalva com relação ao seu inc. I, referente ao dever de observância às “decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”.

Reitera-se o entendimento desta pesquisa de que não vislumbramos a existência de respaldo constitucional para que os precedentes judiciais sejam considerados fontes primárias

21. ORENGA, Danilo. *Arbitragem e precedentes judiciais*. São Paulo: Almedina, 2023. Coleção CBAr. E-book. Disponível em: [<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556277745/>]. Acesso em: 29.06.2023. p. 152-153.

22. MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 23.

23. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 384.

de direito e se sobreponham ao texto legal, com exceção da hipótese das decisões proferidas pelo STF em sede de controle de constitucionalidade²⁴.

Ao contrário dos demais incisos, a observância às decisões do STF em controle de constitucionalidade tem, evidentemente, respaldo constitucional, razão pela qual gera a todo o sistema jurídico brasileiro a obrigatoriedade de segui-las, tratando-se do dever de observância à constituição. Assim previu o art. 102, § 2º, da CF:

“§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

A partir da leitura do artigo 102, § 2º, podemos concluir que a questão não é discutir se essa decisão configura ou não um precedente, mas se os árbitros estão vinculados a essa decisão proferida pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, ou seja, se o árbitro deve seguir o resultado de julgamento, seja pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma²⁵.

Sobre essa questão, Daniel Mitidiero assevera:

“Em primeiro lugar, o art. 927, I, não prevê propriamente a hipótese de precedente. Trata-se de caso de controle de constitucionalidade. O dispositivo confunde eficácia erga omnes com efeito vinculante do precedente. Daí que não são propriamente as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade que valem como precedentes. As decisões em controle concentrado visam aplicar a Constituição a fim de aferir a constitucionalidade de lei ou ato normativo – portanto, visam à solução da questão constitucional e os respectivos dispositivos contam com eficácia erga omnes (art. 102, § 2º, CF). O que pode, no entanto, gerar precedente são as razões determinantes constantes da fundamentação da decisão em controle abstrato de constitucionalidade [... O art. 927, I, do CPC, confunde o plano da aplicação – que é plano em que se situa o controle de constitucionalidade com o plano da interpretação – em que se situa a formação do precedente Judicial²⁶.”

Conforme redação do art. 927, I, do CPC, essa é a única hipótese que se refere a um precedente constitucional, haja vista sua previsão expressa no art. 102, § 2º, da CF. Por outro lado, os demais incisos do art. 927 são eminentemente precedentes não constitucionais, vez que a aplicação das demais hipóteses estão direcionadas ao Poder Judiciário e à Administração Pública.

-
24. ORENGA, Danilo. *Arbitragem e precedentes judiciais*. São Paulo: Almedina, 2023. Coleção CBAr. E-book. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556277745/]. Acesso em: 29.06.2023. p. 150.
 25. ORENGA, Danilo. *Arbitragem e precedentes judiciais*. São Paulo: Almedina, 2023. Coleção CBAr. E-book. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556277745/]. Acesso em: 29.06.2023. p. 170.
 26. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes. Da persuasão à vinculação*. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 102-103.

Neste ponto, reitera-se a posição de que os árbitros não estão subordinados ao Poder Judiciário e que as técnicas e regras de julgamento típicas do processo civil não se aplicam ao procedimento arbitral, salvo quando assim estabelecido pelas partes ou desejado pela Lei de Arbitragem e pela Constituição Federal²⁷.

Ao contrário dos precedentes não constitucionais, nas decisões em controle concentrado de constitucionalidade, não há a análise de um caso concreto que servirá de referência como o caso paradigma para os demais casos, mas sim a análise abstrata da norma.

Nesse tipo de situação, parece razoável concluir que, mediante o efeito *erga omnes* das decisões proferidas pelo STF em controle concentrado, elas são oponíveis a todos, inclusive aos árbitros²⁸. Corroboramos o pensamento de Danilo Orença:

“Aqui não se trata mais de discutirmos subordinação entre sistema processual e sistema arbitral, mas de reconhecermos que, nessa excepcional situação, a decisão proferida pelo STF em sede de controle concentrado deve vincular a todos, por vontade expressa da Constituição Federal. Admitir que o árbitro pode aplicar uma norma declarada inconstitucional pelo STF em controle concentrado traria uma grande e grave insegurança jurídica, especialmente quando a Constituição Federal expressamente desejou que naquela hipótese a vinculação seja completa, aí incluindo os Poderes Legislativo e Executivo²⁹.”

Portanto, se o STF declarar a inconstitucionalidade da lei “X” em ação direta de inconstitucionalidade, os particulares estarão vinculados por essa decisão, uma vez que ficarão impedidos de utilizar a lei “X” como fundamento de sua ação. Igualmente, o árbitro estará impedido de fundamentar sua decisão com base na lei “X”, posto que ela foi declarada inconstitucional pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, ou seja, foi retirada do ordenamento jurídico brasileiro³⁰.

Entendemos que caso o árbitro utilize alguma norma declarada inconstitucional pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade para fundamentar sua decisão, estaríamos diante de uma decisão passível de ação anulatória, na forma do art. 32 da Lei de Arbitragem, seja por desrespeito à convenção arbitral, ao não aplicar a lei brasileira, ou por vício de fundamentação, ao não levar em consideração uma norma que já não faz mais parte do ordenamento jurídico brasileiro.

-
27. ORENGA, Danilo. *Arbitragem e precedentes judiciais*. São Paulo: Almedina, 2023. Coleção CBAr. E-book. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556277745/]. Acesso em: 29.06.2023. p. 171.
 28. ORENGA, Danilo. *Arbitragem e precedentes judiciais*. São Paulo: Almedina, 2023. Coleção CBAr. E-book. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556277745/]. Acesso em: 29.06.2023. p. 174.
 29. ORENGA, Danilo. *Arbitragem e precedentes judiciais*. São Paulo: Almedina, 2023. Coleção CBAr. E-book. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556277745/]. Acesso em: 29.06.2023. p. 174.
 30. ABOUD, Georges. Súmula Vinculante *versus* precedentes: notas para evitar alguns enganos. *Revista de Processo*, v. 165, nov. 2008. p. 6.

Por fim, vale explicar o porquê de a súmula vinculante, prevista no artigo 927, II, do CPC, não se enquadrar, ao lado das decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, como também uma das exceções à não vinculação dos árbitros aos precedentes.

A súmula vinculante foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a partir da EC 45/2004, com objetivo de dar força definitiva a determinados posicionamentos do STF, em especial aqueles refletidos em julgamento de recurso extraordinário e julgamentos incidentais de controle de constitucionalidade em caráter difuso, visando a auxiliar a atividade administrativa do STF e reduzir o número de casos submetidos ao seu crivo, bem como trazer estabilidade ao sistema, especialmente quando editadas por fruto de instabilidade entre órgãos judiciários³¹. Em conformidade com esse entendimento é o pensamento de José Afonso da Silva:

“A súmula vinculante não tem eficácia geral, porque só vincula os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública; ou seja, não tem eficácia contra todos, não vincula diretamente os particulares, por isso não tem força de lei. Os particulares não estão sujeitos às súmulas vinculantes, não são obrigados a se conduzir na forma por eles determinada, podem desobedecer a eles sem que isso implique sanção³².”

Por ser um precedente que está voltado unicamente para a organização e a estabilidade do Poder Judiciário e da Administração Pública, não podemos dizer que as súmulas vinculantes estendem sua vinculatividade ao procedimento arbitral.

Nesse sentido, não há que se falar em vinculação dos árbitros às súmulas vinculantes, porque a vinculação que estabeleceu o legislador constitucional está relacionada às regras e ritos procedimentais aplicáveis estritamente à esfera judicial. A separação entre os sistemas é suficiente para afastar, daqueles que se submetem à arbitragem, qualquer regra ou ferramenta criada unicamente para a esfera judicial, lembrando que o fundamento e o propósito das súmulas vinculantes é reduzir a quantidade e duração dos processos que tramitam no Poder Judiciário, que por óbvio não se comunicam com o sistema arbitral³³.

Frisa-se: os árbitros não estão alheios a aplicação de súmulas vinculantes, podendo utilizá-las, caso entendam pertinente, na fundamentação de suas decisões, tais como outros precedentes elencados no art. 927, com exceção do inc. I. O que se defende é a ausência de vinculatividade do árbitro a esses precedentes.

6. CONCLUSÃO

A utilização da arbitragem como meio de resolução de conflitos em detrimento do Poder Judiciário se apresenta como uma solução mais célere e menos formal para as partes

31. ORENGA, Danilo. *Arbitragem e precedentes judiciais*. São Paulo: Almedina, 2023. Coleção CBAr. E-book. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556277745/]. Acesso em: 29.06.2023. p. 160.

32. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 200. p. 562.

33. MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de vinculação às decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, v. 10, n. 38, abr.-jun., 2013. p. 127.

envolvidas no conflito, principalmente pela autonomia conferida às partes para dispor acerca do procedimento e do direito a serem aplicados no caso concreto.

Com o advento do CPC e a consolidação do dever de observância dos precedentes pelos juízes e tribunais, surgiu um novo debate na doutrina, qual seja, se os precedentes estabelecidos no art. 927 do CPC seriam também aplicáveis à arbitragem.

A partir do estudo do tema, podemos compreender que os precedentes judiciais surgiram com o objetivo de conferir maiores estabilidade e segurança jurídica ao Poder Judiciário.

Desse modo, teríamos uma maior previsibilidade das decisões, o que, consequentemente, evitaria a interposição de recursos nos tribunais superiores, bem como o ajuizamento de novas demandas em casos semelhantes já decididos pelos tribunais superiores ou pelo próprio STF.

Vimos que todos esses elementos são estranhos à arbitragem (inexistência de duplo grau de jurisdição; impossibilidade de interposição de recursos; inexistência de jurisprudência), razão pela qual os árbitros não estão submetidos à vinculatividade dos precedentes.

Somado a isso, temos o silêncio do legislador quanto à previsão de aplicação dos precedentes judiciais na arbitragem. Em nenhum dispositivo do CPC ou da Lei de Arbitragem o legislador buscou transportar os precedentes judiciais ao procedimento arbitral.

Entretanto, nada obsta a utilização dos precedentes judiciais pelos árbitros. Embora não estejam vinculados a eles, podem utilizá-los como fontes secundárias para fundamentar sua decisão sem qualquer óbice, a não ser que seja vedado em convenção arbitral sua utilização. De igual modo, podem as partes dispor em convenção arbitral o dever de observância aos precedentes judiciais, contemplando o princípio da autonomia das partes.

Caso as partes se mantenham silentes em convenção arbitral sobre a aplicação ou não de precedentes judiciais, cabe ao árbitro, no exercício de sua atividade jurisdicional, ponderar acerca da necessidade ou não de sua aplicação, buscando sempre a decisão mais justa para a resolução do conflito.

A exceção às hipóteses do art. 927 está no seu inc. I, em que a observância às decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade é considerada, não como um precedente propriamente dito, tais decisões vinculam devendo ser aplicadas a todo o ordenamento jurídico pelo simples fato de corresponder a vontade da Constituição.

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, a presente pesquisa buscou, a partir da análise de posições doutrinárias diversas sobre o tema, bem como do ordenamento jurídico brasileiro, contribuir para o estudo da aplicação dos precedentes na arbitragem e de suas repercussões práticas.

Da análise do tema, conclui-se que deve ser respeitado o princípio da autonomia das partes em matéria arbitral, bem como a relação de independência entre os sistemas judiciais e arbitrais. Afinal, as partes buscam a jurisdição arbitral justamente por ser um procedimento mais célere e menos formal que o Poder Judiciário, onde podem dispor acerca do procedimento e do direito a ser aplicado. Vincular a decisão do árbitro à observância dos precedentes judiciais seria um grande desestímulo à procura da arbitragem como método de resolução de conflitos.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABOUD, Georges. Súmula Vinculante *versus* precedentes: notas para evitar alguns enganos. *Revista de Processo*, v. 165, nov. 2008.
- BORN, Gary B. *International arbitration: law and practice*. 2. ed. Kluwer Law International, 2015.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. Indaiatuba: Foco, 2019.
- CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 28, 2011.
- CARMONA, Carlos A.; LEMES, Selma F.; MARTINS, Pedro B. *20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*, Grupo GEN, 2017. E-book. Disponível em: [<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597013276/>]. Acesso em: 29.06.2023.
- DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. Justiça multiportas e os conflitos envolvendo a Administração Pública: arbitragem e os interesses públicos disponíveis. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 3, p. 361-383, 2020.
- FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- FISS, Owen. *Law Review*, p. 30-31 apud MARINONI, Luiz Guilherme, *Rápidas observações sobre a arbitragem e jurisdição*, p. 9. Disponível em: [https://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/arbitragem-e-jurisdicao_marinoni.pdf]. Acesso em: 29.06.2023.
- MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de vinculação às decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, v. 10, n. 38, abr.-jun. 2013.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes. Da persuasão à vinculação*. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- ORENGA, Danilo. *Arbitragem e precedentes judiciais*. São Paulo: Almedina, 2023. Coleção CBar. E-book. Disponível em: [<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556277745/>]. Acesso em: 29.06.2023.
- SALOMÃO, Luis Felipe; FUX, Rodrigo. Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle. *Revista Cej*, Brasília, v. 80, p. 7-20, 2020.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- TEMER, Sofia. Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 278, abr. 2018.
- ZANETI JUNIOR, Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes: a formalização das fontes jurisprudenciais. *Ius et Tribunalis*, Huancayo, v. 1, n. 1, p. 32-49, out. 2015. Universidad Continental. Disponível em: [<http://dx.doi.org/10.18259/iet.2016003>].
- ZANETI JUNIOR, Hermes. Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 235, p. 293-349, set. 2014.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Arbitragem

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A aplicabilidade dos precedentes judiciais no processo arbitral, de Osmar Mendes Paixão Côrtes e Paula Menna Barreto Marques – *RePro* 323/487-504;
- A vinculação a precedentes no processo arbitral: alterações promovidas pelo Código de Processo Civil de 2015 e sua interpretação conforme a constituição brasileira e a Lei de Arbitragem brasileira, de Micaela Barros Barcelos Fernandes – *RDCC* 22/31-49;
- Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle, de Luis Felipe Salomão e Rodrigo Fux – *RARB* 66/139-174; e
- Os precedentes obrigatórios vinculam o tribunal arbitral?, de Lucas Buriel de Macêdo e Maria Eduarda Almeida – *RePro* 305/377-399.

Use exclusivo – proibida a vinculação

Uso exclusivo – proibida a veiculação

Novidades da Doutrina Nacional

Use exclusivo – proibida a veiculação

PREFÁCIO DA OBRA *A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADMINISTRADOR E DO GESTOR POR DANOS AO FUNDO DE INVESTIMENTO*

MAURICIO MOREIRA MENEZES

Professor Titular de Direito Comercial na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Advogado.
mauricio@moreiramenezes.com.br

DADOS BIBLIOGRÁFICOS: Prefácio, por Mauricio Moreira Menezes. In: DI BIASE, Nicholas Furlan. *A responsabilidade civil do administrador e do gestor por danos ao fundo de investimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

ÁREAS DO DIREITO: Bancário; Civil

Fundos de investimento. Sem dúvida, corresponde a tema que atrai a atenção de todos que se interessam pelo Direito Comercial e, mais especificamente, pelo Direito do Mercado de Valores Mobiliários.

É usual falar-se da grandeza dos números que envolvem a “indústria” dos fundos de investimento, tanto pelo montante aplicado por investidores quanto pela quantidade de agentes econômicos envolvidos em sua constituição e em seu funcionamento.

Como bem assinala o autor, nas notas introdutórias deste livro, trazer à baila tais estatísticas não se limita à tarefa de impressionar o leitor sobre a repercussão dessa atividade no ambiente de negócios e, conseqüentemente, sobre sua relevância jurídica.

Muito além dessa perspectiva, a meticulosa pesquisa levada a efeito por Nicholas Furlan Di Biase segue a lição clássica de Tullio Ascarelli, para quem o fenômeno econômico consiste na matéria-prima do jurista, que, desse modo, deve observá-lo e dele extrair suas convicções e formulações teóricas.

Nesse raciocínio, não é exagero afirmar que os fundos de investimento consubstanciam um dos principais veículos de captação e alocação de poupança privada, ao lado das companhias abertas. Uma não tão nova “máquina jurídica”, para usar aqui a expressão cunhada por Georges Ripert a propósito do então vigoroso modelo oitocentista das sociedades anônimas.

Uma “máquina” que foi constantemente aperfeiçoada nas últimas décadas. Um modelo organizacional vocacionado para reunir recursos financeiros sob estrutura jurídica dinâmica, leve e adaptável ao perfil de risco desejado pelo respectivo investidor, contando com administração e gestão profissionais, devidamente supervisionadas pelo agente regulador, a Comissão de Valores Mobiliários.

Se, por um lado, trata-se de estrutura econômico-jurídica tendente a satisfazer as expectativas dos agentes privados, que buscam o melhor custo de oportunidade para aportar seus capitais – uma autêntica expressão do princípio da proteção ao investimento privado – por outro, está longe de ser imune a arbítrios e desvios de conduta praticados por seus administradores (incluindo-se os administradores fiduciários e gestores, que integram a categoria dos chamados prestadores de serviços essenciais), que podem vir a produzir danos ao patrimônio dos fundos de investimento.

E aqui reside o núcleo central do problema examinado, de modo exitoso, por Nicholas: os desdobramentos desse intrincado feixe de relações jurídicas que abrange, de um lado, os fundos de investimento e, de outro lado, os referidos prestadores de serviços essenciais, sem falar na posição jurídica dos investidores, titulares das cotas que compõem o patrimônio do fundo e, portanto, interessados, naturalmente, em sua recomposição.

Nessa linha, encontrava-se em aberto na doutrina a fixação de parâmetros que compõem o regime da responsabilidade civil do administrador e do gestor por danos causados aos fundos de investimento.

Assim, a escassez de uma jurisprudência sólida e de uma doutrina consistente a respeito daquele regime de responsabilidade, aliada às recentíssimas alterações normativas promovidas pela Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019) e pela Resolução CVM 175/2022 impunham o enfrentamento demorado e sereno do tema.

Essa constatação adveio dos inúmeros casos enfrentados por Nicholas e por nossa equipe, no dia a dia de nossa advocacia.

As trocas de ideias, de conhecimento e de informações técnicas, levadas a efeito em nosso escritório, logo se esfenderam para o perímetro acadêmico, no âmbito do Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. A complexidade da questão exigia um pesquisador à altura. Não por coincidência, Nicholas avocou a tarefa e a responsabilidade.

Tive a honra de ser escolhido por Nicholas como orientador de sua pesquisa. Mas não o conheci naquela oportunidade. Anos antes, identifiquei seu talento nos bancos do curso de graduação da UERJ. Muito cedo, o convidei para ingressar em nosso escritório, ainda como estagiário. Pude testemunhar seu brilhante desenvolvimento. Recordo-me que, minutos após sua cerimônia de formatura, quando discurssei como paraninfo da turma, verbalizei a seus pais minha confiança em sua capacidade produtiva e em seu caráter virtuoso. Os fatos confirmaram minha expectativa e hoje temos um sócio que alia a competência à ética no exercício da advocacia, seus mais valiosos predicados.

Pois bem: o leitor é agora agraciado com o produto dos valiosos esforço e talento de Nicholas, em livro baseado em sua dissertação de mestrado, que recebeu grau máximo da banca examinadora e recomendação para publicação.

O trabalho instigou, verdadeiramente, a opinião crítica dos examinadores. Que venham as avaliações do público, sucedidas do fundamental amadurecimento da discussão em torno da responsabilidade civil dos administradores e gestores de fundos de investimento.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Bancário; Civil

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A responsabilidade civil dos administradores de instituições financeiras: um olhar crítico sob a perspectiva das operações com partes relacionadas, de Felipe Sene Tamburus – *RDB* 101/83-111;
- A responsabilidade civil dos administradores de sociedades anônimas à luz dos contratos de seguro D&O (*directors and officers liability insurance*), de Giovanna Calis Soares Silva de Puccio – *RDB* 100/169-207;
- A responsabilidade do administrador fiduciário como *gatekeeper* da indústria de fundos de investimento, de Jéssica Guerra de Alencar Araripe – *RDB* 95/15-46;
- A responsabilização de administradores de S.A. de capital aberto pela CVM no caso de envolvimento em atos de corrupção, de Isabel Mazoni Andrade – *RDB* 89/15-32; e
- Análise do dano e do elemento subjetivo na configuração da responsabilidade civil do administrador, de Naomi Fizon Zagarodny – *RDPriv* 116/219-236.

Use exclusivo - Proibida a veiculação

Uso exclusivo – proibida a veiculação

Uso exclusivo – proibida a veiculação

Mediação e Outros Métodos

Use exclusivo – proibida a veiculação

REFLEXÕES SOBRE A AUTOCOMPOSIÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

REFLECTIONS ON SELF-COMPOSITION IN PUBLIC ADMINISTRATION

POLIANA MOREIRA DELPUPO MATA

Doutora em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito das Relações Econômicas pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro – UGF/RJ. Especialista em Direito Processual Civil e Direito Civil pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV/ES. Professora da Universidade Municipal de São Caetano do Sul – USCS, na Disciplina de Direito Empresarial. Procuradora Legislativa na Câmara Municipal de Santo André. polianadelpupo@hotmail.com

ÁREAS DO DIREITO: Arbitragem; Administrativo

RESUMO: Pretende-se, com este artigo, demonstrar a importância dos métodos autocompositivos (negociação, mediação e conciliação) nas resoluções dos conflitos no âmbito da Administração Pública como meio garantidor de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF), não apenas como garantia de acesso aos órgãos do Poder Judiciário, mas como garantia de acesso à ordem jurídica justa, de forma efetiva, tempestiva e adequada, de modo a atender e solucionar aos interesses da Administração Pública e da parte contrária sem a propositura de uma ação judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Reflexão – Autocomposição – Administração Pública.

ABSTRACT: The aim of this article is to demonstrate the importance of self-composition methods (negotiation, mediation and conciliation) in the resolution of conflicts within the scope of Public Administration as a means of guaranteeing access to justice (art. 5º, XXXV, CF), not only as a guarantee of access to the organs of the Judiciary, but as a guarantee of access to a fair legal order, in an effective, timely and adequate way, in order to meet and resolve the interests of the Public Administration and the opposing party without filing a lawsuit.

KEYWORDS: Reflection – Self-composition – Public Administration.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os métodos autocompositivos (negociação, mediação e conciliação). 3. A autocomposição na Administração Pública (arts. 32 a 40 da Lei 13.140/2015). 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A quantidade significativa de processos judiciais e a escassez de juízes para julgá-los contribuem, entre outros motivos, para a morosidade (lentidão) do julgamento do conflito, através de uma sentença. Esse cenário resultou na necessidade de revisão dos procedimentos processuais e na utilização de métodos adequados de solução de conflitos (conciliação, mediação, negociação e arbitragem), de forma a desburocratizar e abreviar o tempo da resposta estatal ao litígio.

Para garantir um acesso à justiça justo, célere e eficaz, faz-se necessário abandonar a cultura da sentença – de que só através da sentença judicial resolve-se o conflito – para uma cultura da pacificação social, com a adoção dos métodos adequados de solução de conflitos, em que o poder de decisão dos conflitos é transferido para as partes em conflito (empoderamento) ou para um árbitro eleito por elas. Nas palavras do Ilustre Prof. Kazuo Watanabe¹:

“O mecanismo predominantemente utilizado pelo nosso Judiciário é o da *solução adjudicada dos conflitos*, que se dá por meio de sentença do juiz. E a predominância desse critério vem gerando a chamada ‘cultura da sentença’, que traz como consequência o aumento cada vez maior da quantidade de *recursos*, o que explica o congestionamento não somente das instâncias ordinárias, como também dos Tribunais Superiores e até mesmo da Suprema Corte. Mais do que isso, vem aumentando também a quantidade de execuções judiciais, que sabidamente é morosa e ineficaz, e constitui o calcanhar de Aquiles da Justiça.

A incorporação dos meios alternativos de resolução de conflitos, em especial dos consensuais, ao instrumental à disposição do Judiciário para o desempenho de sua função de dar tratamento adequado aos conflitos que ocorrem na sociedade, não somente reduziria a quantidade de *sentenças*, de *recursos* e de *execuções*, como também, o que é de fundamental importância para a *transformação social com mudança de mentalidade*, propiciaria uma solução mais adequada aos conflitos, com a consideração das peculiaridades e especificidades dos conflitos e das particularidades das pessoas neles envolvidas.

[...]

O objetivo primordial que se busca com a instituição de semelhante política pública, é a solução mais adequada dos conflitos de interesses, pela participação decisiva de ambas as partes na busca do resultado que satisfaça seus interesses, o que preservará o relacionamento delas, propiciando a justiça coexistencial. A redução do volume de serviços do judiciário é uma consequência importante desse resultado social, mas não seu escopo fundamental.”

Diante disso, o que se pretende demonstrar neste artigo é a importância dos métodos autocompositivos (negociação, mediação e conciliação) nas resoluções dos conflitos no âmbito da Administração Pública como meios garantidores de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF), não apenas como acesso aos órgãos do Poder Judiciário, mas sim como acesso à

1. WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 195, p. 381-389, 2011.

ordem jurídica justa, efetiva, tempestiva e adequada, de modo a solucionar os conflitos na Administração Pública sem a necessidade da propositura da ação judicial.

2. OS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS (NEGOCIAÇÃO, MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO)

No moderno Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça não se resume ao direito de ser ouvido em juízo e de obter uma resposta qualquer do órgão jurisdicional. Por acesso à justiça, hoje se compreende o direito a uma tutela célere, efetiva e justa para todos os interesses individuais ou coletivos protegidos, através do uso dos métodos adequados de solução dos conflitos, que podem ser autocompositivos (negociação, mediação, conciliação) ou heterocompositivo (arbitragem), devendo o Poder Judiciário ser acionado como *ultima ratio*, ou seja, após as tentativas frustradas no uso dos métodos adequados de solução de conflitos.

O direito fundamental de acesso à justiça, assegurado no art. 5º, XXXV, da CF e no art. 3º do CPC, dispõe que: “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão ao direito”.

A premente necessidade de se conferir uma resposta jurisdicional adequada e em tempo célere justificou a alteração das normas processuais e a utilização dos métodos adequados de solução de conflitos, autocompositivos e heterocompositivos. O objetivo desses métodos é assegurar um acesso à justiça, à ordem jurídica justa, célere e eficaz; não com a finalidade de invalidar a atividade jurisdicional, mas sim de diminuir a sobrecarga de processos instaurados no Poder Judiciário, conferindo poder de decisão às partes envolvidas no conflito (empoderamento), através da autocomposição; ou através de um árbitro, na heterocomposição.

Para entendermos os métodos adequados autocompositivos e heterocompositivos, como instrumentos garantidores do acesso à justiça, faz-se necessário o estudo das três ondas renovatórias do acesso à justiça, disposto no livro *Acesso à justiça*, de Mauro Cappelletti e Bryan Garth², do qual podemos concluir o seguinte:

a) A primeira onda renovatória do acesso à justiça, constitui na reflexão e implementação de mecanismos de assistência judiciária aos hipossuficientes economicamente, para garantir-lhes o acesso à justiça através de servidores públicos (no Brasil, através da Defensoria Pública) e de advogados privados que se dispuserem a prestar à assistência judiciária (advogados dativos);

b) Além da assistência jurídica ao hipossuficiente, havia outro problema, ensejador da segunda onda renovatória, que refere-se à representação dos interesses difusos e coletivos (interesses de massa, de várias pessoas referente ao mesmo fato, como p. ex. nas relações de consumo, ambientais, pessoas portadoras de deficiência, idosos, criança e adolescente etc.), pois, o sistema processual, pautava-se em um processo individualista e não no processo coletivo. Com a criação de órgãos e estruturas capazes de tutelar interesses difusos e coletivos, verificou-se que o acesso à justiça restou facilitado, uma vez que os legitimados para a tutela

2. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 31-73.

difusa e coletiva (art. 5º da Lei 7.347/1985 e art. 82, CDC) permitiram que os grupos sociais pudessem acessar direitos de modo mais fácil e organizado;

c) Apesar de fortalecida a assistência judiciária gratuita e a tutela difusa e coletiva, a ampliação do acesso à justiça significou uma maior utilização da prestação jurisdicional estatal. Assim, a terceira onda renovatória teve enfoque na revisão dos procedimentos processuais e na utilização de métodos adequados de solução de conflitos, de forma a desburocratizar e abreviar o tempo da resposta estatal ao litígio.

Dessas três ondas renovatórias, destacamos a terceira, pelo fato de que essa onda resultou na necessidade de revisão dos procedimentos processuais e na utilização de métodos adequados de solução de conflitos (conciliação, mediação, negociação e arbitragem), de forma a desburocratizar e abreviar o tempo da resposta estatal ao litígio.

Quanto aos métodos autocompositivos de solução dos conflitos (conciliação, mediação e negociação) é importante destacar que não prevalece de um método em relação ao outro, mas sim, antes de aplicá-lo ao caso concreto é necessária a realização de uma triagem para verificar qual deles é o mais adequado para a solução do conflito.

Na conciliação, há um terceiro facilitador, que é o conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, e poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. Por exemplo, quando o particular não concorda com o valor da indenização que o Poder Público está pagando em decorrência da desapropriação do seu imóvel. Neste caso, caberá ao conciliador apresentar propostas as partes na tentativa de solucionar o conflito.

Na mediação, o terceiro facilitador é o mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, e auxiliará os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. O papel do mediador é restaurar o diálogo entre as partes. Como exemplo, nas hipóteses de repasse de verba pública da União para os Estados e os Municípios com o objetivo de disseminar a pandemia da COVID-19, se tal valor for considerado insuficiente para a saúde pública dos Estados e Municípios, caberá ao mediador a tentativa de restaurar o diálogo entre a União, os Estados e os Municípios.

Diferentemente do que ocorre na mediação, o conciliador pode sugerir uma solução para as partes. Na conciliação, o problema maior não é um conflito pessoal entre as partes propriamente dito, e sim um conflito gerado pela identificação de um problema específico.

Já na negociação, não há um terceiro facilitador que assista as partes. As próprias partes, através de um conjunto de técnicas, buscam diretamente resolver o impasse existente entre elas. Por exemplo, quando a União, o Estado e os Municípios, representados por seus respectivos procuradores acordam diretamente quando aos repasses dos percentuais de impostos devidos, em cumprimento à exigência constitucional.

Compreender a finalidade de cada um deles tem sua relevância, no momento da realização da escolha quanto ao método que será adotado, para que as partes entendam como será conduzida a busca pela resolução do conflito.

3. A AUTOCOMPOSIÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ARTS. 32 A 40 DA LEI 13.140/2015)

A autocomposição é a forma de solução dos conflitos na qual cabe às partes o poder de decisão. Ela pode ocorrer diretamente pelas partes, como na negociação, ou pela atuação de um terceiro facilitador, que pode ser um conciliador ou um mediador³, que irá auxiliá-las a chegar a uma decisão. Insta frisar que a regras da Lei de Mediação aplicam-se, também, aos conflitos em que se admite a conciliação.

Com relação aos direitos que admitem a autocomposição, o art. 3º, *caput*, da Lei de Mediação, diz que: “Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”. Apesar da discussão em torno da indisponibilidade do interesse público da Administração Pública, aderimos ao seguinte posicionamento da saudosa Prof^a. Ada Pellegrini Grinover e do Prof. Eduardo Damiano Gonçalves⁴:

“Assim, mitiga-se o princípio da indisponibilidade do interesse público para que, na iminência de um conflito contratual, esse interesse público possa ser resolvido tendo por base os princípios constitucionais que regem a atuação administrativa: a economicidade, a razoabilidade, a motivação, a continuação do serviço público. Então, é perfeitamente possível que o Estado busque alternativas em prol dos princípios gerais da administração, para ou amigavelmente resolver os conflitos, pelo meio da autocomposição, ou submetendo esses conflitos à arbitragem.”

Além dos princípios acima mencionados, a aplicação da autocomposição pela Administração Pública observará os princípios constitucionais estabelecidos no art. 37 da CF. Dos quais, com base nos ensinamentos de Luciane Moessa de Souza,⁵ podemos extrair:

“(…) em decorrência dos princípios da legalidade, isonomia e publicidade, há características que devem, obrigatoriamente, reger a autocomposição administrativa. A primeira

3. Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

[...]

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

4. Conferência sobre Arbitragem na Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 136, p. 249-267, 2006.

5. Resolução Consensual de Conflitos Coletivos Envolvendo Políticas Públicas. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014. p. 65.

delas, pautada na legalidade, é a necessidade de que o acordo seja devidamente fundamentado, fática e juridicamente, de forma a deixar clara a motivação sobre a escolha do método como o caminho mais adequado, sob a perspectiva dos princípios que compõem o regime jurídico administrativo.

Outro ponto, decorrente do princípio da isonomia, é a análise do conflito como situação única ou como repetitiva, em que se deve levar em conta a possibilidade de firmar o mesmo acordo em situações semelhantes e, também, para verificar se será viável, técnica e financeiramente, o cumprimento do estipulado.

No que tange à oposição entre a publicidade e a confidencialidade (princípio que intenta garantir conforto e confiança às partes), a publicidade deve ser vista como a regra e a confidencialidade como exceção. A confidencialidade, sempre que necessária, deverá ser justificada, uma vez que as partes podem revelar ao mediador alguma informação que não desejam que chegue ao conhecimento da outra parte, o que pode ser mantido em sigilo, desde que não se enquadre nas exceções à confidencialidade da mediação que são reconhecidas inclusive na esfera privada (intenção de praticar um crime, revelação da violação a direitos de menores ou outras normas de ordem pública etc.).”

Em análise ao art. 32 da Lei de Mediação, constata-se que a autocomposição perante às Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos da Administração Pública possui características próprias, pois o Poder Público, a depender da sua posição no litígio, ora poderá atuar como negociador, como mediador ou conciliador, conforme a controvérsia se dê entre o Poder Público e os seus órgãos e entidades ou com particulares, ou através da celebração do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), em conformidade com o art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/1985⁶.

Na verdade, as Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos da Administração, quando criadas através dos seus regulamentos (Decretos, Resoluções etc.), elegem mediadores e conciliadores do próprio quadro de procuradores, por isso, entendemos ora tratar-se de uma negociação, mediação ou conciliação com características próprias.

Essas câmaras funcionarão como órgãos vinculados às Procuradorias (AGU, PGE, PGM e PGDF) e às Procuradorias autárquicas e fundacionais. Em consonância com o art. 33⁷ da Lei de Mediação, enquanto as Procuradorias não criarem as câmaras, poderá valer-se da mediação judicial ou extrajudicial na solução dos seus conflitos.

Apesar do silêncio da lei, entendemos que, mesmo após a criação da Câmara, na hipótese do Poder Público e do particular optarem pela solução do litígio através da mediação judicial ou extrajudicial, inexistente qualquer obstáculo para tanto, vez que as partes possuem a autonomia privada consensual de definir as regras procedimentais que deverão nortear a solução do litígio.

6. Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

7. Art. 33. Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei.

A regulamentação e o modo de composição e funcionamento das Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflito caberão a cada ente federado (União, Estados, Municípios e DF). Regulamentada a Câmara, a submissão do conflito a ela será facultativa, observando-se os casos previstos no respectivo regulamento do ente federado. A instauração do procedimento administrativo perante as Câmaras, em regra, será mediante provocação da parte interessada, entretanto, quando o conflito versar sobre a má prestação coletiva do serviço público (saúde, educação, estradas, transportes públicos, moradia etc.), poderá ser instaurado de ofício ou mediante provocação. Instaurado o procedimento considera-se suspenso o prazo prescricional⁸, no momento em que o órgão ou entidade pública emitir o juízo de admissibilidade, retroagindo a suspensão da prescrição à data de formalização do pedido de resolução consensual do conflito. Em se tratando de matéria tributária, a suspensão da prescrição observará as regras dispostas no Código Tributário Nacional.

Iniciado o procedimento perante a Câmara e havendo consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial. Se não houver acordo, caberá à parte interessada instaurar uma ação judicial perante o Poder Judiciário e, nesse caso, a sentença constituirá um título executivo judicial.

Ressalta-se que a autocomposição de conflitos na Administração Pública não se aplica a controvérsias que podem ser resolvidas apenas por atos ou concessões de direitos sujeitos à autorização legislativa⁹. Com isso, evita-se que, por meio de acordo, as partes afastem a exigência de autorização legislativa para a prática de determinados atos. E, como bem sabemos, no Direito Público as partes somente poderão acordar o que estiver em consonância com a lei, em respeito ao princípio da legalidade. Por exemplo, questões que objetivem discutir a legalidade ou a ilegalidade de um Decreto Executivo de Desapropriação; da cobrança de um tributo; do orçamento público; benefícios, reajustes e descontos da folha dos servidores públicos, entre outros, nesses casos, as discussões deverão ser direcionadas ao Poder Judiciário.

No que tange à Autocomposição na Administração Pública Federal Direta e suas Autarquias e Fundações, os arts. 35 a 40 da Lei de Mediação dispõem de algumas regras próprias, das quais destacamos a transação por adesão¹⁰.

8. Art. 34. A instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflito no âmbito da administração pública suspende a prescrição.

§ 1º Considera-se instaurado o procedimento quando o órgão ou entidade pública emitir juízo de admissibilidade, retroagindo a suspensão da prescrição à data de formalização do pedido de resolução consensual do conflito.

§ 2º Em se tratando de matéria tributária, a suspensão da prescrição deverá observar o disposto na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

9. Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

[...]

§ 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.

10. Art. 35. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em:

A transação por adesão ocorre por meio de uma resolução administrativa própria, em que são estabelecidos requisitos e condições visando à adesão dos interessados para que haja renúncia do direito sobre o qual se fundamentam a ação ou o recurso. No caso das ações coletivas em trâmite, a renúncia será expressa, por meio de petição dirigida ao juiz da causa.

A resolução administrativa que ensejará a transação por adesão terá por fundamento a autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

Além da transação por adesão, os arts. 36¹¹ e 37¹² da Lei de Mediação admitem a composição extrajudicial, nas seguintes hipóteses: em conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre a União e os órgãos ou entidades de direito público que integram a Administração

I – autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou

II – parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

§ 1º Os requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria.

§ 2º Ao fazer o pedido de adesão, o interessado deverá juntar prova de atendimento aos requisitos e às condições estabelecidos na resolução administrativa.

§ 3º A resolução administrativa terá efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia.

§ 4º A adesão implicará renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa.

§ 5º Se o interessado for parte em processo judicial inaugurado por ação coletiva, a renúncia ao direito sobre o qual se fundamenta a ação deverá ser expressa, mediante petição dirigida ao juiz da causa.

§ 6º A formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão.

11. Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

§ 1º Na hipótese do *caput*, se não houver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação afeta.

§ 2º Nos casos em que a resolução da controvérsia implicar o reconhecimento da existência de créditos da União, de suas autarquias e fundações em face de pessoas jurídicas de direito público federais, a Advocacia-Geral da União poderá solicitar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a adequação orçamentária para quitação das dívidas reconhecidas como legítimas.

§ 3º A composição extrajudicial do conflito não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à dívida, sempre que se verificar que sua ação ou omissão constitui, em tese, infração disciplinar.

§ 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

12. Art. 37. É facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito.

Pública Federal; ou entre órgãos ou entidades da Administração Federal e nas hipóteses em que Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submetam seus conflitos com órgãos ou entidades da Administração Pública federal ao Advogado-Geral da União.

Nesses casos, o Advogado-Geral da União deverá observar o seguinte:

a) Nos conflitos entre a União e os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, deverá buscar diretamente a composição extrajudicial com o órgão ou entidade da Administração Federal; não sendo possível o acordo, caberá ao Advogado-Geral da União resolver o conflito com base na lei;

b) Nos conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, deverá o Advogado-Geral da União buscar a composição extrajudicial, atuando como mediador ou conciliador, entre os órgãos ou entidades da Administração Federal em conflito; não sendo possível o acordo, caberá ao Advogado-Geral da União resolver o conflito com base na lei;

c) Nos conflitos entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como as empresas públicas e sociedades de economia mista federais, caberá ao Advogado-Geral da União buscar diretamente a composição extrajudicial do conflito com o ente federado ou com a administração indireta; não sendo possível o acordo, caberá ao Advogado-Geral da União resolver o conflito perante o Poder Judiciário;

d) Por fim, nos conflitos entre os órgãos e entidades da Administração Pública Federal e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como as empresas públicas e sociedades de economia mista federais, deverá o Advogado-Geral da União buscar a composição extrajudicial, atuando como mediador ou conciliador, entre os órgãos ou entidades da Administração Federal e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como as empresas públicas e sociedades de economia mista federais; não sendo possível o acordo, o conflito será apresentado ao Poder Judiciário.

Ressalta-se que a transação por adesão do art. 35 poderá ser realizada, também, entre a Administração Pública Federal e o particular; enquanto a composição extrajudicial dos arts. 36 e 37 somente será realizada entre a União e os órgãos e entidades da Administração Pública Federal e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como as empresas públicas e sociedades de economia mista federais.

Como exemplos de conflitos solucionados administrativamente pelo CCAF (Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal), apresentados pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal José Antônio Dias Toffoli,¹³ citam-se:

“(…) caso de relevância envolveu a controvérsia jurídica entre a Fundação Nacional do Índio, a União e o Instituto Nacional de Colonização de Reforma Agrária, decorrente dos

13. Movimento Conciliatório e a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 50, p. 229-240, 2016.

interesses antagônicos desses entes com relação à demarcação da Terra Indígena Guajajara Vila Real, no Município de Barra do Corda (Estado do Maranhão). Após as tratativas, a Comunidade Indígena manifestou sua vontade quanto à prevalência do atendimento de outras medidas de política pública para a satisfação de suas necessidades sociais, viabilizando a conciliação e a pacificação social na área.

Observe-se, ainda, a conciliação que permitiu a continuidade das obras do Programa de Aceleração do Crescimento na BR – 319, que liga Manaus (AM) a Porto Velho (RO), as quais foram paralisadas devido a um impasse entre o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte (DNIT) e o Ibama. A Câmara mediou as negociações e o DNIT passou a seguir as obrigações ambientais fixadas pelo Ibama durante a execução da obra.

Outra conciliação de destaque foi a que ocorreu entre o Ministério Público Federal (MPF) e a União, em razão de controvérsia acerca da construção pelo Comando do Exército de uma estrada no Parque Nacional do Pico da Neblina, que passaria pela terra indígena Yanomami e ligaria a BR-307 ao 5º Pelotão Especial de Fronteira do Exército. Houve decisão da Justiça determinando a suspensão da obra e o caso foi levado para conciliação no âmbito da CCAF, resultando na assinatura de um acordo de cooperação para adoção de medidas ambientais compensatórias da parte já construída. Posteriormente, o Exército deixou de ter interesse em continuar a obra.

A CCAF resolveu, por meio de conciliação, diversos conflitos gerados por desacordo entre a Empresa de Correios e Telégrafos (ECT) e entidades da Administração Pública Federal Direta e Indireta em relação a cláusulas do contrato padrão de prestação de serviços postais. Foi assinado Termo de Conciliação que prevê um novo modelo de contrato a ser adotado entre a ECT e a Administração Pública Federal.

Tivemos ainda a controvérsia administrativa entre a Funai e a Funasa, devido a ajuizamento de ação civil pública no Município de Imperatriz (MA), tendo por objeto o atendimento à saúde indígena. No caso, a CCAF obteve a conciliação para pôr termo à controvérsia mediante a adoção de medidas a serem adotadas pela Funasa, com a concordância da Funai.

Como se vê, a CCAF tem se consolidado como uma instância administrativa de solução de controvérsias entre entes públicos, sem a necessidade de judicialização, obtendo, em alguns casos, até mesmo a extinção de ações anteriormente ajuizadas.”

Com relação ao art. 38 da Lei de Mediação, nos casos que envolvam tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a créditos inscritos em dívida ativa da União, a utilização das Câmaras de Mediação e Conciliação só pode ser realizada quando envolverem entes que façam parte da Administração Pública (art. 38, I).

O referido artigo exclui, ainda, a possibilidade de as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços em regime de concorrência, se utilizarem da resolução extrajudicial de conflitos pela Advocacia-Geral da União (art. 38, II).

Em conformidade com o art. 38, III, *a, b e c*, temos o seguinte:

a) Nas hipóteses em que cabível a solução consensual e delas forem partes órgãos ou entidades de *direito público* que integram a *Administração Pública Federal*, a submissão do conflito à composição extrajudicial pela Advocacia-Geral da União implica renúncia do direito de recorrer ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (art. 38, III, *a*); b) Para

que haja a redução ou o cancelamento do crédito, será necessária a manifestação conjunta do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado da Fazenda (art. 38, III, *b*);

Essas alíneas não são aplicáveis a outros entes que possam se utilizar dessa forma de composição extrajudicial, tais como os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, suas autarquias e fundações públicas, e, ainda, as empresas públicas e sociedades de economia mista federais. Isso porque o art. 38, III aplica-se somente aos órgãos ou entidades de direito público que integrem a Administração Pública Federal.

Por sua vez, o parágrafo único do art. 38 dispõe sobre a impossibilidade de utilização, por parte das pessoas jurídicas que explorem atividade econômica em regime de concorrência, da resolução extrajudicial de conflitos que realizada pela Advocacia-Geral da União, e ainda, a exigência de que a submissão dos conflitos a esse procedimento implique na renúncia do direito de recorrer ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais não impedem certas competências específicas do Advogado-Geral da União, previstas no art. 4º, I a XIX, da LC 73/1993.

Insta frisar que o art. 39 da Lei de Mediação exige a autorização do Advogado-Geral da União para a propositura de ação judicial entre os órgãos ou entidades de direito público que integrem a Administração Pública Federal. Esse dispositivo legal, ao exigir a autorização do Advogado-Geral da União para a propositura da ação judicial, viola o princípio da inafastabilidade do acesso à justiça, disposto no art. 5º, XXXV, da CF¹⁴, impondo um obstáculo (autorização do AGU) ao livre e incondicional acesso à justiça aos órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, razão pela qual defendemos a inconstitucionalidade desse artigo.

Já o art. 40 da Lei de Mediação trata das responsabilizações civil, administrativa e penal dos servidores públicos que participarem do processo de composição extrajudicial, de modo que estes serão responsabilizados quando demonstrado que, mediante dolo ou fraude, receberam qualquer vantagem patrimonial indevida, permitiram ou facilitaram sua recepção por terceiro ou para tal concorreram. Esse artigo, ao exigir a demonstração do dolo ou da fraude na conduta do servidor público, deixa claro que, nesses casos, a responsabilidade será subjetiva.

Em conformidade com as palavras do Ilustre Prof. Marcelo Kokke¹⁵, a autocomposição na Administração Pública exige uma mudança de postura por parte dos procuradores e advogados públicos, senão vejamos:

“A concepção da participação da Advocacia Pública no processo de solução alternativa de conflitos pela autocomposição revela uma redefinição cada vez mais reflexiva da postura

14. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...].

15. Autocomposição e Conflitos Ambientais. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 49, p. 287-315, 2016.

institucional dos procuradores e advogados públicos: a função exercida pode não assumir o papel de advogado de Estado, mas sim posição de advogado da *res publica*, responsável pela afirmação da aplicação da lei evitando litígios judiciais desnecessários, quão mais quando haja posições jurisprudenciais e mesmo sumulares formadas. Sem dúvida, a compreensão desta redefinição do papel da advocacia pública é um dos pilares para a correta aplicação e desenvolvimento da autocomposição, equipando o cenário público com novo pano de fundo, a partir do qual o Estado desenvolva interlocuções construtivas e de realinhamento com foco na ação cooperativa.”

Com isso, demonstra-se a relevância do uso dos métodos autocompositivos (negociação, mediação e conciliação) na solução dos conflitos perante a Administração Pública, como prática diária e constante a ser observada. Isso devido à quantidade significativa de processos judiciais e a escassez de juízes para julgá-los, o que contribui, entre outros motivos, para a morosidade (lentidão) do julgamento pelo Poder Judiciário. Nesse cenário, a aplicação dos métodos autocompositivos pela Administração Pública assume um papel fundamental na busca pela pacificação social, ao proporcionar um acesso à justiça justo, célere e eficaz.

4. CONCLUSÃO

A necessidade de se conferir uma resposta jurisdicional adequada e em tempo célere justificou a alteração das normas processuais e a utilização dos métodos adequados de solução de conflitos, autocompositivos e heterocompositivos. O objetivo desses métodos é assegurar um acesso à justiça e à ordem jurídica justa, célere e eficaz; não com a finalidade de invalidar a atividade jurisdicional, mas sim de diminuir a sobrecarga de processos instaurados no Poder Judiciário, conferindo poder de decisão às partes envolvidas no conflito (empoderamento), através da autocomposição ou através do árbitro, na heterocomposição.

A autocomposição é a forma de solução dos conflitos na qual cabe às partes o poder de decisão. Ela pode ocorrer diretamente pelas partes, como na negociação, ou pela atuação de um terceiro facilitador, que pode ser um conciliador ou um mediador, que irá auxiliá-las a chegar a uma decisão. Insta frisar que a regras da Lei de Mediação aplicam-se, também, aos conflitos em que se admite a conciliação.

A autocomposição perante as Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos da Administração Pública possui características próprias, pois o Poder Público, a depender da sua posição no litígio, ora poderá atuar como negociador, como mediador ou conciliador, conforme a controvérsia se dê entre o Poder Público e os seus órgãos e entidades ou com particulares, ou através da celebração do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), em conformidade com o art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/1985.

A regulamentação e o modo de composição e funcionamento das Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflito caberão a cada ente federado (União, Estados, Municípios e DF). Regulamentada a Câmara, a submissão do conflito a ela será facultativa, observando os casos previstos no respectivo regulamento do ente federado.

Nesse cenário, a aplicação dos métodos autocompositivos pela Administração Pública assume um papel fundamental na solução de conflitos que envolvam saúde, educação, estradas, transportes públicos, moradia etc., ao proporcionar um acesso à justiça justo, célere e eficaz. Para tanto, exige-se uma mudança de postura por parte dos procuradores e advogados públicos, na qual a função de advogado de Estado assume a posição de advogado da coisa pública, responsável pela afirmação das Leis, em especial da Lei de Mediação, através do uso contínuo e regular da autocomposição nos conflitos da Administração Pública, evitando com isso a instauração de processo judiciais desnecessários.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GONÇALVES, Eduardo Damião. Conferência sobre Arbitragem na Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 136, 2006.
- KOKKE, Marcelo. Autocomposição e Conflitos Ambientais. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 49, 2016.
- SOUZA, Luciane Moessa de. *Resolução Consensual de Conflitos Coletivos Envolvendo Políticas Públicas*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014.
- TOFOLLI, José Antônio Dias. Movimento Conciliatório e a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 50, 2016.
- WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 195, 2011.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Arbitragem; Administrativo

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A confidencialidade prevista na lei de mediação e os processos de autocomposição envolvendo entes públicos, de Kaline Ferreira – *RePro* 305-451-460;
- Arbitrabilidade objetiva em conflitos com a Administração Pública, de João Pedro Accioly – *RT* 1017/47-92;
- Da mediação como forma de solucionar conflitos no âmbito da Administração Pública Federal, de Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson, Walkyria de Oliveira Rocha Teixeira e Isabel Cristina Amaral de Sousa Rosso Nelson – *RT* 1025/45-68;
- Eficiência e consequencialismo: o caminho de desenvolvimento da solução pacífica de conflitos no âmbito da administração pública, de Rita Vasconcelos e Suelen Isabel da Silva – *RePro* 309/387-404;
- Eficiência, consensualismo e os meios autocompositivos de solução de conflitos na administração pública, de João Carlos Leal Junior e Renata Mayumi Sanomya Penha – *RT* 1038/51-67; e
- Mediação com a Administração Pública na Lei 14.133: solução consensual de litígios nas contratações administrativas, de Cesar Pereira – *RARB* 78/359-381.

Uso exclusivo – proibida a reprodução

Uso exclusivo – proibida a veiculação

Palestras

Use exclusivo – proibida a veiculação

DISCURSO DE ABERTURA – 7 SUGESTÕES PARA A MEDIAÇÃO EMPRESARIAL

7º CONGRESSO INTERNACIONAL DE MEDIAÇÃO EMPRESARIAL DO GEMEP
| CBAr – “MEDIAÇÃO E CONTRATOS EMPRESARIAIS” (18.10.2023)

ANDRÉ DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI ABBUD

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela USP. LL.M. pela *Harvard Law School*. Professor da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP). Vice-Presidente do Comitê de Arbitragem da *International Bar Association (IBA)*. Vice-Presidente do *Latin American and Caribbean Users Council* da *London Court of International Arbitration (LCIA)*. Presidente do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr).
aaa@bmalaw.com.br

ÁREA DO DIREITO: Arbitragem

Muito bom dia a todas e todos. Sejam muito bem-vindas e bem-vindos ao 7º Congresso Internacional de Mediação Empresarial do CBAr.

No *Livro do Desassossego*, Fernando Pessoa compartilha as impressões de uma briga que testemunhou entre dois de seus amigos.

“Cada um me contou a narrativa de porque se tinham zangado. Cada um me disse a verdade. Cada um me contou as suas razões. Ambos tinham razão. Ambos tinham toda a razão. Não era que um via uma coisa e o outro outra, ou que um via um lado das coisas e outro um lado diferente. Não: cada um via as coisas exatamente como se tinham passado, cada um as via com um critério idêntico ao do outro, mas cada um via uma coisa diferente, e cada um, portanto, tinha razão. Fiquei confuso desta dupla existência da verdade.”

Essa passagem ilustra, a meu ver, a diferença essencial entre o papel do mediador e do árbitro, ou do juiz. O julgador não costuma ver, acreditar ou se preocupar com essa dupla existência da verdade. Ele apenas investiga de que lado está “a” verdade, ou impõe a sua própria. Já o mediador procura, compreende e navega esse oceano de verdades contraditórias. Enxerga as razões de ambas as partes, por trás das razões de cada uma. E trabalha um acordo por meio da aceitação dessas verdades. Da combinação dessas verdades. Da superação dessas verdades.

A mediação empresarial tem crescido no país, como mostra a Pesquisa Mediação em Números coordenada pela nossa diretora Vera Monteiro de Barros e pela Daniela Gabbay no ano passado. E as disputas mais frequentemente levadas à mediação têm sido aquelas envolvendo contratos empresariais, justamente o tema do nosso Congresso deste ano.

Esse crescimento alegra todos nós que acreditamos no papel fundamental da mediação no cardápio de meios extrajudiciais de solução de disputas empresariais. Finalmente parece ter sido desmentida a máxima de que há mais cursos de mediação que mediações em curso. Mas é possível fazer mais. É preciso fazer mais. E eu gostaria de dividir com vocês sete pequenas sugestões para acelerar o avanço do uso da mediação empresarial no país.

1) *Cláusulas escalonadas*. Eu vejo cláusulas que combinam o uso da mediação com outras formas de solução de disputas com muito mais frequência em contratos internacionais que em contratos brasileiros, e não vejo razão para que seja assim. A previsão contratual pré-conflito da mediação dispensa interações pós-conflito para que ela ocorra e ao mesmo tempo a situa em momento anterior à mobilização completa dos exércitos para a guerra adversarial. É de se esperar que isso favoreça a realização de mediações – e, por consequência, a celebração de acordos. E é isso o que a Pesquisa Mediação em Números sugere, ao mostrar que a câmara que administrou mais de 70% das mediações institucionais nos últimos 10 anos é também a única em que a esmagadora maioria decorre de cláusulas escalonadas. Nas demais, nem a metade das mediações tem origem em cláusulas escalonadas.

2) *Janelas de mediação*. Os dados mostram que a realização de janelas de mediação no curso de arbitragens é muito rara. Eu acho que isso se deve a um problema de desenho de sistema e existe espaço para crescimento. De um lado, o avanço da instrução probatória aumenta o conhecimento das partes sobre suas chances de êxito e isso tende a criar ou aumentar zona de acordo. De outro lado, as partes têm dificuldades de negociar a instauração de uma mediação no calor do conflito, também com receio de que a posição de quem sugira o método seja vista como fraça. Previsão normativa não parece ser suficiente, já que a regra do art. 21, § 4º, da Lei de Arbitragem, poderia ser usada para esse fim, mas não é. O que talvez ajudasse seria a previsão, nos regulamentos das câmaras, de um momento no procedimento para um convite direto da instituição às partes para a abertura de uma janela de mediação, ao qual elas responderiam “sim” ou “não” de forma isolada. Se ambas estiverem de acordo, faz-se a mediação. Se uma ou ambas disserem não à câmara, os árbitros ficam sem saber quem quis e a parte que não quis fica sem saber se a outra quis. O receio de parecer fraco ao tribunal ou à contraparte desaparece.

3) *Duração*. A Pesquisa Mediação em Números aponta uma média de 3 a 4 meses de duração das mediações. É alta. Ainda mais quando se lembra que a média nas arbitragens é de 18 a 19 meses. Em boa parte das disputas, é possível fazer em menos tempo, havendo comprometimento dos participantes. Quanto mais concentrada no tempo for a mediação, menor o custo de oportunidade envolvido na decisão de fazê-la antes da disputa ou de abrir uma janela de mediação.

4) *Proatividade dos mediadores*. A qualidade do processo e as chances de um acordo são diretamente proporcionais ao grau de iniciativa e envolvimento do mediador. Normalmente, ele é quem tem formação técnica e é o jogador repetitivo (*repeat player*) nessa área de prática. Os advogados das partes muitas vezes não têm treinamento específico ou não têm os

incentivos adequados para mediar a disputa. A mediação tem uma dogmática e uma gramática próprias, que o mediador, mais do que ninguém no processo, domina. Assim, a mediação se beneficia de um papel mais ativo dele no auxílio às partes a buscar e construir soluções criativas, a calcular a melhor ou a pior alternativa a um acordo, a identificar a existência de zona de acordo, o ponto alvo, o ponto de reserva e assim por diante.

5) *Incentivos dos advogados*. Não me parece fazer sentido às partes que a estrutura de remuneração dos seus advogados desestime a mediação. Incentivos econômicos têm maior potencial mobilizador que exortações genéricas pela mediação, deveres éticos vagos ou o interesse na preservação de um cliente satisfeito, até porque a relação cliente-advogado pode ser apenas eventual. Convém então incluir no contrato de honorários um sistema de incentivos para superar eventuais “problemas de agência”, com modelos de remuneração que premiem habilidades e resultados buscados na mediação. P. ex., um advogado com alguma parcela de honorários de êxito terá maiores incentivos para negociar um acordo que aquele remunerado somente na base horária.

6) *A mediação é uma decisão de negócio*. O grande centro propulsor do acordo é o empresário. Os advogados e o mediador têm, claro, papel crucial para a educação dos clientes sobre o processo, as técnicas e o potencial da mediação, mas ninguém pode conhecer melhor seus interesses e avaliar melhor a conveniência de um acordo que o próprio empresário. Por isso Tom Arnold dizia que “presidentes fecham mais acordos que vice-presidentes”. É no centro decisório também que os interesses estão mais alinhados com os objetivos de redução de tempo e custos na resolução da disputa por meio da mediação. Portanto, o envolvimento direto da parte é decisivo para o crescimento da mediação empresarial. Será sempre dela a decisão sobre celebrar cláusulas escalonadas, aceitar janelas de mediação, dar incentivos adequados a seus advogados, engajar-se no processo etc.

7) *Mediação internacional*. Por fim, no plano internacional, a mediação se beneficiaria da aprovação, ratificação e promulgação da Convenção de Cingapura, assinada pelo Brasil em junho de 2021. De um lado, isso teria efeito simbólico, deixando claros aos agentes do comércio internacional que o Brasil facilita a circulação e execução de acordos. De outro lado, teria efeito prático – apesar de a Convenção ainda não estar vigente em muitos países: ela é menos exigente que o CPC quanto aos requisitos formais para execução de títulos estrangeiros e mais restritiva quanto às matérias de defesa que podem ser opostas pelo executado.

Antes de encerrar, eu queria agradecer imensamente todas as pessoas responsáveis pela organização desse Congresso. Nossas diretoras Isabel Cantidiano e Vera Cecilia Monteiro de Barros, aos coordenadores do Grupo de Estudos de Mediação Empresarial Privada do CBAr, Amedeo Papa, Nathalia Mazzonetto e Silvia Costa Brega, que têm feito um trabalho excepcional. As integrantes da nossa equipe Bruna Macedo, Ana Luiza Eisenlohr, Sofia Miretti e Noêmia Silva. A nossa parceira de tantos anos, AASP, na pessoa da sua vice-presidente Silvia Pachikoski, por mais uma vez nos ter cedido esse espaço. E, por fim, um agradecimento muito especial a todos os nossos patrocinadores, palestrantes, moderadores e congressistas.

Muito obrigado.



PESQUISA DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Arbitragem

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Mediação empresarial: números, práticas e tendências analisados a partir de pesquisa empírica (2012-2022), de Daniela Monteiro Gabbay, Ana Paula Ribeiro Nani, Vera Cecilia Monteiro de Barros e Bruno Hellmeister Lico Canal – *RARB* 79/233-254.

Uso exclusivo – proibida a veiculação

BREVES NOTAS SOBRE O DEVER DE REVELAÇÃO DO ÁRBITRO

QUICK NOTES ON THE ARBITRATOR'S DUTY TO DISCLOSE

PEDRO A. BATISTA MARTINS

Advogado, consultor, árbitro e parecerista. Autor de (i) 4 livros sobre arbitragem, (ii) *Comentários ao Código Civil* – capítulo de Títulos de Crédito (coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim), e (iii) vários artigos sobre arbitragem e outros temas do Direito. Coautor da Lei Brasileira de Arbitragem. pedro@batistamartins.com

ÁREA DO DIREITO: Arbitragem

RESUMO: O artigo aborda a ótica sob a qual deve ser empreendido o dever de revelação, a partir da compreensão do contexto social e profissional em que se situa o árbitro. Aponta não se poder exigir do árbitro o distanciamento que ordinariamente se verifica no magistrado, e que a presunção de boa-fé do árbitro pauta o dever de revelação. Ao fim, conclui que o dever de revelação se projeta sob os olhos e alcance do terceiro equidistante, ponderado e de bom senso.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem – Árbitro – Dever de revelação.

ABSTRACT: This paper addresses the viewpoint under which the duty to disclose must be fulfilled, following the understanding of the social and professional context in which the arbitrator is inserted. It points out that it is not possible to require from the arbitrator the same distancing ordinarily followed by state judges, and that the duty to disclose operates under a presumption of the arbitrator's good faith. It concludes that the duty to disclose must be fulfilled from the perspective of an equidistant, thoughtful, and reasonable third party.

KEYWORDS: Arbitration – Arbitrator – Duty to disclose.

Muito¹ se debate, se questiona, se “fala” e se perquire sobre o alcance do dever de revelação do árbitro², sem que ainda se tenha encontrado uma adequada convergência.

1. Palestra – “O Árbitro não é uma Ilha” – proferida em 17.08.2022 no XV Seminário de Arbitragem e Mediação do Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil.
2. As palavras “advogado”, “árbitro”, “magistrado” e “juiz” são utilizadas no masculino por mera facilidade, devendo ser entendidas como locuções ‘neutras’ integrativas de todos os gêneros.

A despeito dos mais de 25 anos da promulgação da Lei de Arbitragem, o tempo ainda é da essência para que o pêndulo se aproxime do centro. Ponderação e racionalidade são elementos indispensáveis nesse particular, além de uma visão mais panorâmica sobre o contexto social e profissional em que o árbitro está integrado.

Com efeito, o árbitro não é e não pode ser visto como um ser isolado, uma “ilha”. Se for, não será árbitro; simples assim.

Isso porque o isolamento – por si só – inviabiliza a indicação para atuar em procedimentos de arbitragem. Por certo, não se pode exigir do árbitro o mesmo distanciamento normalmente verificado na magistratura. Afinal, os perfis desses julgadores são largamente distintos.

A magistratura é uma carreira precedida de concurso público e, uma vez nela ingressado, ao juiz é vedado o exercício de outro ofício, exceto o magistério, bem como não lhe é permitida a atividade político-partidária.

Árbitro, ao reverso, não é profissão, apenas uma função exercida *ad hoc*. A rigor, qualquer pessoa pode ser árbitro, embora praticamente na totalidade dos procedimentos a função recaia em advogado. Com efeito, esse profissional é, antes de tudo, advogado, e não árbitro; pode, no máximo, ser *pontualmente* árbitro.

O juiz se insere nos graus de competência judiciária e sua escolha se dá por meio eletrônico de distribuição dos processos. Em sentido diametralmente oposto, o árbitro é escolhido por uma das partes e, não raro, a indicação do presidente passa pelo veto das partes aos nomes a elas submetidos em lista elaborada pelos coárbitros. Neste quadrante, prevalece a ampla autonomia da vontade.

Outrossim, enquanto a tendência natural do magistrado é a de se relacionar com seus pares, o advogado, por seu turno, corriqueira e normalmente, vive *na* e convive *com* a comunidade jurídica.

A interação do advogado com os demais colegas de profissão é um fator intrínseco à prática da advocacia. É no meio deles que o profissional circula e interage, e é com eles, portanto, que se socializa.

Os profissionais do Direito frequentemente estão em contato, inclusive para fins do exercício da profissão (v.g. reuniões, elaboração e discussão de cláusulas contratuais, estruturação de projetos, contato com os jurídicos internos).

Pode-se dizer que, por vezes, conhecer o profissional que defende os interesses da outra parte na entabulação do negócio jurídico é um elemento facilitador na sua conclusão. O conhecimento e a confiança mútua são, por certo, ativos intangíveis que podem redundar em ganho para os clientes.

Em suma, a socialização é um fator natural e relevante para o exercício da advocacia. E nesse contexto se insere, justamente, o profissional que atua como árbitro.

Ele escreve artigos, publica livros, participa e organiza seminários e mesas redondas, debate temas jurídicos, entre outras atividades. Integra associações e institutos ligados à profissão. Enfim, o advogado normalmente é um ser gregário.

Todo o conjunto de atividades, aliado à idoneidade e o respeito que granjeia na comunidade ao longo dos anos, é justamente o que o faz ser indicado para integrar painéis de arbitragem.

É exatamente por circular e interagir no meio jurídico que suas qualidades e virtudes são percebidas por seus colegas. Árbitro não é um profissional desconhecido, muito ao contrário.

O advogado não será indicado para julgar conflitos submetidos à arbitragem se for um pária da sociedade ou um ser efetivamente distante ou isolado da comunidade jurídica.

O árbitro deve ser não só *conhecido* como *reconhecido*. Não se encontrará nos anais dos procedimentos de arbitragem quem tenha indicado um profissional desconhecido para julgar disputa de seu interesse.

Percebe-se, portanto, a diferença inarredável entre os perfis do magistrado e do árbitro. Distinções essas que se verificam mundo afora e que devem ser consideradas no contexto das revelações e, conseqüentemente, das impugnações de árbitros.

Afinal, magistrado é juiz a vida inteira; árbitro é advogado a vida inteira e *está* árbitro para um caso concreto e, portanto, por tempo determinado.

Com efeito, árbitro é um profissional como qualquer outro, que circula, conversa, frequente, debate, interage, integra associações, opina. Em suma, e a rigor, é um ser sociável; um ser do mundo.

E assim é para alcançar sucesso na profissão e ser reconhecido junto aos clientes, inclusive os potenciais. Sem frequentar e sem se expor, o exercício da profissão torna-se mais difícil.

E o mesmo vale para o profissional ser nomeado árbitro. Reitere-se, o árbitro é por natureza e a rigor um ser gregário, e deve não somente ser conhecido como reconhecido nas suas áreas de atuação, sem o que, dificilmente, será indicado árbitro e, tampouco, integrará as listas de árbitros das instituições de arbitragem, ainda existentes.

Dessa conjugação de fatores decorre a confiança que angaria junto às partes e aos colegas de profissão. Pelo que conhecem do profissional emerge a confiança de que funcionará adequadamente enquanto julgador.

Frente a essa realidade, revelam-se inapropriadas ou irrelevantes certas indagações que grassam em procedimentos arbitrais, tais como se o potencial árbitro conhece ou tem alguma proximidade com os advogados dos escritórios que representam as partes.

Ressalte-se que se conhecerem ou mesmo serem amigos não gera, por si só, uma real possibilidade de viés ou predisposição em favor do cliente do advogado. Amigo indica simplesmente haver certo grau de proximidade entre as pessoas e não implica, por suposto, a intensidade que se projeta na amizade íntima.³ Esta sim – amizade íntima – deve ser efetivamente revelada pela pessoa indicada para árbitro.⁴

-
3. Nos termos de decisão do Superior Tribunal de Justiça, “a simples relação de amizade, na forma como suscitada pelo excipiente, não é bastante para demonstrar o interesse do juiz no julgamento da causa”. Diz-se amizade íntima, segundo Pontes de Miranda e Celso Agrícola Barbi, citados nesse julgado, respectivamente: “quando há laços afetivos, notórios ou não, mas verificáveis por fatos de estreita solidariedade, que possam influir no julgamento pela determinação psicológica, consciente ou não. A intimidade supõe a convivência freqüente, com certo trato familiar e dádivas que são repetidas e outros dados de ligação contínua”; “Não é qualquer amizade, mas sim a que se revista do caráter de intimidade. Esta se revela pela convivência freqüente, familiaridade no tratamento, prestação repetida de obséquios e outras manifestações exteriores de acentuada estima” (Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção, AgRg na Exceção de Suspeição 19/PR, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 09.08.2004).

Na prática, difícil encontrar profissional experiente que não tenha tido algum contato ou certo grau de proximidade com advogados que atuam na defesa dos direitos das partes na arbitragem. Por sinal, os profissionais que atuam no contencioso arbitral, regra geral, se conhecem e, não raro, frequentam os mesmos eventos acadêmicos e sociais.

Nessa senda, não se pode exigir do árbitro o distanciamento que ordinariamente se verifica no magistrado. Os contextos são distintos. No mais, o que releva e pode impactar a nomeação é a amizade íntima entre eles,⁵ e não o fato de se conhecerem ou mesmo manterem certo grau de proximidade.

Mesmo porque o que é efetivamente fundamental é o distanciamento que deve haver ao julgar a controvérsia. Esse sim o quadrante no qual se insere, se espera e se exige o distanciamento do árbitro. O árbitro deve estar despojado de influências que possam “distorcer” seu livre convencimento.

Nessa senda, percebe-se que as funções de julgador, estatal e privado, se equiparam. Independência e imparcialidade são a ambos inerentes. O devido processo legal deve ser aplicado tanto no contencioso judicial quanto no arbitral. O distanciamento ao julgar há de ser observado em ambas as jurisdições. Enfim, o que as diferencia, mas não prejudica, é a interconexão social vivenciada pelo juiz e pelo árbitro.

Inarredável é que os árbitros abstraíam-se de presunções, preconceitos e proximidades nos momentos em que deverão decidir. É esse o distanciamento que se requer e se impõe ao julgador.

Daí é que decorre a confiança mencionada na Lei de Arbitragem, haja vista que os fatos por revelar são aqueles e somente aqueles aptos a gerar dúvida efetivamente justificada *capaz de impactar ou prejudicar a imparcialidade* ou a *independência* do árbitro.

Dito de outra forma, a confiança das partes no árbitro decorre da *ausência* de fatos que, fundadamente, afetem sua imparcialidade ou independência para julgar o conflito. E não se perca da mira que a presunção de boa-fé do árbitro pauta o dever de revelação, e não o reverso, não raro observado nos questionamentos adicionais e em impugnações. Em

No AgInt na Exceção de Suspeição 176/DF, de relatoria do Ministro Og Fernandes, restou assentado que se poderia deduzir relacionamento íntimo, por exemplo, de convivência no seio familiar, convivência amorosa, relação de compadrio decorrente de laços de batismo ou outro tipo de apadrinhamento comum na vida religiosa, entre outros (Primeira Seção, j. 28.02.2018).

Em decisão do Presidente do TJSP, foi registrado que “[s]omente a amizade profunda, fraterna e afetuosa gera a suspeição” (Arguição de Suspeição n. 0015650-58.2021.8.26.0000, j. 07.06.2021).

Na decisão da 4ª Câmara Criminal do TJMG, pautada no entendimento de Guilherme de Souza Nucci, amizade íntima foi conceituada como “forte e seguro vínculo de finalidade e afeição nascido entre pessoa, implicando convívio amíuade” (Embargos de Declaração no Habeas Corpus 1.0000.21.095290-9/001, rel. Des. Corrêa Camargo, j. 11.08.2021).

4. Particularmente, tenho proximidade com boa parte daqueles que advogam e funcionam em arbitragens. Todavia, não privo de amizade íntima com praticamente nenhum deles.
5. Digo “pode impactar”, pois mesmo nesse caso a parte poderá aceitar a nomeação, como, aliás, eu mesmo já fiz ao não impugnar árbitro presidente que declarou ser padrinho do filho do advogado da contraparte e seu compadre. A idoneidade do árbitro presidente prevaleceu.

síntese, a pessoa indicada não pode ser, desde logo, encarada como suspeita ou sensível ao interesse da parte que a indicou.

Portanto, fatos que na visão singela das partes lhes sejam aparentemente sensíveis ou lhes deixem incomodadas não são, por si só, aptos a substanciar uma impugnação.

O fato deve ser do naipe que, ao fim e ao cabo, seja capaz de demonstrar que a dúvida ou receio existente é *suficientemente hábil* a afetar ou prejudicar a independência ou a imparcialidade do árbitro.

Ressalte-se não haver na Lei de Arbitragem nenhuma disposição determinando que esse exame seja levado a cabo “aos olhos das partes”. Ao contrário, segundo o texto legal, “[a]s pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar”.

Com efeito, a análise, em princípio, deve ser feita pela “pessoa indicada”, à luz do que lhe parece justificável. No entanto, de modo a balancear a verificação dos fatos, a pessoa indicada deve, no estrito limite do possível, se colocar na posição das partes (*i.e.* aos olhos das partes) para, assim, reavaliar as circunstâncias.

Todavia, a dificuldade nesse exercício não pode ser desconsiderada, dadas as índoles e idiosincrasias inerentes às partes, pessoas físicas ou mesmo jurídicas, posto que estas, meras ficções, são “presentadas” pelas pessoas naturais que integram seus órgãos de administração.

Diante desses dois parâmetros emerge o *terceiro equidistante*, ponderado e de bom senso, sob cujos olhos e alcance é que, efetivamente, se projeta o dever de revelação.

Nessa linha, cabe realçar que o dever de revelação subsume-se, repise-se, pois necessário, aos fatos que *justificadamente* gerem dúvida (efetiva ou real possibilidade) quanto à imparcialidade e independência do árbitro. Nem mais, nem menos.

Portanto, são absolutamente desnecessárias revelações que excedam essa esfera legal. A norma não impõe à pessoa indicada uma investigação e consequente dever de revelação amplo e tampouco ilimitado, inclusive no tempo. Não é esse o grau de diligência que se deve esperar do potencial árbitro.

Para além de estar fora da circunscrição da norma, a revelação de fatos não de todo relevantes e perdidos no tempo acabam, na verdade, por produzir efeito nefasto, ao “abrir as portas” para impugnações fúteis. Ademais, caso outra circunstância desse naipe passe despercebida do árbitro, procurar-se-á dar o mesmo peso e a mesma medida atribuídos aos demais fatos revelados, muito embora irrelevantes para os propósitos da lei.

Sobe-se desmedidamente o sarrafo para abarcar fatos desimportantes, em desperdício de todos e da eficiência do procedimento. Enfim, não há racionalidade em divulgar informações que não sejam, justificadamente, relevantes a ponto de afetar a imparcialidade e a independência do árbitro. Aliás, conforme se extrai do critério legal.

Por fim, não é demasiado lembrar que, paralelamente ao dever de informar, coexiste o dever da parte de se informar adequadamente. Ademais quando a pessoa indicada não é de todo conhecida da parte ou esta esteja de alguma forma insegura quanto à suposta independência ou imparcialidade do indicado.

O excesso de rigor exigido *a posteriori* do árbitro raramente é precedido de alguma dose do mesmo rigor no exercício, pela parte, do dever de se informar, em contrariedade aos ditames da boa-fé.

Enfim, ponderação, bom senso e razoabilidade são da essência na prática do dever de revelação.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Arbitragem

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Aspectos do *third-party funding* e o dever de revelação do árbitro, de Riccardo Giuliano Figueira Torre – RArb 64/163-200;
- Breves anotações sobre o dever de revelação dos árbitros, de Gustavo Tepedino e Paula Greco Bandeira – RDCC 37/31-50;
- Imparcialidade e independência do árbitro: "parcialidade evidente" vs. "dúvida justificada" e o caso abengoa, de Alessandro Torresi – RArb 59/91-117; e
- Poderes inerentes aos árbitros: os árbitros têm poderes para se protegerem em processos arbitrais?, de Marcela Melichar Suassuna – RArb 69/219-247.

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- PGR, ADPF 1.050, j. 21.08.2023, DJFe 21.08.2023 – RArb 79/347.

Uso exclusivo – proibida a veiculação

Arbitragem e Poder Judiciário

Use exclusivo – proibida a veiculação

Uso exclusivo – proibida a veiculação

**Tribunal de Justiça do
Estado de São Paulo**

Use exclusivo – proibida a veiculação

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO



TJSP – *Ag Interno na ApCiv 2061531-53.2023.8.26.0000/SP* – 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial – j. 12.09.2023 – v.u. – rel. Jorge Tosta – Áreas do Direito: Civil, Processual, Arbitragem.



Sentença arbitral suspensa para análise de possível vínculo econômico do árbitro com uma das partes.

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- TJGO, AgIn 5442663-84.2020.8.09.0000, j. 17.02.2021, *DJFe* 17.02.2021;
- TJSP, AgIn 2060107-10.2022.8.26.0000, j. 24.01.2024, *DJe* 24.01.2024; e
- TJSP, EDcl 2216686-49.2023.8.26.0000, j. 29.02.2024, *DJe* 29.02.2024.

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Coisa julgada arbitral: a natureza jurídica da sentença arbitral imutável, de Caio César Bueno Schinemann – *RArb* 65/189-207; e
- Fazenda Pública, arbitragem e execução, de Alberto Jonathas Maia – *RArb* 307/401-420.

Registro: 2023.0000790139

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2061531-53.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante C. C., A., E. E P. LTDA., são agravados H. S. L. P. LTDA, A. P. LTDA., E. E. LTDA., A. E. E P. LTDA. e A. C. E E. LTDA..

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U. Sustentaram a Drª Heloisa Fernanda Figueiredo Guedes do Amaral, OAB/SP 220910, o Dr. André Lemos Papini, OAB/MG 62.999 e o Dr. Renan Frediani Torres Peres.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente) E GRAVA BRAZIL.

São Paulo, 12 de setembro de 2023.

JORGE TOSTA
RELATOR
Assinatura Eletrônica

Agravo de Instrumento nº 2061531-53.2023.8.26.0000

Agravante: C. C., A., E. e P. LTDA.

Agravados: H. S. L. P. LTDA, A. P. LTDA., E. E. LTDA., A. E. e P. LTDA. e A. C. e E. LTDA.

Origem: Foro Central Cível/1ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM

Juiz de 1ª instância: Nome do juiz prolator da sentença Não informado

Relator(a): JORGE TOSTA

Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial
Voto 4210

Agravo de instrumento - Ação anulatória de sentença arbitral - Decisão singular que indeferiu o pedido de concessão de tutela de urgência formulado pelas agravantes, para o fim de suspender os efeitos da sentença parcial arbitral - Inconformismo - Cabimento - Árbitro que, ao ensejo do preenchimento do questionário de conflito de interesses e disponibilidade da Câmara Arbitral, afiançou a possibilidade de vir a dar pareceres, ainda que contratados pelo escritório de advocacia que patrocina o interesse de algumas das partes, desde que versando sobre objeto distinto da demanda - Contratação posterior, durante o procedimento arbitral, pelo escritório de advocacia que patrocina os interesses de uma das partes na arbitragem, de três pareceres jurídicos junto ao árbitro que proferiu a sentença arbitral - Indicação, outrossim, pelo mesmo escritório de advocacia, do mesmo árbitro que proferiu a sentença arbitral, para compor outro painel arbitral - Alegação de violação ao dever de revelação que, em tese, mostra-se consistente, ante a suposta existência de vínculo de natureza econômica do árbitro em relação aos patronos de uma das partes do procedimento arbitral - Item 5.2

do Regulamento da CAM-CCBC que prevê o impedimento de ser árbitro daquele que "tenha interesse econômico relacionado com qualquer das partes ou seus advogados, salvo por expressa concordância das mesmas" – Inexistência "in casu" de declaração expressa de concordância das partes – Alegação de que as informações eram públicas e de fácil acesso às partes e que o conteúdo dos pareceres não coincide com o objeto da contenda decidida pelo Juízo arbitral - Questões que devem ser melhor analisadas pelo juízo singular, em cognição exauriente, sendo prematuro o seu aprofundamento nesta sede e em mero juízo de cognição sumária, sob pena de supressão de instância - Suspensão dos efeitos da sentença parcial que, ao menos por ora, se impõe - RECURSO PROVIDO.

COMENTÁRIO

VIOLAÇÃO AO DEVER DE REVELAR. CONFLITO DE INTERESSES ENTRE ÁRBITRO E ADVOGADO DA PARTE. MANIFESTAÇÃO PRÉVIA, NA CONDIÇÃO DE PARECERISTA, DE OPINIÕES TEÓRICAS SOBRE A MATÉRIA *SUB JUDICE*. RISCO DE PRÉ-JULGAMENTO. SUSPENSÃO DA SENTENÇA ARBITRAL

Em 12 de setembro de 2023, a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP deu provimento a dois agravos de instrumento, interpostos pelas requeridas em procedimento arbitral, que foram julgados em conjunto, para suspender, em ações anulatórias, os efeitos de sentença arbitral com fundamento no conflito de interesses entre um dos árbitros e o escritório de advocacia que representou a parte (requerente) que o indicou na arbitragem.

O acórdão do TJSP é o mais recente entre uma sequência de três decisões da mesma Câmara julgadora sobre o tema em menos de um ano, (v. TJSP. Apelação Cível 1116375-63.2020.8.26.0100. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Maurício Pessoa. J. 01.08.2023 – Caso *Eletropaulo*; e TJSP. Apelação Cível 1097621-39.2021.8.26.0100. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Jorge Tosta. J. 22.11.2022 – Caso *Esho*).

CONTEXTUALIZAÇÃO DA CONTROVÉRSIA

As agravantes, de um lado, e as agravadas, de outro, são, respectivamente, requeridas e requerentes em procedimento arbitral em curso, regido pelo Regulamento de Arbitragem do Centro de

Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá ("CAM-CCBC") de 2012. Após o tribunal arbitral proferir sentença arbitral parcial, as requeridas propuseram, separadamente, ações anulatórias perante o judiciário, requerendo, em caráter de urgência, a imediata suspensão dos efeitos da sentença.

Conforme as requeridas, autoras das ações anulatórias, a sentença seria nula em razão da falta de imparcialidade e independência do árbitro indicado pelas requerentes, rés nas ações anulatórias, o Sr. M.V.V.A. ("M"), que não teria revelado às partes os seguintes fatos relevantes: (i) primeiro, o escritório que representa algumas das agravadas (requerentes) no procedimento consultou M para a elaboração de pareceres jurídicos em relação a processos não relacionados e em benefício de terceiros, sendo que M foi contratado em três ocasiões distintas, duas delas antes da prolação da sentença arbitral parcial; (ii) além disso, o mesmo escritório de advocacia também indicou M como árbitro em outra arbitragem, que, porém, não envolvia as partes e tinha como objeto matéria diversa àquela do primeiro procedimento arbitral.

Em que pesem tais fatos tenham todos ocorrido no curso da arbitragem, teriam sido descobertos somente depois de proferida a sentença arbitral parcial.

Embora não tenha revelado os fatos acima, M, em suas respostas ao questionário de conflito de interesses e disponibilidade do CAM-CCB, cujo preenchimento é exigido pelo regulamento aplicável como condição para a regular constituição do tribunal arbitral¹, revelou que, entre suas atividades profissionais, "inclui-se a elaboração de pareceres para serem utilizados em juízo ou em arbitragem". Nessa oportunidade, M também alertou às partes, desde logo, que poderia aceitar pedidos de elaboração de pareceres, "mesmo que por alguns dos escritórios envolvidos neste procedimento, mas desde que no interesse de outras partes e sobre matérias diversas das tratadas na arbitragem". Tais revelações não foram objeto de impugnação pelas partes.

Após o indeferimento dos pedidos de tutela de urgência formulados nas ações anulatórias, as autoras interpuseram, cada qual, agravos de instrumento ao TJSP, que foram providos.

O ACÓRDÃO DO TJSP E SEUS FUNDAMENTOS

Em sentido diverso da decisão do juízo de primeiro grau, o TJSP concluiu que M deveria ter revelado os fatos impugnados pelos agravantes. Nesse sentido, o acórdão ressaltou, fazendo referência à jurisprudência do STJ, que o dever de revelação do árbitro permanece durante todo o curso do processo arbitral (v. SEC 9.412/US. Rel. p/o Acórdão Min. João Otávio de Noronha. J. 30.05.2017). Assim, o mero apontamento por M, no início da arbitragem, de que poderia vir a eventualmente dar pareceres que seriam utilizados pelos escritórios de advocacia envolvidos no procedimento não seria suficiente para se ter como cumprido seu dever de revelação, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei de Arbitragem Brasileira e do regulamento arbitral.

Além disso, o TJSP entendeu que os fatos não revelados poderiam evidenciar, em tese, "possível vínculo de natureza econômica" do árbitro com os advogados que representam as agravadas, o que configuraria impedimento absoluto à indicação de M segundo o regulamento aplicável. Nesse particular, o regulamento do CAM-CCBC, de 2012, impede a nomeação de árbitro que

1. A cláusula 4.6 do Regulamento de Arbitragem do CAM-CCBC de 2012 dispõe: "4.6. A Secretaria do CAM-CCBC informará às Partes e aos árbitros sobre as indicações realizadas. Nesta oportunidade, os árbitros indicados serão solicitados a preencher Questionário de Conflitos de Interesse e Disponibilidade do CAM-CCBC, abreviadamente denominado Questionário, no prazo de 10 (dez) dias."

tenha "interesse econômico" relacionado com os advogados das partes, salvo em caso de concordância destas².

No caso, o TJSP considerou que o mero fato de as partes não terem impugnado a indicação de M como árbitro, ao receberem suas respostas ao questionário de conflito de interesses, não significaria o reconhecimento de sua imparcialidade e independência.

Por fim, em *obiter dicta*, o TJSP observou que um dos três pareceres concedidos por M versou sobre instituto jurídico idêntico àquele discutido na arbitragem (qual seja, o exercício do direito de preferência), implicando risco de pré-julgamento da controvérsia apto a justificar, em tese, a anulação da sentença.

De acordo com o TJSP, embora o parecer tivesse abordado a questão dentro de contexto distinto, isso não afastaria o risco de pré-julgamento, uma vez que mesmo "considerações de cunho teórico a respeito do tema" poderiam "perfeitamente se mostrar amoldáveis ao caso em julgamento na arbitragem". Entretanto, tendo em vista que a questão acerca da eventual identidade entre as matérias não tinha sido suscitada pelas agravantes no processo, o TJSP reservou sua apreciação ao juízo de primeiro grau.

O DEVER DE REVELAR DO ÁRBITRO PERMANECE DURANTE TODO O PROCEDIMENTO

Ao decidir que o dever de revelar do árbitro permanece durante todo o procedimento arbitral, não se restringindo apenas à revelação inicial das informações eventualmente exigidas pelo questionário da respectiva câmara que será responsável pela administração da arbitragem, cujo regulamento é escolhido pelas partes, o acórdão do TJSP se alinhou ao entendimento que já prevalecia dentro da comunidade acadêmica e doutrina especializada brasileiras³.

Além disso, essa posição reflete a prática internacional, conforme se depreende de decisões no mesmo sentido na Inglaterra (*Haliburton v Chubb*, [2020] UKSC 48) e na França (*Dommo Energia*, 19/07575, 25.02.2020, Cour D'Appel de Paris; *Vidatel Ltd.*, 19/10666, 26.01.2021, Cour D'Appel de Paris). Por fim, é essa, também, a posição dos principais regulamentos de arbitragem do mundo, que reconhecem expressamente o caráter contínuo do dever de revelação do árbitro⁴.

2. A cláusula 5.2(I) do Regulamento de Arbitragem do CAM-CCBC de 2012 dispõe: "5.2. Não pode ser nomeado árbitro aquele que: (I) tenha interesse econômico relacionado com qualquer das partes ou seus advogados, salvo por expressa concordância das partes".
3. Veja-se, nesse sentido, a posição institucional do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBar), refletida no art. 2. das "Diretrizes do CBar sobre o dever de revelação do(a) árbitro(a)", publicadas em setembro de 2023: "O dever de revelação do(a) árbitro(a) previsto no artigo 14, § 1º, da Lei de Arbitragem, permanece durante todo o curso do processo arbitral, até o esgotamento da jurisdição do(a) árbitro(a)." Ainda, o Enunciado 109, aprovado na II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, da Justiça Federal, que dispõe: "O dever de revelação do árbitro é de caráter contínuo, razão pela qual o surgimento de fatos que denotem dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência deve ser informada no curso de todo o procedimento arbitral." Igualmente: ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Imparcialidade dos Árbitros* (Tese – Doutorado em Direito Processual – Faculdade de Direito, USP) São Paulo, 2014. p. 194; MARQUES, Ricardo Dalmaso. *O dever de revelação do árbitro*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 215.
4. A título de exemplo: Art. 13.5 SIAC Rules (2016); Art. 5.5 LCIA Arbitration Rules (2020); Art. 11.3 ICC Arbitration Rules (2021); Regra 19(6) ICSID Arbitration Rules (2022); e Art. 11 UNCITRAL Arbitration Rules (2021).

O CONFLITO DE INTERESSES ENTRE ÁRBITRO E ADVOGADO DA PARTE (OS CASOS DE *DOUBLE-HATTING* E *REPEAT APPOINTMENTS*)

O acórdão trata de dois temas bastante discutidos na doutrina e jurisprudência internacionais: os casos de *double-hatting* e *repeat appointments*.

A primeira expressão identifica a situação em que o mesmo indivíduo atua, de maneira concomitante, em mais de um processo arbitral, exercendo, em cada um, diferentes funções. Ou seja, a um só tempo, a mesma pessoa, em uma arbitragem, atua como árbitro, e, em outra, como advogado ou, como no caso concreto, parecerista. Já o segundo termo refere-se à situação em que o mesmo árbitro é indicado reiteradas vezes pelo mesmo escritório ou pela mesma parte (na língua inglesa, *repeat appointments*).

Inicialmente, considerando que o acórdão teve como fundamento disposição específica do regulamento arbitral aplicável, as conclusões ali alcançadas devem ser restritas ao caso concreto e seu quadro fático. Com efeito, sua aplicação deve mesmo ser bastante limitada, uma vez que a disposição foi suprimida pelo novo regulamento da CAM-CCBC, que entrou em vigor em 1º de novembro de 2022 e se aplica a todas as arbitragens instauradas a partir dessa data⁵.

Nada obstante, conforme as Diretrizes da IBA sobre Conflito de Interesses em Arbitragem, que são relevantes para a aferição da extensão do dever de revelação do árbitro nos termos do art. 14, § 1º, da Lei de Arbitragem (cf. TJSP. Apelação Cível 1116375-63.2020.8.26.0100⁶), só existe impedimento absoluto para atuação do árbitro caso este tenha um "*significant financial or personal interest*" (g. n.) no resultado da arbitragem⁷.

Por sua vez, conforme decisões arbitrais internacionais, a demonstração de interesse dessa natureza depende, entre outros: (i) da *proximidade* do árbitro com a parte ou o advogado que a represente na arbitragem; (ii) da *intensidade* e frequência das interações entre eles; (iii) do grau de *dependência* pelo árbitro dos benefícios obtidos em virtude da relação mantida com a parte ou seu advogado; (iv) e, por fim, da *magnitude* desses benefícios⁸.

5. A disposição relevante do Regulamento do CAM-CCBC de 2012, aplicável ao caso, não consta do novo regulamento, que passou a prever apenas que: "9.2. O árbitro deverá permanecer, durante todo o curso da arbitragem, independente e imparcial."
6. Nessa oportunidade, a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP, em caso que também versou sobre o conteúdo e extensão do dever de revelação do árbitro, consignou que, "ainda que não sejam cogentes, interessam, aqui, as 'Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration', com as quais a IBA pretendeu fornecer critérios objetivos em relação ao dever de revelação, oferecendo, assim, importante contribuição para a definição do alcance dele".
7. A situação é elencada no item 1.3 da lista vermelha não renunciável das Diretrizes da IBA: "The arbitrator has a significant financial or personal interest in one of the parties, or the outcome of the case."
8. Confira-se: "In seeking criteria for the evaluation of such alleged connection between a party and an arbitrator and its effect on that arbitrator's independence and impartiality, we identify four that we think are particularly important. They are as follows: Proximity: How closely connected is the challenged arbitrator to one of the parties by reason of the alleged connection? The closer the connection between an arbitrator and a party, the more likely that the relationship may influence an arbitrator's independence of judgment and impartiality; Intensity: How intense and frequent are the interactions between challenged arbitrator and one of the parties as a result of the alleged connection? The more

Nenhum desses fatores foi analisado pelo TJSP no caso concreto, contudo. Com efeito, sequer se ponderou acerca da notória idoneidade do árbitro em questão, assim como tampouco foi levado em consideração o fato de que o escritório que o indicou é integrado por uma banca com centenas de advogados e intensa atuação na área de arbitragem.

A PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DE OPINIÕES TEÓRICAS SOBRE A MATÉRIA *SUB JUDICE* E A INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DO ÁRBITRO (O CASO DOS *ISSUE CONFLICTS*)

Por fim, quanto às opiniões manifestadas pelo árbitro no contexto de outros procedimentos arbitrais, não relacionados às partes, a realidade é que árbitros são indicados, no mais das vezes, em virtude, fundamentalmente, da sua atuação acadêmica e profissional, seja como parecerista ou advogado.

Nesse aspecto, nas palavras de ministro da Suprema Corte americana, em famoso caso que envolveu a não revelação pelo árbitro de relação profissional que este manteve com uma das partes, "[i]t is often because they are men of affairs, not apart from, but of, the marketplace that they are effective in their adjudicatory function" (*Commonwealth Coatings v Continental Cas.*, 393 US 145 (1968) SCOTUS).

Entretanto, a despeito de ser natural – e, até mesmo, desejável – que os árbitros sejam estudiosos dos temas sobre os quais poderão vir a ser chamados a decidir, o denominado "issue conflict" é corriqueiramente invocado por partes em arbitragens como fundamento para impugnar sua indicação. Sendo assim, é de se indagar: a imparcialidade do árbitro para julgar a controvérsia pode mesmo ser infirmada em virtude de posições teóricas, de cunho abstrato (*i.e.*, não relacionadas com os fatos *sub judice*), que este tenha defendido enquanto acadêmico, advogado ou parecerista?

No contexto da arbitragem internacional, a manifestação do árbitro, em sede doutrinária ou não (por exemplo, ao se pronunciar sobre questão semelhante em outro caso, com outras partes, em que atue ou tenha atuado como árbitro), de opiniões de natureza teórica sobre os temas debatidos no procedimento, sem adentrar no mérito das alegações das partes, não implica, em regra, conflito de interesses ou pré-julgamento da matéria⁹⁻¹⁰.

frequent and intense the interaction by virtue of the relationship between an arbitrator and a party the more probable that such relationship will affect the arbitrator's independence of judgment and impartiality; Dependence: To what extent is the challenged arbitrator dependent on one of the parties for benefits as a result of the connection? The more an arbitrator is dependent on a relationship for benefits or advantages the more likely that the relationship may influence the arbitrator's independence of judgment and impartiality; and Materiality: To what extent are any benefits accruing to the challenged arbitrator as a result of the alleged connection significant and therefore likely to influence in some way the arbitrator's judgment? Obviously significant benefits derived from a relationship will be more likely to influence an arbitrator's judgment and impartiality than negligible or insignificant benefits" (*AWG Group Ltd v The Argentine Republic*, Decision on a Second Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal, Jeswald W. Salacuse, Pedro Nikken, 12.05.2008. § 35).

9. Quanto a opiniões doutrinárias manifestadas pelo árbitro: "The Two Members seized with the challenge submitted by Claimants are of the view that the mere showing of an opinion, even if relevant in a particular arbitration, is not sufficient to sustain a challenge for lack of independence or

Justamente por não infirmar a imparcialidade e independência do árbitro, trata-se de situação elencada na lista verde das Diretrizes da IBA, que, portanto, não precisaria, salvo circunstâncias excepcionais, ser reveladas às partes¹¹.

impartiality of an arbitrator. For such a challenge to succeed there must be a showing that such opinion or position is supported by factors related to and supporting a party to the arbitration (or a party closely related to such party), by a direct or indirect interest of the arbitrator in the outcome of the dispute, or by a relationship with any other individual involved, such as a witness or fellow arbitrator" (*Urbaser S.A. v The Argentine Republic*, Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, Arbitrator, Pedro J. Martínez-Fraga, Andreas Bucher, 12.08.2010. § 45). Quanto a opiniões manifestadas pelo árbitro enquanto julgador, ao decidir questão semelhante em procedimento arbitral envolvendo outras partes e que não seja relacionado aos fatos *sub judice*: "In the opinion of the Two Members, the rationale behind the potential for the conflict of interest identified in Section 3.1.5 relates to cases where, by reason of the close interrelationship between the facts and the parties in the two cases, the arbitrator has in effect prejudged the liability of one of the parties in the context of the specific factual matrix. They agree with the formulation of the French court, cited with approval in Poudret and Besson, that there is 'neither bias nor partiality where the arbitrator is called upon to decide circumstances of fact close to those examined previously, but between different parties, and even less so when he is called upon to determine a question of law upon which he has previously made a decision'" (*Tidewater et al. v The Bolivarian Republic of Venezuela*, Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator, Campbell MacLachlan, Andrés Rigo Sureda, 23.12.2010. § 67).

10. Nesse sentido, as Regras de Ética para Árbitros Internacionais da IBA já previam, desde 1987, que: "Partiality arises when an arbitrator favours one of the parties, or where he is prejudiced in relation to the *subject-matter of the dispute*. [...] The same is true if an arbitrator has a material interest in the *outcome of the dispute*, or if he has already taken a *position in relation to it*" (g.n.). O objeto da controvérsia e o resultado da demanda são definidos pela causa de pedir e pelos pedidos alegados pelo requerente, assim como pelas teses de defesa suscitadas pelo requerido. Significa dizer, não podem existir em abstrato. Logo, manifestações teóricas sobre temas que tangenciem a demanda, sem adentrar, porém, nos fatos ali especificamente alegados, na sua qualificação jurídica ou nos pedidos formulados pelas partes, nunca podem infirmar a imparcialidade ou independência do árbitro para julgar a causa arbitral.
11. A situação é elencada no item 4.1.1 da lista verde das Diretrizes da IBA: "4.1 Previously expressed legal opinions. 4.1.1 The arbitrator has previously expressed a legal opinion (such as in a law review article or public lecture) concerning an issue that also arises in the arbitration (but this opinion is not focused on the case)." Embora a situação em que o árbitro é contratado para atuar como parecerista em demanda não relacionada, como no caso concreto, seja distinta daquela em que ele ou ela expressa sua opinião acadêmica em sede doutrinária, a solução deve ser rigorosamente a mesma. Primeiro, porque o parecerista, ainda que não seja plenamente independente da parte que o contratou, permanece sujeito a deveres éticos de honestidade e objetividade (vide, por exemplo, aqueles previstos pelo Art. 5.2 das Regras da IBA sobre Produção de Provas em Arbitragem Internacional e pelo Art. 4 do Protocolo do CIArb acerca de Assistentes Técnicos e Peritos). Segundo, porque a opinião do parecerista será sempre restrita aos fatos da causa em relação à qual este tenha sido contratado a opinar, de modo que, em regra, não dirá respeito ao conteúdo da demanda em que o mesmo indivíduo atua como árbitro.

CONCLUSÃO E IMPLICAÇÕES DA DECISÃO

Em primeiro lugar, a decisão do TJSP traz relevantes esclarecimentos acerca da extensão do dever de revelar do árbitro, alinhando-se à posição já consolidada na doutrina. Assim, afasta qualquer dúvida quanto à natureza contínua desse dever, que permanece durante todo o curso do procedimento arbitral.

Já no que se refere aos temas de *double hatting* e *repeat appointments*, a solução a que chegou o Tribunal deve restringir-se ao caso concreto, pelos motivos mencionados anteriormente. Até porque, caso estendida a demais situações, contrariaria frontalmente a jurisprudência recentíssima da própria Câmara julgadora, segundo a qual, a fim de aferir o alcance do dever de revelação do árbitro, deve-se levar em consideração as Diretrizes da IBA, cujo conteúdo reconhecidamente reflete as melhores práticas arbitrais e, por via de consequência, em última análise, as expectativas legítimas das partes.

Em todo o caso, a decisão serve de alerta para que as partes em procedimentos arbitrais fiscalizem atentamente a recomendação de árbitros pelos seus advogados, solicitando, se necessário, que, antes da indicação do profissional recomendado para compor o tribunal arbitral, o escritório informe se patrocina causas nas quais este tenha sido contratado como parecerista ou se o nomeou como árbitro em outros procedimentos. Da mesma maneira, o advogado deve ser transparente com seu cliente acerca tanto dos contatos que manteve ou mantém com o profissional que pretende indicar como árbitro, ainda que entenda que a intensidade dessas interações não comprometa sua imparcialidade ou independência, assim como do risco que isso venha a ser eventualmente invocado, pela parte contrária, como fundamento para sua impugnação.

É dizer, a escolha do árbitro deve sempre recair à parte, que, uma vez ciente desses fatores, deve ponderá-los ao decidir, levando em consideração a respeitabilidade e competência do profissional recomendado.

Por fim, ao sugerir que, ao menos em tese, sentenças arbitrais podem ser anuladas em razão de opiniões pessoais e de cunho teórico manifestadas pelos árbitros sobre matérias semelhantes às que-las discutidas na arbitragem, o acórdão do TJSP contraria a prática internacional, gerando sensível insegurança jurídica.

PEDRO LINS CONCEIÇÃO DE MEDEIROS

Advogado. LLM na Universidade de Cambridge.
plins@padismattar.com.br

Trata-se de agravo de instrumento interposto em ação anulatória de sentença arbitral, em face da r. decisão de fls. 2.255/2.261 dos autos de origem, proferida pelo Douto Juiz de Direito Guilherme de Paula Nascente Nunes, da 2ª Vara Empresarial e de Conflitos Relacionados na Arbitragem¹, a qual indeferiu o pedido de

¹ A mesma decisão, reconhecendo a existência de conexão com o processo n. 1066273-03.2021, remeteu os autos à 1ª Vara Empresarial da Comarca desta Capital.

concessão de tutela de urgência formulado pela correquerida A.C.E. Ltda., para o fim de suspender os efeitos da sentença parcial arbitral cuja anulação se pretende, com efeitos retroativos à data de sua prolação, sob o fundamento de violação ao dever de revelação por parte de um dos árbitros prolator da decisão, Dr. M. V. V. A.

Aduz a agravante e corrê A.C.E. Ltda, em síntese, que: **i)** mesmo depois de ter apresentado contestação e, bem assim, da apresentação de respostas pelas outras rés, tomou conhecimento de fatos novos, os quais confirmam que o árbitro eleito pelas requeridas na arbitragem teria prestado serviços profissionais em prol de clientes patrocinados pelo escritório B.M.A. Advogados, o qual, por sua vez, patrocina os interesses das agravadas HSL Ltda, A.E. SA, e A.P Ltda. Tais serviços consistiram na elaboração de três pareceres, emitidos durante o curso da arbitragem, ou seja, enquanto o Dr. M. V. V. A. atuava como árbitro, o que indica a nulidade da sentença arbitral em face da não revelação às partes da referida circunstância; **ii)** o magistrado singular se equivocou ao indeferir o pedido ao fundamento de que as partes poderiam ter recusado o árbitro mas não o fizeram, eis que somente tomaram conhecimento de tais circunstâncias depois de já ter sido proferida a sentença parcial arbitral; **iii)** a constatação, pelo juízo singular, de que os pareceres não versam sobre o mesmo tema da arbitragem é irrelevante, pois, no seu entender, pouco importa o conteúdo dos pareceres, eis que a cláusula 5.2 (I) do Regulamento da Arbitragem da CAM-CCBC - Câmara de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CAM-CCBC”) exige apenas a existência de interesse econômico entre árbitro e advogados das partes, para caracterizar o alegado impedimento. Finalmente, propugna pela antecipação da tutela recursal, suspendendo-se os efeitos da sentença parcial e, ao final, pelo provimento do agravo.

As agravadas HSL P. Ltda, A.E. SA e A. P. Ltda se manifestaram a fls. 31/38, alegando que o pedido de antecipação da tutela recursal deve ser indeferido, porque: **i)** a agravante teve acesso à revelação 12, segundo o a qual o Dr. M.V.V.A. afirmou que poderia vir a dar pareceres aos escritórios que atuam na arbitragem, *desde que no interesse de outras partes e sobre matérias diversas das tratadas na arbitragem* (fls. 42 deste agravo); **ii)** ainda que assim não fosse, contudo, a emissão dos pareceres não constitui fato novo, eis que estes sempre estiveram disponíveis nos sistemas públicos dos tribunais, sendo descabidas tais alegações depois de mais de um ano da data em que proferida a sentença arbitral que rejeitou o pedido de esclarecimentos; **iii)** a emissão dos pareceres não se amolda em nenhuma das hipóteses dos arts. 144 e 145 do CPC, tampouco nas Diretrizes da IBA – *Bar Association sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional*, parâmetro global utilizado para verificação da imparcialidade dos árbitros; **iv)** não há risco patrimonial, tampouco urgência para suspender decisão prolatada há mais de um ano e que já fez coisa julgada.

Oposição ao julgamento virtual a fls. 45, 47 e 49.

Contraminuta de H.S.L.P. Ltda, A.E.P S.A. e A.P. Ltda a fls. 65/114, sustentando, em resumo, o seguinte: **i)** busca a agravante, com o presente recurso, furtar-se ao cumprimento da sentença parcial, a qual já fez coisa julgada entre as partes; **ii)** os fatos narrados são antigos e públicos, o que retira o alegado perigo de dano, necessário à concessão da medida; **iii)** os mesmos fundamentos aqui alegados já foram objeto de análise por este Relator, em demanda assemelhada, na qual se reconheceu a improcedência dos pedidos de reconhecimento de impedimento, imparcialidade ou violação do dever de revelação por parte do árbitro; **iv)** por ocasião da apresentação de resposta ao questionário de conflitos de interesse e disponibilidade do

CAM-CCBC, em 14/03/2017, houve expressa concordância com a nomeação do árbitro, renunciando, assim, ao direito de impugná-lo, nos termos do dever de boa-fé objetiva; **v)** os pedidos estão fulminados pela preclusão e pela decadência, além de configurarem abuso de direito e violação da boa-fé objetiva, nos termos dos arts. 14, §2º, 20 e 33, §1º, da LArb e, bem assim, dos arts 187 e 422 do CC; **vi)** nenhuma das situações aqui descritas se enquadra na lista vermelha de situações descritas nas diretrizes IBA; **vii)** os supostos fatos novos não podem ser admitidos como prova, em face de sua extemporaneidade, e sua exposição tardia representa inovação ilegal da causa de pedir, eis que a narrativa é posterior à apresentação de defesas pelas requeridas, ora agravadas, em primeiro grau; **viii)** nem os pareceres nem a atuação em arbitragem configuram o dever de violação por parte do árbitro impugnado; **ix)** os pareceres tratam de assuntos distintos dos temas discutidos nesta demanda, além de envolverem partes diversas, evidenciando a ausência de qualquer relação direta ou indireta com o objeto desta demanda.

A E. E. Ltda respondeu ao agravo a fls. 325/342, articulando, em apartada síntese, que: **i)** a agravante confessou em suas razões recursais ter inovado na causa de pedir, caracterizando, assim, violação ao disposto no art. 329 do CPC; **ii)** o direito da agravante não é provável, eis que os fatos aqui narrados não caracterizam impedimento ou suspeição, nos termos dos arts. 144 e 145 do CPC; **iii)** não houve violação do dever de revelação eis que as partes tinham conhecimento de todos os acontecimentos, e a elaboração de pareceres não acarreta vulneração da imparcialidade ou independência do árbitro, até porque os pareceres foram contratados pelo cliente e não pelo escritório; **iv)**

não há perigo de dano apto a justificar a concessão da tutela de urgência.

Contraminuta de C.C.A.E.P. Ltda a fls. 417/426, a alegar que adere aos argumentos da agravante, em consonância com o seu próprio recurso também interposto no bojo da ação anulatória, em vista da violação do dever de revelação pelo árbitro, fato que acabou por macular aquele procedimento, comprometendo os deveres de imparcialidade e independência.

A mesma decisão foi objeto do agravo de instrumento n. 2061531-53.2023.8.26.0000 interposto pela C.C.A.E.P Ltda, autora da demanda, que alegou, em resumo: **i)** que a sentença parcial arbitral é nula, eis que o árbitro Dr. M. V. V. A. manteve relações econômicas com os advogados das partes da arbitragem, sem que tenha revelado tal fato às partes, vulnerando, assim, o regulamento da arbitragem do CAM-CCBC; **ii)** a decisão recorrida está equivocada, pois os fatos ocorreram durante o procedimento arbitral e a agravante tomou conhecimento deles apenas depois de proferida a sentença e de ter ajuizado a demanda anulatória; **iii)** os temas abordados nos pareceres (direito de preferência na aquisição de participação societária e apuração de haveres em dissolução parcial de sociedade) são os mesmos objeto da sentença cuja anulação se requer; **iv)** a sentença parcial não foi unânime, de modo que o voto em questão foi determinante para o resultado ali proclamado. Finalmente, ressalta a urgência na concessão da medida, eis que o processo arbitral prossegue baseando-se em sentença parcial nula.

As agravadas se manifestaram a fls. 75/83, articulando, em resumo, os mesmos fundamentos acima relatados.

Oposição ao julgamento virtual a fls. 90 e 92.

Contraminuta de H.S.L Ltda, A. E. e P. S.A. e A. P. Ltda a fls. 108/158, pelo improvimento do agravo, com esteio nos mesmos fundamentos apresentados no recurso de n. 2061345-30.2023.

Por razões de economia processual, este Relator procederá ao julgamento conjunto de ambos os recursos. As menções a números de folhas, quando não especificadas, dirão respeito ao processo n. 1066412-52.2021.8.26.0100.

Segundo consta dos autos, a agravante C.C.A.E.P Ltda propôs ação anulatória de sentença arbitral, tendo alegado em sua exordial que a sentença parcial proferida naquele procedimento seria inválida por diversas razões, destacando, entre elas, ausência de fundamentação e violação do dever de revelação de um dos árbitros prolator da sentença.

Já a agravante A. C. e E. Ltda propôs demanda declaratória de invalidade, alegando que a decisão carece de fundamentação, motivo pela qual não poderá prevalecer.

No processo de n. 1066412-52.2021, depois que a agravante A. C. e E. Ltda já havia sido citada e se manifestado, apresentou ela a petição de fls. 1.950/1.959, na qual narrou que as partes tomaram conhecimento de que, depois de instaurado o procedimento arbitral, o Dr. M.V.V.A teria prestado serviços ao

escritório B.M.A. Advogados, o qual patrocina, na arbitragem, os interesses das demais agravadas. Indeferido o pedido de tutela de urgência, interpôs o presente agravo.

Pela decisão de fls. 93/101, este Relator deferiu os pedidos de antecipação da tutela recursal formulados pelas agravantes, para suspender os efeitos da sentença parcial arbitral, com efeitos retroativos à data em que fora proferida.

É o relatório.

VOTO.

O agravo deve ser provido.

Registre-se, desde logo, que o presente recurso não se presta a discutir o mérito da ação de origem, mas tão somente a existência ou não dos pressupostos para a concessão da tutela de urgência almejada, notadamente quanto à suspensão dos efeitos da sentença arbitral.

Nessa toada, parece consistente a alegação de que teria havido violação ao dever de revelação por parte do árbitro Dr. M. V. V. A., de molde a configurar a probabilidade do direito alegado.

Como ressaltou o douto e saudoso Desembargador ARALDO PELLERES, o dever de revelação é o “*pilar da confiança exigida para a efetividade da jurisdição arbitral (artigo 13 da Lei de Arbitragem)*”² e sua não observância compromete todo o procedimento e a própria sentença arbitral. Referido dever, registre-se, há de ser

² Conforme decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 2168475-50.2021.

observado não apenas no início do procedimento arbitral, quando indicados e nomeados os árbitros, mas durante o procedimento.

RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, em artigo publicado em 03.05.2021 na revista *Justiça & Cidadania*, ensina que “*A observância desse dever não é exigível apenas antes de o árbitro aceitar a função, mas 'durante todo o curso do procedimento arbitral até o seu fim'. Ou seja, o dever de revelação não se exaure no momento de aceitação do encargo, mas se protraí no tempo, caracterizando-se como 'dever contínuo do árbitro'. Tal característica não é peculiar à jurisdição brasileira. O próprio regulamento da Câmara de Comércio Internacional (CCI) determina que o dever de revelação se estende a quaisquer fatos e circunstâncias que surjam durante a arbitragem, cabendo ao árbitro revelá-los, imediatamente, à secretaria da câmara*”³.

No mesmo sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “*Ademais, é evidente que a observância do dever previsto no § 1.º do art. 14 da Lei de Arbitragem brasileira não é exigida apenas antes de o indicado árbitro aceitar a função, como diz a redação da lei, pois ela disse menos do que deveria, já que é evidente que não apenas antes da aceitação da função de árbitro, como após aceitá-la e **durante todo o curso do procedimento arbitral até o seu fim, tem o árbitro o dever de revelar qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade**, pois, do contrário, estaria aberta a possibilidade*

³ <https://www.poder360.com.br/opiniaio/o-dever-de-revelacao-do-arbitro-na-jurisprudencia-do-stj-escreve-ricardo-villas-boas-cueva/>

de fraude ou burla ao espírito do mesmo § 1.º do art. 14 e ao princípio da boa-fé, exigível durante todo o procedimento arbitral. O dever de revelação exigido pelo art. 14, § 1.º da Lei n.º 9.307/96 trata-se de um dever contínuo do árbitro. (SEC 9412/US, rel. Min. Relator para acórdão João Otávio de Noronha, j. 30/05/2017, destaques no original).

No casos dos autos, embora tenha o árbitro Dr. M. V. V. A. informado, em 14.03.2017, no questionário de conflito de interesses da CAM-CCBC, que, dentre suas atividades profissionais, "*... inclui-se a elaboração de pareceres para serem utilizados em juízo ou em arbitragem*" e que poderia aceitar pedidos de elaboração de pareceres "*... mesmo que por alguns dos escritórios envolvidos neste procedimento, mas desde que no interesse de outras partes e sobre matérias diversas das tratadas na arbitragem*" (fls. 42), plausível se mostra a alegação de violação ao disposto no art. 14, §1º, da Lei de Arbitragem e ao próprio Regulamento da CAM-CCBC - Câmara de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, ante a elaboração, durante o curso do procedimento arbitral, de 3 pareceres jurídicos encomendados pelo mesmo escritório de advocacia que patrocinou e patrocina os interesses de uma das partes na arbitragem, sendo dois deles elaborados e juntados aos respectivos processos antes da sentença arbitral que ora se pretende anular⁴, além da indicação do mesmo árbitro pelo mesmo escritório de advocacia em

⁴ Os pareceres jurídicos contratados pelo escritório B.M.A. Advogados foram juntados nos autos respectivos em **29.09.18** (fls. 1.986/2.013), **21.01.20** (fls. 2.014/2.048) e **28.09.21** (fls. 2.049/2.090). A sentença parcial objeto do pedido de anulação fora prolatada em 07.01.21 (fls. 68). O pedido de esclarecimentos fora formulado em 29.01.21 (fls. 161) e decidido em 29.03.21 (fls. 189).

outra arbitragem⁵, a evidenciar, em tese, possível vínculo de natureza econômica do árbitro em relação aos patronos de uma das partes do procedimento arbitral.

De se registrar, por importante, que o item 5.2 do Regulamento da CAM-CCBC excepciona a citada vedação para funcionar como árbitro desde que exista *expressa concordância das partes*. Não há nos autos, porém, ao menos até o momento, nenhuma prova escrita de que tenha havido tal concordância.

Veja-se:

5.2. Não pode ser nomeado árbitro aquele que:

(...)

(l) tenha interesse econômico relacionado com qualquer das partes ou seus advogados, salvo por expressa concordância das mesmas.

Merece melhor investigação e análise, ainda, a alegação de que alguns desses pareceres teriam tratado de temas iguais ou semelhantes ao objeto da sentença arbitral impugnada, o que pode ter ensejado indevido pré-julgamento ou adiantamento da questão decidida na arbitragem.

Veja-se que o parecer de fls. 2.049/2.090 trata do exercício do direito de preferência, matéria que *também é objeto de discussão* na arbitragem cuja sentença se pretende anular.

⁵ A nomeação, pelo mesmo escritório, para atuação em outra arbitragem se deu em 22.11.19, tendo sido aceita pela parte contrária em 12.12.19 (fls. 2.091/2.109).

É verdade que, no caso do parecer, o pano de fundo da controvérsia envolvia contrato de compra e venda celebrado por pessoas que possuíam carteiras de investimentos em ativos imobiliários, ao passo que a arbitragem versava sobre o contexto de uma sociedade em conta de participação e a cisão de uma de suas integrantes.

Mas tal constatação, isoladamente, não basta para se afirmar, com segurança, que a diversidade dos assuntos impossibilitaria eventual adiantamento do resultado. Poder-se-ia, por exemplo, tecer considerações de cunho teórico a respeito do tema, com a opinião do autor acerca de conceituação, natureza jurídica, ou efeitos oriundos do instituto em questão, os quais podem perfeitamente se mostrar amoldáveis ao caso em julgamento na arbitragem.

De qualquer forma, a verificação quanto à identidade entre o conteúdo dos pareceres e o caso em julgamento na arbitragem desborda dos limites da presente análise nesta sede recursal, em cognição sumária, o que deverá ser enfrentado pelo douto Juízo de origem em momento oportuno.

O mesmo deve ser dito em relação às afirmações dos agravados, no sentido de ter havido inovação da causa de pedir por parte das agravantes. A questão necessita de apreciação pelo juízo singular, sob pena de caracterizar-se supressão de instância.

Por fim, também está presente o pressuposto do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, vez que, em sendo cumprida a sentença parcial arbitral que rompeu o vínculo societário das sócias A.C.E. Ltda e C.C.A.E.P Ltda no âmbito da SCP, impedidas

estarão de intervir nas questões sociais, influenciar nos negócios, exercer o direito de fiscalização e de proteger seus direitos patrimoniais.

Por oportuno, observa-se, em consulta aos autos de origem, que o feito sequer foi saneado (fls. 2394), de maneira que, ao menos em juízo de cognição sumária, prudente a suspensão da sentença arbitral pelos motivos acima delineados, até que as circunstâncias aqui narradas sejam apreciadas com o devido aprofundamento e atenção ao contraditório e ampla defesa. Por tais razões, não é o caso de avaliar-se, ainda, as demais alegações constantes das contraminutas, sob pena de incorrer-se em supressão de instância, como já afirmado.

Sendo assim, tenho que a decisão atacada merece reforma, suspendendo-se os efeitos da sentença parcial arbitral, com efeitos retroativos à data em que proferida.

Posto isso e considerando todo o mais que dos autos consta, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

JORGE TOSTA

Relator

Uso exclusivo – proibida a veiculação

Memória do Direito

Use exclusivo – proibida a veiculação

HISTÓRIA E PERSPECTIVAS DA ARBITRAGEM NO BRASIL

HISTORY AND PERSPECTIVES OF ARBITRATION IN BRAZIL

CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO

Árbitro e Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Arbitragem

RESUMO: O cenário antes da Lei 9.307/1996: Cláusula compromissória concebida como mera promessa de contratar o compromisso. Homologação do laudo arbitral. Consequente descaso pela arbitragem. O desenvolvimentismo, a industrialização e o crescimento da economia. Movimento por uma lei de arbitragem moderna nos meios empresariais e jurídicos. A Lei 9.307/1996 finalmente promulgada e o reconhecimento da constitucionalidade pelo STF. Implantação definitiva da arbitragem no Brasil. Perspectivas que se abrem para a expansão. Necessidade de desburocratizar. Arbitragem na administração pública e no mercado acionário.

PALAVRAS-CHAVE: Lei 9.307/1996 – Arbitragem no Brasil – Arbitragem na administração pública – Arbitragem no mercado acionário.

ABSTRACT: The scenario before Law 9,307/1996: arbitration clause conceived as a mere promise to contract arbitration in a separate and formal agreement; arbitral decision subject to approval by a judge to be enforced; consequent disregard to arbitration. Development, industrialization and economic growth. Campaign for a modern arbitration law by business and legal communities. Law 9307/96 finally approved and the decision of STF recognizing its compatibility with the Constitution. Definitive implantation of arbitration in Brazil. Opened perspectives for expansion. Need to decrease bureaucracy. Arbitration in the public administration and in the stock market.

KEYWORDS: Law 9,307/1996 – Arbitration in Brazil – Arbitration in the public administration – Arbitration in the stock market.

SUMÁRIO: 1. Da Independência à entrada em vigor da Lei 9.307/1996. 1.1. Legislação. 1.2. Tratados e convenções internacionais. 1.3. Escassa adoção da arbitragem. 1.4. Casos de repercussão anteriores à vigência da Lei de Arbitragem. 1.5. O clima de descaso pela arbitragem. 1.6. O crescimento da economia na década de 1950 e seguintes. 1.7. A mobilização pela arbitragem e a Lei 9.307/1996. 1.8. A questão da constitucionalidade de Lei de Arbitragem. 1.9. A ratificação da Convenção de Nova Iorque. 1.10. Os tempos atuais. 1.11. Desburocratizar o processo arbitral. 1.12. Arbitragem nos contratos administrativos. 1.13. A cláusula compromissória estatutária.

1. DA INDEPENDÊNCIA À ENTRADA EM VIGOR DA LEI 9.307/1996¹⁻²

1.1. Legislação

A Constituição do Império de 1824 já dispunha sobre a arbitragem no art. 160.³

O Código Comercial de 1850, no art. 294,⁴ determinou fossem necessariamente resolvidas em juízo arbitral as causas societárias e as relativas a locações comerciais. O Regulamento 737, publicado quatro meses após o Código Comercial, disciplinou o procedimento arbitral minuciosamente, em nada menos do que 66 artigos, dispondo sobre o compromisso, a formação do tribunal arbitral, os deveres e impedimentos dos árbitros, os requisitos formais do laudo arbitral. Não dispensou, todavia, a homologação do laudo pelo juízo estatal competente.

Dezesseis anos depois, a Lei 1.350, regulamentada pelo Dec. 3.900, de 26.06.1867, estabeleceu a disciplina jurídica do juízo arbitral em termos pouco diferentes do que já constara do Regulamento 737. O Dec. 3.900, que tinha força de lei, sobreviveu ao Império e vigeu no âmbito federal e nos Estados que não regularam a arbitragem em seus códigos processuais. Somente com a entrada em vigor do Código de Processo Civil federal de 1939, o Dec. 3.900/1867 veio a ser revogado, juntamente com os códigos de processo civil dos Estados.⁵

O Código Civil de 1916 disciplinou o compromisso nos arts. 1.037 a 1.048, por considerá-lo matéria de direito substantivo. Clóvis Bevilacqua, refletindo entendimento então unânime, enfatizava a semelhança entre o compromisso e a transação, tendo ambos como fim a extinção de obrigações.⁶ Quanto à cláusula compromissória, tinha-a como simples pacto preliminar, cujo objeto é a obrigação de celebrar o compromisso arbitral. No direito então vigente, o inadimplemento de pactos preliminares, não dava lugar a execução específica: resultava meramente em indenização por perdas e danos.

Com fulcro nas Constituições de 1934 e 1937, que determinaram a competência exclusiva da União Federal para legislar sobre processo civil, foi publicado o Código de Processo Civil de 1939, para vigor em todo o país. O novo código federal disciplinou o juízo arbitral em seus arts. 1.031 a 1.046, pouco inovando em relação ao que já haviam estabelecido o Regulamento 737 e o Dec. 3.900.

1. Originalmente publicado em: *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 50, p. 79-94. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2016.
2. Um histórico mais detalhado deste período é encontrado no artigo do autor, intitulado “A pré-história da arbitragem no Brasil”. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. vol. 16. São Paulo: Ed. RT, p. 325.
3. “Art. 160. Nas (causas) civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.”
4. “Art. 294. Todas as questões sociais, que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral.”
5. A Constituição Republicana de 1891 atribuiu a competência para legislar sobre processo civil aos Estados. Alguns deles dispuseram sobre o juízo arbitral em seus códigos, merecendo especial menção o da Bahia, cujos dispositivos sobre a matéria inspiraram o Código unificado de 1939.
6. E prosseguia: “Por isso, a sua colocação nos códigos civis deve ser entre as regras das obrigações e, em particular, entre os modos de extingui-las” (BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Rio Ed., 1977. p. 156).

O Código de Processo Civil de 1974 manteve em linhas gerais a disciplina do juízo arbitral adotada pelo de 1939.

1.2. *Tratados e convenções internacionais*

O Protocolo de Genebra de 1923 determinava o reconhecimento e validade das cláusulas compromissórias firmadas entre partes submetidas a jurisdições de Estados contratantes diferentes, as quais teriam o efeito de excluir a jurisdição estatal (efeito negativo). Esse tratado internacional foi ratificado pelo Brasil e promulgado pelo Dec. 21.187/1932, tornando-se, portanto, norma de direito interno, posto que aplicável apenas em arbitragens nas quais pelo menos uma das partes fosse domiciliada no exterior.

A Convenção de Genebra, de 1927, que aperfeiçoou o Protocolo de 1923, sequer foi assinada pelo Brasil.

Em 1958, a Convenção de Nova Iorque foi publicada sob os auspícios da ONU. Ratificada por quase todos os países importantes do mundo, até hoje constitui documento básico da arbitragem comercial internacional. Todavia, a Convenção de Nova Iorque só veio a ser ratificada pelo Brasil 44 anos depois, tendo sido promulgada pelo Dec. 4.311, de 23.07.2002, ou seja, quando já em vigor a Lei de Arbitragem.

Em 1975, foi assinada a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, ratificada pelo Brasil em 27.12.1995 e promulgada pelo Dec. 1.902, de 09.05.1996, às vésperas da entrada em vigor da Lei de Arbitragem.

O Brasil é parte em outras convenções internacionais sobre arbitragem no âmbito do Mercosul.

1.3. *Escassa adoção da arbitragem*

No Direito então vigente, a cláusula compromissória era entendida como um pacto preliminar, cujo objeto era a celebração do compromisso.⁷ No caso de descumprimento, não havia meio de obter a execução específica, resolvendo-se a inadimplência em perdas e danos. Todavia, a indenização pecuniária sempre se afigurou inadequada para reparar a lesão causada pela inadimplência da cláusula compromissória, razão por que esse pacto não apresentava na prática maior eficácia do que a de um acordo de cavalheiros.⁸ Como apurar o *quantum* das perdas e danos causados pela recusa de cumprir a cláusula compromissória, ainda mais tendo em mente que a parte lesada sempre poderia recorrer ao Poder Judiciário e obter a proteção jurisdicional do seu direito? A estipulação de pena convencional não seria

7. BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955. vol. 4, p. 156. No mesmo sentido, antes da Lei 9.307/1996: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Juízo arbitral. Cláusula compromissória: efeitos. *Temas de direito processual – Segunda Série*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 210. Vide também parecer de Clóvis Bevilacqua publicado na *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 9, p. 315, no qual o emérito jurista se pronunciou favoravelmente à vinculação do Brasil ao Protocolo de Genebra e sugeriu projeto de lei para que, também no âmbito interno, a cláusula compromissória tivesse efetiva eficácia.

8. O art. 9.º do Dec. 3.900 dispunha expressamente que a cláusula compromissória valia como mera promessa, cuja perfeição e execução dependiam da pactuação do compromisso, o que levou Waldemar Ferreira a considerá-la como fonte de dever moral apenas e não de obrigação jurídica.

suficiente para desencorajar a inadimplência da parte recalcitrante nem para reparar a lesão por ela causada. Acresce que a sentença arbitral só se tornava título executivo depois de homologada pelo juiz estatal competente. O processo de homologação requeria mais delongas, com arrazoados e contestações, e da sentença homologatória ainda cabia apelação com efeito suspensivo, além dos demais recursos processuais. Como as partes querem a execução prestada das obrigações contratuais, a necessidade de homologação as desanimava de recorrer à arbitragem.

Dessa forma, apesar da regulação copiosa, não foi possível construir-se no Brasil uma cultura de arbitragem. O compromisso era pactuado em casos especiais e a cláusula compromissória pouco aparecia nos contratos. A jurisprudência sobre arbitragem era rarefeita e a doutrina desinteressada de examiná-la em profundidade. Não havia condições para a implantação e o funcionamento de instituições de arbitragem.

A cláusula compromissória teve alguma importância no campo das concessões de serviço público, apesar do ambiente geral desencorajador. Os contratos seguiam o modelo europeu e era comum a presença neles de cláusula compromissória. Tendo em vista as diversas concessões relativas à construção de estradas de ferro, o Dec. 7.959, de 29.12.1880, que veio uniformizar os termos dos respectivos contratos de concessão de serviços públicos, previa a cláusula compromissória. Assim, alguns litígios importantes entre o Poder Público e concessionárias, muitas delas controladas por capitais estrangeiros, foram submetidos a juízo arbitral no Brasil.⁹

Também em contratos internacionais, em que figuravam como partes sociedades brasileiras, praticava-se a arbitragem com sede no exterior. Havia, entretanto, uma dificuldade para obter o reconhecimento dos laudos arbitrais no Brasil: o STF não reconhecia laudos arbitrais, razão pela qual era necessário obter a homologação de juiz ou tribunal estatal competente no país sede da arbitragem. Apresentava-se, então, mais um problema, pois alguns países mais avançados na prática da arbitragem não dispunham de leis prevendo a homologação do laudo.

Essas e outras dificuldades impediam que a arbitragem se tornasse um meio socialmente relevante de resolução de conflitos no Brasil. Pouquíssimos foram os casos importantes de arbitragem observados no longo período entre 1824 (quando o art. 160 da Constituição do Império previu a arbitragem) e 1996 (quando a Lei de Arbitragem entrou em vigor).

1.4. Casos de repercussão anteriores à vigência da Lei de Arbitragem

Dentre esses casos, cabe citar, a título de curiosidade, a arbitragem proposta, em 1873, pelo filho de Lord Cochrane,¹⁰ então já falecido, contra o governo imperial brasileiro,

9. LEMES, Selma. *Arbitragem na administração pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 63. Vide parecer de Carlos Medeiros Silva publicado na RDA 31/489, proferido em 1952, com interessantes citações do entendimento corrente sobre o compromisso e a cláusula compromissória.

10. Lord Alexander Thomas Cochrane, almirante reformado da marinha britânica, foi contratado pelo Governo Imperial para organizar a marinha brasileira e comandá-la nos combates contra a frota portuguesa, resistentes à independência do Brasil.

para haver a parcela, que cabia a seu pai, das presas de guerra obtidas nos combates para expulsar as forças lusas resistentes à independência. O Tribunal Arbitral, composto pelos embaixadores dos Estados Unidos e da Itália, decidiu por equidade e condenou o governo imperial a pagar ao herdeiro do almirante uma quantia bem menor do que a reclamada.

Outro caso digno de nota é o processo arbitral proposto, em 1913, pelo Dr. Américo Werneck contra o Estado de Minas Gerais a propósito da rescisão unilateral por este do contrato mediante o qual o Estado arrendara ao Dr. Werneck a estância hidromineral de Lambari. A rescisão se deu quando decorridos apenas três anos de vigência do contrato, cujo prazo era de 90 anos. Proposta ação judicial pelo arrendatário, celebraram as partes um compromisso arbitral para decidir sobre o pedido de indenização por perdas e danos e lucros cessantes. A decisão dos árbitros foi no sentido de condenar o Estado de Minas Gerais a pagar ao Dr. Américo Werneck uma vultosa indenização, levando em conta que o contrato só foi cumprido por três dos 90 anos de seu prazo de vigência. O Estado de Minas Gerais apelou ao STF, sob a alegação de que o laudo havia ultrapassado os limites do compromisso, ao incluir lucros cessantes no *quantum* da indenização. A apelação não foi provida, sendo rejeitados os embargos propostos pelo apelante.

É de se destacar também o processo arbitral instaurado sobre a incorporação ao patrimônio nacional das empresas de Henrique Lage. Esse caso é apontado como precedente pelos que defendem a arbitrabilidade dos litígios da administração pública, mas, em verdade, destaca-se pela excelência do voto do relator, Min. Bilac Pinto. A controvérsia referia-se ao *quantum* da indenização devida pela União Federal, motivo de longa discussão entre o Ministério da Fazenda e o espólio do empresário. Com o objetivo de pôr fim à controvérsia, o Governo Federal publicou o Dec.-lei 9.521/1946, dispondo que o *quantum* da indenização seria fixado mediante juízo arbitral especialmente instituído para esse fim, cuja sentença arbitral constituiria decisão definitiva e irrecorrível, executável independentemente de homologação. Entretanto, proferido o laudo arbitral fixando o *quantum* da indenização, o seu cumprimento foi frustrado por decisão do Presidente da República.¹¹ Inconformado, o Espólio de Henrique Lage ingressou em juízo contra a União, para haver a indenização fixada pelo juízo arbitral. Sucumbindo em primeiro e segundo grau, a União interpôs recurso extraordinário para o STF, em que alegava a nulidade de juízo arbitral sob os fundamentos de que: (i) o Dec.-lei 9.521/1946 criara um tribunal especial, de exceção, com jurisdição sobre o litígio em espécie exclusivamente; (ii) ao se prever que o laudo a ser proferido prescindiria de homologação judicial, afrontava-se o preceito constitucional de que não pode a lei excluir qualquer litígio do exame do Poder Judiciário; (iii) alegava-se ainda que o Poder Público não poderia sujeitar-se a juízo privado.¹² Essas alegações foram rebatidas uma a uma

11. O Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Dr. Haroldo Ascoli, sustentou a inconstitucionalidade do Dec.-lei 9.521/1946 por haver instituído um órgão anômalo de justiça especial, não mais possível, sobretudo após o advento da Constituição Federal de 1946. Também Luiz Machado Guimarães opinou pela inconstitucionalidade em parecer publicado na *Revista Forense* n. 118, p. 373. O argumento foi combatido em notável parecer de Castro Nunes (vide COUTO e SILVA, Clóvis. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1982. vol. 11, t. II, p. 560).

12. Esses argumentos reapareceram nas discussões da constitucionalidade da Lei 9.307/1996 e da validade da cláusula compromissória em contratos administrativos.

no acórdão da lavra do Min. Bilac Pinto, datado de 14.11.1973. A fundamentação do decisório deriva da concepção de que a arbitragem se institui por força do mútuo consenso das partes em conflito, sendo certo que o Estado pode celebrar compromisso arbitral, valendo-se de sua capacidade para contratar. O acórdão ressaltou que o juízo arbitral em questão não fora criado pelo Dec.-lei 9.521/1946, mas pelo mútuo acordo das partes em conflito, como é da essência da arbitragem. O decreto-lei simplesmente autorizou a União Federal a manifestar seu consenso. Tanto é assim que, se o Espólio de Henrique Lage não tivesse anuído, o juízo arbitral não teria sido constituído, apesar de previsto no citado decreto-lei. Por seu turno, o decreto-lei tinha força de lei, consoante a Carta Constitucional de 1937, então vigente, sendo, portanto, legítima a dispensa de homologação do laudo, até por que, observou o Min. Bilac Pinto, tal providência se afigura como “formalidade inútil”, desprezada pelas legislações mais avançadas. A alegação de que o Poder Público não poderia sujeitar-se a juízo privado foi refutada sob o fundamento de que a interdição do juízo arbitral nas causas contra a Fazenda Pública importaria restrição à autonomia contratual do Estado de vincular-se em negócios de direito privado de que é parte.

Finalmente, seja conferido lugar especial ao chamado Caso Ivarans, decidido pelo acórdão da 3.^a T. do STJ no REsp 616/RJ, que constituiu passo importante para o reconhecimento da força vinculante da cláusula compromissória para constituir a arbitragem. Tratava-se de decidir sobre a homologação de sentença arbitral concernente a litígio entre, de um lado, diversas linhas marítimas brasileiras e argentinas e, de outro, a empresa norueguesa de navegação, Ivarans Rederi. A arbitragem foi instituída sob as regras da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial, mediante troca de correspondência, na qual se preencheram os requisitos essenciais do compromisso, elegeu-se a cidade do Rio de Janeiro como sede da arbitragem e a lei brasileira como lei substantiva a ser aplicada. O laudo arbitral foi desfavorável à Ivarans e homologado por sentença do juiz competente de primeiro grau.¹³ A sentença homologatória foi, contudo, reformada pelo TJRJ, que entendeu não poder configurar-se o compromisso arbitral mediante troca de correspondência, sem a assinatura de duas testemunhas. O recurso interposto dessa decisão (REsp 616/RJ) foi julgado por acórdão publicado em 24.04.1990, redigido pelo Min. Gueiros Leite, que proferiu o voto vencedor, divergindo do voto do relator, que confirmava a decisão recorrida.¹⁴ O relator, vencido, entendeu que no Direito pátrio só se instaura o juízo arbitral se lavrado o compromisso, que é ato formal, não podendo ser firmado por correspondência como qualquer negócio comercial. O voto vencido ainda rejeitou o argumento das Linhas Marítimas, que invocou o Protocolo de Genebra, por entender que as disposições dessa convenção internacional haviam sido revogadas pelo Código de Processo Civil de 1939, que conferiu disciplina abrangente ao juízo arbitral. O Min. Gueiros Leite discordou do relator e votou pela homologação do laudo, em primeiro

13. Os arts. 1.096 e 1.097 do CPC, revogados pela Lei 9.307/1996, assim dispunham: “Art. 1.096. O laudo será publicado em audiência de julgamento. O escrivão dará, no mesmo ato, a cada parte, uma cópia do laudo e remeterá os autos, em que foi proferido, ao cartório do juízo competente para homologação, dentro em cinco dias. Art. 1.097. O laudo arbitral, depois de homologado produz entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença judiciária; e contendo condenação da parte, a homologação lhe confere eficácia de título executivo”.

14. Encontra-se o inteiro teor do acórdão na *Revista do STJ*, vol. 37, p. 263-290.

lugar, por entender que o Protocolo de Genebra não fora revogado pelo Código de Processo Civil de 1939, por ser lei especial, versando sobre arbitragens internacionais entre partes domiciliadas em diferentes países contratantes. Em segundo lugar, porque a Ivarans submeteu-se voluntariamente à arbitragem em foco e participou ativamente de todos os seus trâmites, sem impugnar-lhe a validade; somente anos depois, diante da decisão desfavorável, veio alegar vício na instauração do juízo arbitral. A maioria vencedora votou de acordo com a conclusão do voto vencedor por concordar com o seu segundo fundamento, que se baseava no princípio da boa-fé. Todavia, discordou quanto ao segundo, relativo ao Protocolo de Genebra, por entender que, a partir do Código de 1939, a celebração do compromisso voltou a ser o único meio de instituir o juízo arbitral, inclusive em arbitragens internacionais realizadas no Brasil.

A ementa do acórdão alude ao argumento fundado no Protocolo de Genebra, sem esclarecer que, nesse ponto, o voto do Min. Gueiros Leite fora vencido. Essa decisão foi saudada pelos prosélitos da arbitragem; uns, porque entenderam que o STJ havia consagrado a equiparação da cláusula compromissória ao compromisso, ao menos nas arbitragens internacionais; outros, porque perceberam que a prevalência do princípio da boa-fé sobre a idolatria da forma já constituía um progresso importante, que vinha desanuviar o “clima jurídico no Brasil” em favor da arbitragem e abrir as portas para a aprovação de uma lei moderna sobre a matéria.¹⁵

1.5. O clima de descaso pela arbitragem

A exposição acima revela que até bem pouco tempo, no Brasil, a arbitragem foi encarada com desinteresse. Exemplo disso é o descaso que o poder público brasileiro dedicou aos tratados internacionais relativos à arbitragem: o Protocolo de Viena só foi assinado e ratificado graças aos esforços pessoais de Afrânio de Melo Franco;¹⁶ a Convenção de Viena sequer foi assinada pelo Brasil; a Convenção de Nova Iorque, de 1958, só foi ratificada em 2002. A arbitragem era lembrada para solucionar alguns casos excepcionais, sem que fosse percebida a sua qualidade de constituir um meio socialmente relevante de resolver litígios. No geral, a arbitragem era alvo de suspeitas e reservas pelos que consideravam que a prestação jurisdicional era atividade privativa do Poder Público.

O pouco caso em relação à arbitragem, que frequentemente chegava à hostilidade, tinha muito a ver com a cultura reinante no país, herança de uma sociedade escravocrata e extremamente desigual, cujas elites mais se interessavam pela retórica e a ilustração improdutiva do que pela solução objetiva de problemas concretos. Com efeito, até a década de 1930 a

15. A decisão do Caso Ivarans foi comentada, entre outros, por: SANTLEBEM, Jürgen. Procedimento arbitral no Brasil – o caso Lloyd Brasileiro contra Ivarans Rederi do STJ. *Revista dos Tribunais*. vol. 704. São Paulo: Ed. RT, p. 276; NHERING NETTO, Carlos; AVELLAR FONSECA, S.; ZIVY, I. Une decision judiciaire très importante en matière d'Arbitrage International. *Revue des Affaires Internationales*. vol. 7, p. 872; CASELLA, Paulo Borba. Arbitragem internacional e boa-fé das partes contratantes. *Revista dos Tribunais*. vol. 668. São Paulo: Ed. RT, p. 239.

16. Afrânio de Melo Franco era Embaixador do Brasil na Áustria, quando o Protocolo de Viena foi assinado, e Ministro do Exterior, quando o Protocolo foi ratificado.

economia brasileira era eminentemente agrícola, dominada pela exportação de monoculturas. Somente com o fim da Segunda Guerra Mundial, nos meados da década de 1940, surgiram a Companhia Siderúrgica Nacional, a Companhia Hidroelétrica do São Francisco e a Companhia Vale do Rio Doce, todas com forte presença estatal, pois, ao empresariado nacional, salvo raras exceções, faltavam capitais e expertise para empreender projetos de infraestrutura e indústria pesada.

1.6. *O crescimento da economia na década de 1950 e seguintes*

Na década de 1950, o país foi empolgado pelo desenvolvimentismo, consolidado no Plano de Metas do Governo Kubistcheck (1956 a 1961). Nessa década, foi fundado o BNDES, o único banco de investimentos do país; foram implantadas as indústrias automobilística e siderúrgica, adotada a política de substituição de importações e conferidos incentivos à fabricação de bens de produção. O desenvolvimentismo prosseguiu com força nos governos militares das décadas seguintes, quando ingressaram no Brasil vultosos investimentos estrangeiros, consolidaram-se grandes empresas e realizaram-se obras estruturais de construção civil pesada.

Essa passagem de uma economia agrícola, basicamente monocultora e tradicional, para uma economia desenvolvimentista com forte inclinação industrial, ensejou a preponderância de empresas de grande porte no cenário econômico. Tornaram-se mais frequentes a associação a capitais estrangeiros e a importação de tecnologias e práticas gerenciais internacionais. Fortaleceu-se o mercado de valores mobiliários, contrataram-se financiamentos de longo prazo, projetos industriais complexos e de elevado montante foram negociados e executados. O país aumentou sua presença no mercado internacional.

Todo esse progresso alterou profundamente a atitude dos operadores do Direito diante dos problemas jurídicos relacionados às empresas. Os juristas foram desafiados a incursionar na faixa de fronteira entre o Direito e a Economia, em que trafegavam as empresas, suas clientes. A definição do direito aplicável ao fato passou a exigir familiaridade com questões alheias ao campo estritamente jurídico e a compreensão do fato econômico e social, entendido finalmente como dado indispensável para a subsunção da regra de direito. Tornou-se indispensável a compreensão de práticas e técnicas de gestão administrativa, financeira e operacional importadas do exterior.

1.7. *A mobilização pela arbitragem e a Lei 9.307/1996*

Era impossível esperar que essa efervescência de inovações fosse absorvida em tempo hábil pelos órgãos do Poder Judiciário, já assoberbados pelas causas cíveis, que aumentavam vertiginosamente na sociedade em expansão e se acumulavam sem solução, nos escaninhos dos cartórios e das secretarias dos Tribunais.

Diante desse quadro tornou-se inarredável, na década de 1980, a necessidade de se organizar no Brasil um sistema de resolução de litígios mediante arbitragem.

O próprio Governo Federal, em três ocasiões, publicou anteprojetos de lei de arbitragem para receber sugestões. O primeiro, em 1981, por iniciativa do Ministério da

Desburocratização, o segundo e o terceiro, pelo Ministério da Justiça, respectivamente, em 1986 e 1988. Todos caíram no esquecimento sem ter sido encaminhados ao Congresso Nacional.

Mobilizam-se, então, em favor da arbitragem, as lideranças empresariais e os advogados que as assistiam, no sentido de criar uma cultura de arbitragem no país, da qual resultasse a elaboração de um anteprojeto de lei de arbitragem. Nesse sentido, foram promovidos estudos doutrinários, seminários, congressos, publicação de artigos em revistas jurídicas e outros meios de divulgação da doutrina arbitral. Com o apoio de entidades e lideranças empresariais, a ideia mereceu, no campo acadêmico, a adesão de eminentes juristas e de advogados interessados em Direito de Empresa, tornando-se uma verdadeira campanha em favor da arbitragem.

Em 1989, advogados e empresários ligados ao Instituto Liberal de Pernambuco reúnem-se com o objetivo de lançar um movimento, denominado *Operação Arbitrer*, destinado a mobilizar lideranças empresariais, jurídicas e políticas no sentido da elaboração e encaminhamento ao Congresso Nacional de um anteprojeto de lei de arbitragem. O movimento cresceu e atingiu âmbito nacional, recebendo apoio e colaboração de entidades, empresários e juristas de outros Estados. Em novembro de 1991, realiza-se em São Paulo uma reunião, com a participação da FIESP, de professores da USP, de grandes escritórios de advocacia e de juristas eminentes. Nessa reunião encarregou-se uma comissão, integrada pelos juristas, Carlos Alberto Carmona, Selma Lemes e Pedro Batista Martins, para elaborar um anteprojeto de lei de arbitragem. Em dezembro de 1991 é aprovado o anteprojeto, que mereceu notável repercussão e interessantes sugestões. A versão final foi apresentada ao Congresso Nacional, tendo-se convertido, com mínimas alterações, na Lei 9.307 de 1996 (Lei de Arbitragem).

1.8. A questão da constitucionalidade de Lei de Arbitragem

Todavia pairavam ainda dúvidas sobre a constitucionalidade de dispositivos da Lei de Arbitragem referentes à cláusula compromissória, justamente os que vinham propiciar viabilidade à difusão da arbitragem no Brasil: os arts. 6.º e 7.º, que asseguram execução forçada específica à obrigação de constituir o juízo arbitral, e os arts. 41 e 42, que conferem o efeito negativo à cláusula compromissória, afastando a competência do Poder Judiciário dos litígios por ela abrangidos.

O STE, em sessão plenária de 12.12.2001, ao julgar a SE 5206 AgRg, decidiu por maioria de votos pela constitucionalidade das disposições da Lei de Arbitragem, vencendo o último óbice que se antepunha ao desenvolvimento da jurisdição privada no Brasil.

A inconstitucionalidade foi arguida mediante o argumento de que a cláusula compromissória se refere a litígios futuros e indeterminados, portanto *in abstracto*. A combinação dessa indeterminação com o efeito negativo atribuído à cláusula ofenderia a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário, consagrada no inc. XXXV do art. 5º¹⁷ da CF. A citada garantia não impede que as partes confiem, por consenso, a um juiz

17. “Art. 5.º (...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão; (...)”

privado, a solução de um conflito determinado entre elas existente, como fazem no compromisso; mas veda a renúncia prévia à jurisdição estatal em relação a conflitos não determinados, sendo certo que conflitos futuros são por natureza indeterminados. Prevaleceu, entretanto, o entendimento da maioria, que não viu indeterminação na cláusula compromissória, que se refere a conflitos determináveis por sua relação com um contrato. A condição de ser determinável limita o âmbito da renúncia tanto como a condição de ser determinado, pelo que não se configura ofensa ao preceito constitucional em tela.

Essa decisão do STF libertou a arbitragem da suspeita de inconstitucionalidade e, assim, conferiu segurança jurídica aos que optassem por resolver suas disputas pelo juízo privado. A partir daí a cultura arbitral experimentou grande progresso e hoje pode considerar-se definitiva e inarredavelmente implantada no Brasil.

1.9. A ratificação da Convenção de Nova Iorque

Como se disse acima, a Convenção de Nova Iorque só foi ratificada pelo Brasil em 2002. De se observar, todavia, que desde 1996, a Lei de Arbitragem garantira a observância das normas daquela convenção internacional pela justiça brasileira, no que se refere ao reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras, reproduzindo-as *ipsis litteris* no capítulo pertinente. Com a ratificação, assegurou-se a recíproca; tornando a sentença arbitral proferida no Brasil de reconhecimento obrigatório pelos inúmeros países que aderiram à Convenção de Nova Iorque.

1.10. Os tempos atuais

Daí em diante, a arbitragem não para de crescer no Brasil. Multiplicam-se as instituições de arbitragem; revistas jurídicas especializadas divulgam estudos de alta qualidade sobre arbitragem; decisões da justiça estatal cada vez mais prestigiam e respeitam a via arbitral; cursos superiores incluem a arbitragem entre as disciplinas ministradas; tratados e compêndios de arbitragem são editados; congressos, seminários e simpósios realizam com notável presença de interessados. Hoje, temos no país uma comunidade numerosa e competente de árbitros e advogados especializados. As diversas instituições de arbitragem em funcionamento disponibilizam regulamentos adequados e assistência eficiente aos tribunais e às partes. Não mais vige o preconceito de invocar impensadamente o Código de Processo Civil nos processos arbitrais.

Pode-se afirmar então que a arbitragem está definitivamente enraizada no Brasil, como meio socialmente relevante de resolver conflitos. Sim, mas apenas entre grandes empresas e sobre grandes contratos. Restam campos férteis ainda inexplorados ou pouco explorados, como, por exemplo, o da administração pública, o do mercado de capitais, o das empresas médias e pequenas.

Para atingir essas novas paragens e outras que possivelmente surgirão, a arbitragem terá de adaptar-se às respectivas peculiaridades. Adiante falaremos de duas perspectivas, que se abrem presentemente: o setor público (Lei 13.129/2015) e as companhias (cláusula compromissória estatutária).

1.11. Desburocratizar o processo arbitral

Antes, cabe apontar um fato, que vem prejudicando a tão decantada celeridade do procedimento arbitral. Trata-se da burocracia excessiva, que se introduziu na prática do procedimento arbitral, sem que tivesse sido convidada pela lei ou pela teoria do processo.

Como o apego à burocracia é fenômeno cultural, impõem-se conscientização e esforços conjuntos das câmaras, árbitros e advogados para afastá-la da arbitragem. É preciso evitar que alguns hábitos da burocracia inútil se arroguem a condição de padrões de qualidade. Cumpre diminuir a quantidade e a extensão das manifestações das partes; evitar repetições dos mesmos argumentos; simplificar os atos interlocutórios dos árbitros, que não carecem da solenidade própria do Poder Judiciário; renunciar à juntada de documentos de escassa pertinência à prova; reprimir a difusão de mensagens eletrônicas irrelevantes; estancar a pulverização de dezenas de cópias destinadas a advogados de um mesmo escritório; evitar a tendência, que se generaliza, de o sucumbente invariavelmente apresentar pedido de esclarecimentos de sentença clara e completa, repetindo argumentos já rejeitados. Tais hábitos daninhos tornam o procedimento arbitral mais trabalhoso, mais custoso e mais lerdado do que poderia e deveria ser na realidade. Acabarão por embarçar o desenvolvimento da arbitragem.

1.12. Arbitragem nos contratos administrativos

Não obstante a reprovação da doutrina, era comum no seio da administração pública o entendimento de que, de regra, não podiam ser arbitrados os litígios em que figurasse como parte um ente público, salvo nas hipóteses especialmente permitidas por lei. Em termos de direito positivo, invocava-se, como regra geral impeditiva da arbitragem nos contratos administrativos, o § 2.º do art. 55 da Lei 8.666, de 21.06.1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).¹⁸ O entendimento era reforçado pelo fato de o próprio art. 55 citado prever uma exceção à regra geral do *caput* ao permitir a arbitragem em relação a certos contratos firmados com entidades financeiras internacionais.¹⁹ Acresce que havia diversas leis especiais, que cuidavam de ressaltar expressamente a possibilidade de solução por arbitragem a litígios oriundos de contratos nelas previstos.²⁰

18. Lei 8.666/1993: "Art. 55. (...) § 2.º Nos contratos celebrados pela Administração pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6.º do art. 32 desta Lei".

19. Lei 8.666/1993: "Art. 32. (...) § 6.º. O disposto no § 4.º deste artigo, no § 1.º do art. 33 e no § 2.º do art. 55, não se aplica às licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo, nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior".

20. Dentre as leis que ressaltavam a utilização da arbitragem nos respectivos setores, citam-se Lei 8.987/1995, art. 23-A acrescentado pela Lei 11.196/2005 (concessões de serviços públicos). a Lei 9.472/1997 (telecomunicações), Lei 9.478/1997 (petróleo e gás), Lei 10.848/2004 (energia elétrica); Lei 11.079/2004 (parcerias público-privadas).

Daí a enorme importância do § 1.º do art. 1.º da Lei 13.129/2015 que abriu as portas de acesso à solução por arbitragem dos conflitos entre a administração pública e os particulares, com relação à generalidade dos contratos administrativos.

É de se esperar que, com a liberação proporcionada pela recente lei, a arbitragem experimente um grande desenvolvimento no âmbito da administração pública, pois é incontável a quantidade, crescente em progressão geométrica, de litígios relativos a contratos administrativos, que aguardam solução pela justiça estatal. É razoável supor que as partes interessadas, tanto os particulares como as entidades estatais, procurem solução para essas disputas irresolvidas, ou para as que venham a suceder, mediante a celebração de convenções de arbitragem. A enorme acumulação de pendências, própria de uma economia em que é forte a presença estatal, como a nossa, emperra a gestão da coisa pública e desanima investimentos.

Certo que ainda há algo a fazer para que se instale nos meios governamentais uma cultura de arbitragem a ponto de os agentes públicos não se constrangerem de submeter suas controvérsias à decisão de tribunais privados. Será de toda conveniência, para esse efeito, dentre outras medidas, a expedição de um regulamento, consolidando instruções aos agentes públicos sobre os diversos pontos a considerar na negociação da convenção de arbitragem. Dentre esses pontos, ressalta a definição precisa dos elementos que caracterizam os direitos patrimoniais disponíveis da administração pública, conferindo segurança jurídica à arbitrabilidade dos dissídios. Também devem ser contemplados nessa regulamentação os critérios a serem adotados para: (i) a designação da instituição de arbitragem que administrará o procedimento, a ser feita necessariamente em conjunto com a contraparte, e (ii) para a formação do tribunal arbitral ou nomeação de árbitro único. Nesse sentido, o Dec. 8.465, de 08.06.2015, ainda que com omissões e defeitos, deu um passo pioneiro, ao estabelecer instruções aos agentes da administração portuária sobre a contratação de convenções de arbitragens.²¹

Sob a égide do Dec. 8.465 citado, foi firmado o termo de compromisso entre, de um lado, a Secretaria de Portos da Presidência da República e a Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp), com a interveniência da Agência Nacional de Transportes Aquáticos (Antaq), e de outro lado, a Libra Terminal 35 S.A. e a Libra Terminais S.A. Por esse compromisso foram extintos oito processos judiciais, nos quais as partes litigavam há 10 anos, sendo certo que a própria Advocacia-Geral da União estimou em mais oito anos o tempo adicional a ser consumido até a solução dos litígios, caso se perseverasse na esfera judicial.²²

De se notar o interesse demonstrado pelas procuradorias dos estados no estudo de questões relativas a arbitragem no âmbito da administração pública. Nesse sentido, mencione-se o vol. 26 (2006) da *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, que publica trabalhos de elevada qualidade sobre o tema.

21. WALD, Arnaldo. O Decreto 8.465/2015 e a recente evolução do direito. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 47, p. 67; SILVEIRA LOBO, Carlos Augusto. Arbitragem no setor portuário: um passo importante para a difusão da arbitragem no âmbito da administração pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 47, p. 75.

22. Vide o extrato do Termo de Compromisso, publicado no *DOU*, Seção 3, de 03.09.2015, p. 3.

1.13. A cláusula compromissória estatutária²³

A Lei 10.303/2001 acrescentou o § 3.º ao art. 109 da Lei de Sociedades Anônimas (Lei 6.404/1976), dispondo que o estatuto da sociedade anônima pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas minoritários e os controladores poderão ser solucionadas por arbitragem, nos termos em que especificar.²⁴

Trata-se de disposição de elevado alcance no sentido de difundir o uso da arbitragem como meio de resolver conflitos societários no âmbito das companhias, abertas ou fechadas. Por ser norma estatutária, a cláusula alcança todos os acionistas da classe a que se refere²⁵ com o que assegura a intervenção no processo arbitral a todos os interessados na lide, pois nenhum será excluído por não estar vinculado à convenção de arbitragem pertinente. A cláusula compromissória estatutária poderá constituir um meio importante de controle da legalidade dos atos societários e de proteção das minorias acionárias. O estabelecimento de um sistema jurisdicional eficiente de proteção de minorias acionárias é de grande valor estratégico para o desenvolvimento do mercado de capitais.²⁶ A cláusula compromissória estatutária pode propiciar a implantação de um sistema jurisdicional privado familiarizado com questões relativas ao mercado acionário e às relações que se tecem no âmbito da companhia e seus acionistas. Por isso mesmo, a Bovespa condicionou o acesso das companhias abertas ao segmento Novo Mercado à inclusão nos respectivos estatutos sociais da cláusula compromissória estatutária.

23. Vide artigos da lavra do autor, publicados na *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 22, 2009, p. 11, e vol. 27, 2010, p. 46.

24. O art. 3.º da Lei 13.129/2015 confere direito de retirada e reembolso, na forma dos preceitos pertinentes da Lei de Sociedades Anônimas, aos acionistas dissidentes da deliberação da assembleia-geral que determinar a inserção da cláusula compromissória no estatuto da companhia. O direito de retirada não se aplicará quando a presença da cláusula no estatuto for condição para a admissão da companhia em certos segmentos diferenciados do mercado ou quando se tratar de companhia aberta cujas ações sejam dotadas de altos índices de liquidez e dispersão.

25. A cláusula compromissória inserta no estatuto social de companhia obriga não somente os acionistas, que votaram a favor da inserção, como também os que votaram contra, os que se abstiveram e os ausentes. Vide a esse respeito o artigo do autor na *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 22, 2009, p. 11.

26. MUNHOZ, Eduardo Sechi. A importância do sistema de solução dos conflitos para o direito societário: limites do instituto da arbitragem. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 77.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Arbitragem

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A evolução no uso da arbitragem pela Administração Pública no Brasil: uma análise em números, de Gustavo da Rocha Schmidt e Lucas Gasparete – *RARB* 76/99-116;
- Aspectos constitucionais da arbitragem no Brasil, de Rodrigo Garcia da Fonseca – *RARB* 80/281-296;
- CBMA comemora seus 20 anos e a sua presença em São Paulo, de Nota da Redação – *RARB* 75/281-282;
- Mediação com a Administração Pública na Lei 14.133: solução consensual de litígios nas contratações administrativas, de Cesar Pereira – *RARB* 78/359-381; e
- O rei está nu: o princípio da publicidade na arbitragem administrativa no Brasil e em Portugal, de Clóvis Reimão – *RARB* 77/265-290.

Uso exclusivo – proibida a veiculação

Uso exclusivo – proibida a veiculação

Notas

Use exclusivo – proibida a veiculação

MARIANA FREITAS DE SOUZA ASSUME A PRESIDÊNCIA DO CENTRO BRASILEIRO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM (CBMA)

No mês de dezembro de 2023, Mariana Freitas de Souza assumiu a presidência do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA), cargo anteriormente ocupado por Gustavo da Rocha Schmidt, advogado e professor universitário.

Antes de se tornar presidente do CBMA, Mariana Freitas de Souza atuou como diretora da instituição por 10 (dez) anos, tendo sido responsável por iniciativas diversas para propagação da mediação e arbitragem, coordenando cursos de formação e eventos, tanto no Brasil como no exterior.

Mariana atua como advogada, com experiência em mediação e arbitragem. Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e mestre em ADRs pela *Tulane University* (EUA), é mediadora certificada pelo IMI e *JAMS Weinstein International Fellow* e também professora de negociação, mediação, arbitragem e desenho de sistemas para resolução de disputas.

N.R.

Uso exclusivo – proibido a veiculação

Uso exclusivo – proibida a veiculação

Uso exclusivo – proibida a veiculação

Sumários de Revistas e Boletins

Use exclusivo – proibida a veiculação

SUMÁRIOS DE REVISTAS E BOLETINS

ARBITRATION INTERNATIONAL

O v. 39, n. 4, de 2023, contém os seguintes artigos:

1. The road(s) not taken—the past, present, and future of international investment law reform, por Andrea K Bjorklund
2. The application of public interest norms in international commercial arbitration, por Phillip Landolt
3. Another ‘Bleak House’—the decision of the German Federal Supreme Court on the inadmissibility of intra-EU ICSID arbitrations, por Georg Scherpf and Simon Hermes
4. Fraud on the tribunal in investor–State arbitration, por Gunjan Sharma
5. The arbitrary deprivation of dual nationality in investment arbitration, por Andrés A Mezgravis
6. Case Note: The Heirs of Pausimachus v City of Kalymnos arbitration, por Paschalis Paschalidis
7. Book Review: The FIDIC Red Book Contract: An International Clause-by-Clause Commentary edited by Christopher Seppälä, por Gary Born and Aonkan Ghosh

O v. 39, n. 3, de 2023, contém os seguintes artigos:

1. Seven dirty tricks to disrupt an arbitration and the responses of international arbitration law, por Emmanuel Gaillard
2. Jurisdictional overlap between domestic courts and investment arbitration:
3. An occasion for judicial dialogue, por Mees Brenninkmeijer
4. Neither express nor implied: rethinking governing law of the arbitration agreement, por Andrew Ling
5. Shareholder reflective loss: a bogeyman in investment treaty arbitration? Por Raphael Ren
6. Recent Development: Blockades and international investment treaties, por Hany Ashtal

7. Book review: EU Investment Protection Law: Chapter Eight of CETA, the Vietnam and Singapore Free Trade Agreements and EU Regulations 1219/2012, 912/2014 and 2019/452. Article-by-Article. Commentary edited by Moritz Keller, por Sebastian Seelmann-Eggebert

JOURNAL OF INTERNATIONAL ARBITRATION

O v. 41, n. 2 de 2024, contém os seguintes artigos:

1. Codification, Convenience, and the Common Law: The Rationales Underpinning the Law Commission's Proposed Reforms to the English Arbitration Act 1996, por Adam Tahsin e Marius B. Gass.
2. Statutory Arbitration Clauses and the Supplemental Swiss Rules for Corporate Law Disputes in Switzerland, por Lorenz Raess
3. The FET Standard between Treaty Reform and ISDS Practice: An Analysis of the Modernized ECT, por Alessandro Monti e Matteo Fermeglia
4. Sustainable Arbitration Along the Belt and Road Initiative: The Green Model Clause, por Zhang Yuying
5. The Subtle Knife of Separability: Legal Fictions of Consent to Arbitration and the Problem of Conditions Precedent, por Alexander Yean e Dexter Tan
6. A Case Note on the ICSID Tribunal's Decision in Hydro and Others v. Albania: Indirect Expropriation and Proportionality, por Rafael Quintero Godinez
7. Book review: Swiss Contract Law in International Commercial Arbitration, Christoph Müller with Sabrina Pearson-Wenger. 1st Edition. UK: Cambridge University Press. 2023, por Nadja Al Kanawati e Daniella Anthony

O v. 41, n. 1 de 2024, contém os seguintes artigos:

1. Calibrating De Novo: Judicial Review of Arbitral Jurisdiction, por Maxim Osadchiy
2. Separability and the Law Applicable to the Substantive Validity of Arbitration Agreements, por Giovanni Zarra
3. The Arbitration Exclusion under the Brussels Regime: A Story of Colliding and Sinking Ships, por Lukas Brunner
4. Addressing the Costs Imbalance Resulting from Third-Party Funded Investment Claims, por Ammar Tanhan
5. Corporate Environmental Responsibility in Investor-State Dispute Settlement: The Unexhausted Potential of Current Mechanisms, Tomoko Ishikawa, Cambridge: Cambridge University Press., 1st ed., 2022. 300 pp., £85.00. ISBN: 9781316513972, por Ondřej Svoboda

O v. 40, n. 6 de 2023, contém os seguintes artigos:

1. International Arbitration and Artificial Intelligence: Ideas to Improve de Written Phase of Arbitral Proceedings, por Jennifer Kirby
2. Confidentiality in Arbitration: A Principled Response to the Opportunity for Codification in England and Wales, por Michael A. Greenop
3. Recognition and Enforcement of Annulment Judgments under the New York Convention, por Daniel Brinkman
4. Dealing with Unsatisfactory Arbitral Awards: Observing the Grounds of Annulment of Arbitral Awards in Indonesia, por Setyawati Fitrianggraeni, Eva Fatimah Fauziah e Sri Purnama
5. Should German Courts Review Competition Law Awards on the Merits? Significance of the German Federal Supreme Court's Decision of 27 September 2022, por Hanna L. Stamer

O v. 40, n. 5 de 2023, contém os seguintes artigos:

1. A New Era of Maritime Arbitration: Ex Machina Determinations, por Kevin Chan
2. Political Risk and Its Key Role in Mining Disputes Around the World, por Harry Burnett e Peter Brabant
3. Arbitrating Investment Disputes in Time of Geopolitical Unrest: Focus on Investment Protection in Russia, por Larina Mokaed
4. ZF Auto. v. Luxshare: Supreme Court's Withdrawal of Judicial Assistance for Discovery from Private Arbitration, por Janghwan Chung
5. The Validity of Arbitration Agreements Providing for Arbitration in Mainland China Administered by Overseas Arbitration Institutions, por Qianwen Zhang e Jiani Li

TDM — TRANSNATIONAL DISPUTE MANAGEMENT

O n. 2, de 2024, contém os seguintes artigos:

1. The Validity of Arbitral Awards and the Public Policy Nature of International Sanctions, por S. de Navacelle, J. Zorrilla, e G. Arnoult
2. Enforcement of Sanction-Related International Commercial Arbitral Awards: Is Economic Sanction a New Part of Public Policy under the New York Convention? por X. FAN
3. A Renaissance of Ad Hoc Arbitration in the Era of Economic Sanctions, por R. Zykov

4. Sanctions and Force Majeure from an English Law Perspective, por R. O'Reilly e J.P. Cowe
5. Navigating the U.S. Sanctions Regime as International Arbitration Counsel, por M. Ong E.L.S. Loh e N. Hills
6. Enforcement of Awards Against the Blocked Assets of Sanctioned Parties: The Venezuelan Case, por J.I. Hernández G
7. How China's Anti-Foreign Sanctions Law Affects International Arbitration Proceedings in China, por L. Xinyue
8. Enforcement under Article V(2)(a) of the New York Convention: Impacts of Sanctions Concerning Russia on Arbitrability, por M. Schilleci e C.M. Rusznak
9. The Effect of Exclusive Jurisdiction of Russian State Courts over Sanctioned Persons on International Arbitration Proceedings, por N. Hubbuck
10. International Arbitration in Russia: Latest Developments in Response to Sanctions. Anti-Arbitration Injunctions and Exclusive Competence of Russian Courts, por S.A. Sultanov, N.A. Kovalkova e A.D. Ryabova

O n. 1, de 2024, contém os seguintes artigos:

1. Mapping Climate-Related Investment Arbitrations, por M. Fermeglia, C. Higham, K. Silverman-Roati e J. Setzer
2. Third-Party Funding in ISDS: Implications for Access to Justice in Environmental Disputes, por S. Ramani Garimella e G. Mohanty
3. Climate Change Arbitration: Using the Energy Charter Treaty to Enforce the New European Green Deal, por A. Florou
4. US and English Courts as the New Way to Circumvent the ban on intra-EU Arbitration, por D. Defossez
5. A Review of Legal and Policy Compliance Measures of African Countries with the Commitments of the Paris Agreement, por O. Akinleye-Martins
6. Different Paths to the Same Goal? The Potential of BITs and FTAs for Achieving Climate Objectives, por A. Monti
7. Climate Change Considerations through the Environment Protection Lens in Investor State Dispute Settlement (ISDS): Addressing the Challenges, por R. Islam e M. G. Sarwar
8. The Role of International Investment Law in Climate Change Mitigation – A Theoretical Perspective, por H. Pang
9. Trade Agreement: Lessons from the Model Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and Adaptation, por O. Ejims

10. Counterclaims in ISDS: Refining the Balance between Economic Growth and Environmental Protection, por F. Marisi
11. States' Human Rights Counterclaims and Other Methods to Hold Investors Accountable for their Human Rights Violations in Investment Treaty Arbitrations, por H. Yildiz

O n. 6, de 2023, contém os seguintes artigos:

1. FDI Moot 2023: First Highest Ranked Claimant Memorial, por National and Kapodistrian University of Athens
2. FDI Moot 2023: First Highest Ranked Respondent Memorial, por Nalsar University of Law
3. FDI Moot 2023: Second Highest Ranked Claimant Memorial, por Universitas Diponegoro
4. FDI Moot 2023: Second Highest Ranked Respondent Memorial, por Universitas Diponegoro
5. FDI Moot 2023: Third Highest Ranked Claimant Memorial, por Taras Shevchenko National University of Kyiv
6. FDI Moot 2023: Third Highest Ranked Respondent Memorial, por Peking University School of Transnational Law

O n. 5, de 2023, contém os seguintes artigos:

1. Navigating Investment Law in a Changing Climate – How Can States Balance Competing Obligations? Por B. Sanderson e L. Bizikova
2. Simplifying the Pathway to 2030: The Need for More, not Less, Protection for Climate Change-Related investment, por R. Fowler, M.C.N.C.G. Putra
3. Transnational Investment State Arbitration: A New Game-Changer for Global Climate Change Goals, por I.D. Valones, Court
4. The Rise of Environmental Disputes: A Due Process-Based Approach to Evaluating Scientific Evidence, por J.P. Terceño, C.M.M. Herbert e P. Ramirez
5. Politics of Investment Protection: Is the Trend of Adopting Environmental Protection Clauses Bringing any Balance? Por M.S. Zulker Nayeem
6. Addressing Climate Change through Non-Regression Clauses. Towards a Regulatory Paradigm in Investment Treaties? Por A.C Bakos
7. How Are Investment Tribunals Going to Interpret 'Environmental Provisions' under New Generation Investment Agreements? – Mapping the Changes in Recent Treaties from 2016 to 2021, por S. Sultana

8. Counterclaims based on Corporate Climate Change Responsibility: Challenges and Prospects, por T. Ishikawa
9. Should Host-State be Allowed to Make Counterclaims for Environmental Damage in Investment Disputes? Por A. Zwolankiewicz
10. Are Counterclaims in Investment Treaty Arbitration an Effective Tool to Protect the Environment? Por M. Nunes Medeiros de Souza

ASA BULLETIN

O v. 41, n. 4, de 2023, contém os seguintes artigos:

1. President's Message 50 Years of ASA, por Felix Dasser
2. The Bulletin in Brief, por Matthias Scherer e Catherine A. Kunz
3. Procedural Order No. 1 – Trends and Practices, por Mika Savola
4. Action Filed in the Wrong Tribunal – Grace Period to Bring a New Action in the Right (Competent) Tribunal? por Marco Stacher
5. Revision des English Arbitration Act 1996, por Johannes Landbrecht
6. Conflicts of Interest and Disclosure – Views of the ASA Community, por Christian Oetiker, Nadja Jaisli Kull e Prabhjot K. Singh
7. Arbitrators, Decision Making, and Generative AI, por Jonathan Silberstein-Loeb
8. Case Law A Introduction to the Case Law Section, por Matthias Scherer e Catherine A Kunz
9. Swiss Case Law Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, 4A_180/2023, Urteil vom 24. Juli 2023, A. AG gegen B., Bundesrichterin Kiss, präsidierendes Mitglied, Bundesrichterinnen Hohl, May Canellas, Gerichtsschreiber Leemann.
10. Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, 4A_575/2022, Urteil vom 7. August 2023, Republik Südsudan gegen 1. A. Ltd., 2. B. Limited, Bundesrichterin Jametti, Präsidentin, Bundesrichterinnen Hohl, Kiss, Bundesrichter Rüedi, Bundesrichterin May Canellas, Gerichtsschreiber Stähle.
11. Tribunal Fédéral, Ire Cour de droit civil, 5A_115/2023, Arrêt du 7 juillet 2023, Hoirie de feu A.A., soit: 1. B., 2. C.A., 3. D.A., 4. E.A., 5. F.A. contre G., MM. et Mme les Juges fédéraux Herrmann, Président, Escher et Bovey. Greffière: Mme Achtari.
12. Tribunale federale, I Corte di diritto civile, 4A_603/2021, Sentenza del 31 gennaio 2023, A. SA contro 1. B., 2. C., 3. D., 4. E., 5. F., 6. G., 7. H., 8. I., Giudici federali Jametti, Presidente, Kiss, May Canellas, Cancelliere Gadoni.

13. Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, 4A_464/2023, Urteil vom 20. Oktober 2023, A. gegen 1. B. Sp. z. o. o., 2. Fédération Internationale de Football Association (FIFA), Bundesrichterin Kiss, präsidierendes Mitglied, Bundesrichterin Hohl, Bundesrichter Rüedi, Gerichtsschreiber Stähle.
14. Tribunal fédéral, Ire Cour de droit civil, 4A_668/2020, Arrêt du 17 mai 2021, A. Club contre 1. F., 2. C., Mmes et M. les Juges fédéraux Kiss, juge président, Rüedi et May Canellas. Greffier: M. O. Carruzzo.
15. Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, 5A_978/2021, Urteil vom 31. August 2022, A. AG gegen 1. PolyReg Allg. Selbstregulierungs, 2. B., Bundesrichter Herrmann, Präsident, Bundesrichter Marazzi, von Werdt, Schöbi, Bovey, Gerichtsschreiber Monn.
16. Tribunal Fédéral, Ire Cour de droit civil, 4A_16/2023¹, Arrêt du 8 novembre 2023, A. contre Commune B., Mmes les Juges fédérales Kiss, Juge président, Hohl et May Canellas, greffière Monti.
17. Tribunal fédéral, Ire Cour de droit civil, 4A_28/2023, Ordonnance du 18 avril 2023, A. contre B., Mme la Juge fédérale Kiss, juge président. Greffier : M. Leemann.
18. Tribunal Fédéral, Ire Cour de droit civil, 4A_407/2023, Arrêt du 4 septembre 2023, A. SA contre B., Mme la Juge fédérale Kiss, présidente. Greffier: M. O. Carruzzo.
19. Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, 4A_2/2023, Urteil vom 6. Oktober 2023, A. gegen EC B., Bundesrichterin Kiss, präsidierendes Mitglied, Bundesrichterin Hohl, Bundesrichter Rüedi, Gerichtsschreiber Leemann.
20. Tribunal fédéral, Ire Cour de droit civil, 4A_152/2023, Arrêt du 5 juin 2023, 1. A., 2. B., 3. C. contre D., Mmes et M. les Juges fédéraux Kiss, juge président, Rüedi et May Canellas. Greffier: M. O. Carruzzo.
21. Tribunal Fédéral, Ire Cour de droit civil, 4A_144/2023, Arrêt du 4 septembre 2023, 1. A.a., 2. A.b. contre 1. X., 2. Z., 1. A.c., 2. A.d., 3. A.e., 4. Y. SA, 5. U. SA. Mmes et M. les Juges fédéraux Kiss, juge président, Rüedi et May Canelas. Greffier: M. O. Carruzzo.
22. Tribunal Fédéral, Ire Cour de droit civil, 4A_146/2023, Arrêt du 4 septembre 2023, A.a. contre 1. F., 2. H., 1. A.b., 2. A.c., 3. A.d., 4. A.e., 5. Y. SA, 6. Z. SA, Mmes et M. les Juges fédéraux Kiss, juge président, Rüedi et May Canellas. Greffier: M. O. Carruzzo.
23. Tribunal Fédéral, Ire Cour de droit civil, 4A_148/2023¹, Arrêt du du 4 septembre 2023, 1. Y. SA, 2. Z. SA contre 1. F., 2. H, 1. A.a., 2. A.b, 3. A.c., 4. A.d., 5. A.e., Mmes et M. les Juges fédéraux Jametti, présidente, Hohl, Kiss, Rüedi et May Canellas. Greffier: M. O. Carruzzo.

24. Tribunal Fédéral, Ire Cour de droit civil, 4A_170/2023, Arrêt du 5 août 2020, Fédération Internationale de Football Association, FIFA-Strasse 20, 8044 Zurich contre A., Mmes les Juges fédérales Kiss, juge président, Hohl et May Canellas. Greffier: M. O. Carruzzo.
25. Tribunal federal, Ire Cour de droit civil, 4A_100/2023, Arrêt du 22 juin 2023, A. contre B., Mmes et M. les Juges fédéraux Kiss, juge président, Hohl et Rüedi. Greffier: M. O. Carruzzo.
26. Asa News
27. Local and Practice Groups
28. ASA Below 40
29. New Members
30. Bibliography
31. Index

O v. 41, n. 3, de 2023, contém os seguintes artigos:

1. President's Message The State Giveth and the State Taketh Away, por Felix Dasser
2. The Bulletin in Brief, por Matthias Scherer, Catherine A. Kunz
3. The Devas-Antrix Saga and the Enforceability of Annulled Awards, por Harshad Pathak
4. Tierce opposition à la décision d'exequatur d'une sentence : l'art français de donner d'une main pour mieux reprendre de l'autre, por Florian Renaux
5. Pour une déontologie de l'arbitre, por Guillaume Feld
6. Law Applicable to Forum-Selection Clauses – Less Flexibility than for Arbitration Clauses por Olivier Luc Mosimann
7. Case Law A Introduction to the Case Law Section, por Matthias Scherer, Catherine A Kunz
8. Foreign Case Law: Cour d'appel de Paris, Pôle 5 chambre 16, 3 janvier 2023, n° 21/14388, La CENTRAL BANK OF LIBYA contre Société [K] [J] [V] [N] ET FILS, M. Daniel BARLOW, Président, M Laure ALDEBERT, Conseillère, M. François MELIN, Conseiller., por Florian Renaux
9. Swiss Case Law Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, 5A_406/2022, Urteil vom 17. März 2023, OperaFund Eco-Invest SICAV PLC und Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/36., Bundesrichter Herrmann, Präsident, Bundesrichterin Escher, Bundesrichter von Werdt, Schöbi, Bovey, Gerichtsschreiber Monn., por Bundesrichterin Escher

10. Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, 5A_469/2022, Urteil vom 21. März 2023, Republik Usbekistan gegen A. SA, Bundesrichterin Escher, präsidierendes Mitglied, Bundesrichter Schöbi, Bundesrichterin De Rossa, Gerichtsschreiber Monn. (Auszüge)
11. Tribunal fédéral, Ite Cour de droit civil, 5A_824/2020, Arrêt du 12 février 2021, A. contre B. Limited, MM. et Mme les Juges fédéraux Herrmann, Président, Escher et Bovey. Greffière : Mme Achteri.
12. Tribunal fédéral, Ire Cour de droit civil, 4A_346/2020, Arrêt du 6 janvier 2021, A. SA contre B. SA, Mmes les Juges fédérales Hohl, présidente, Kiss et May Canellas. Greffier: M. O. Carruzzo.
13. Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, 4A_300/2021, Urteil vom 11. November 2021, A. gegen 1. B., 2. C., Bundesrichterin Kiss, präsidierendes Mitglied, Bundesrichterin Niquille, Bundesrichter Rüedi, Gerichtsschreiber Gross.
14. Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, 4A_27/2021, Urteil vom 7. Mai 2021, A. AG contre B. L.P., Bundesrichterin Kiss, präsidierendes Mitglied, Bundesrichterin Niquille, Bundesrichter Rüedi, Gerichtsschreiber Leemann.
15. Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, 4A_38/2023, Urteil vom 27. Januar 2023, FC A. gegen B. Football Association, Bundesrichterin Kiss, präsidierendes Mitglied, Gerichtsschreiber Leemann.
16. Tribunal fédéral, Ire Cour de droit civil, 4A_430/2020, Arrêt du 10 février 2021, A. contre B.1, Mmes et M. les Juges fédéraux Hohl, Kiss, Niquille, May Canellas et Kölz, juge suppléant. Greffier: M. O. Carruzzo.
17. Tribunal fédéral, Ire Cour de droit civil, 4A_191/2020, Ordonnance du 23 août 2021, 1. A. Sàrl, 2. B. Sàrl, 3. C. Sàrl & Cie S.C.A. (précédemment, C.C. Sàrl S.C.A.), 4. D. Sàrl & Cie S.C.A (précédemment, D.D. Sàrl S.C.A.), 5. E. GmbH & Co. KG, 6. F. Sàrl, 7. G., 8. H. GmbH contre I., Mme la Juge fédérale Kiss, juge président. Greffier: M. Widmer.
18. Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, B-2233/2020, Urteil vom 16. Februar 2021, A. AG gegen SIX Exchange Regulation AG, Sanktionskommission der SIX Group AG, c/o SIX Group AG, Vorinstanz, Richter Francesco Brentani (Vorsitz), Richter Stephan Breitenmoser, Richter Ronald Flury, Gerichtsschreiber Lukas Müller. (Auszüge)
19. Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, 4A_559/2022, Urteil vom 3. August 2023, A. Ltd. gegen B., Bundesrichterin Jametti, Präsidentin, Bundesrichterinnen Hohl, Kiss, Bundesrichter Rüedi, Bundesrichterin May Canellas, Gerichtsschreiber Kistler.1 (Auszüge)

20. Tribunal fédéral, Ire Cour de droit civil, 4A_612/2020, Arrêt du 18 juin 2021, A. contre International Biathlon Union (IBU), Mmes et M. les Juges fédéraux Hohl, présidente, Kiss, Niquille, Rüedi et May Canellas. Greffier: M. O. Carruzzo.
21. Tribunal fédéral, Ire Cour de droit civil, 4A_56/2020, Arrêt du 8 juillet 2020, X. SA contre Z. architecture SA, Mmes les juges Kiss, présidente, Hohl et Niquille. Greffier: M. Thélin.
22. Varia
23. ASA News
24. Bibliography

JOURNAL OF INTERNATIONAL DISPUTE SETTLEMENT

O v. 14, n. 4, de 2023, contém os seguintes artigos:

1. Editorial: Of squares, spheres and the elusive third dimension, por Tommaso Soave
2. Equitable representation on international benches and the appointment of tribunal members in investor-State dispute settlement: a historical perspective, por Yanwen Zhang
3. Why states refuse to participate in judicial proceedings: uncovering key reasons and historical Evolution, por Ying Sun
4. Returning the Home State to the Global Anti-Corruption Campaign, por Yueming Yan
5. The resolution of professional tennis disputes, por Ilias Bantekas
6. Current developments: New developments in the interpretation and application of the clean hands doctrine by investment tribunals, por Patrick Dumberry
7. Current developments: A tale of policy carve-outs and general exceptions: Eco Oro v Colombia as a case study, por Güneş Ünüvar

SPAIN ARBITRATION REVIEW – REVISTA DEL CLUB ESPAÑOL DEL ARBITRAJE

O v. 49, de 2024, contém os seguintes artigos:

1. The Good, the Bad and the Not Necessarily Ugly Future of Investor State Arbitration. What will become of the investor-state dispute settlement system? Por Peter Nahmias Reiss
2. Reflexión sobre la decisión. Higiene en las decisiones: un hábito que todo árbitro debe cultivar, por Francisco González de Cossío

3. AI in International Arbitration: Unveiling the Layers of Promise and Peril, por Ana Fernández Araluce
4. Contratos con pluralidad de cláusulas de resolución alternativa de disputas: conflictos de jurisdicción entre expert determination y arbitraje, por Omar Puertas Álvarez, Julia Martín Torres e Marcos Díaz Tarragó
5. Arbitraje Internacional, Protección de Datos y Ciberseguridad: desafíos y soluciones, por Alberto Jonathas Maia
6. El exequátur negativo de laudos extranjeros en España, por Javier Tarjuelo Pozo e Javier García Urbano
7. Review of Katia Fach Gómez The Technological Competence of Arbitrators, A comparative and International Legal Study, Special Issue, Springer Nature Switzerland AG 2023, por Clifford J. Hendel
8. Panorama de Jurisprudencia Latinoamericana 2023, coordinación: Orializ Espinoza e Julio Olórtegui
9. Review of English Arbitration jurisprudence 2022-2023. (British Chapter of the Spanish and Ibero-American Arbitration Club), coordinación: Manuel Penadés

O v. 48, de 2023, contém os seguintes artigos:

1. Editorial: Iurgium, un nuevo nombre y una nueva imagen para una nueva época, por David Arias
2. El rol de la sede en el arbitraje comercial internacional: una perspectiva minimalista, por Diego P. Fernández Arroyo e Luca G. Radicati di Brozolo
3. La expropiación indirecta en el arbitraje de Inversiones, por María Gabriela Quintero Quiaro
4. Arbitraje familiar, por Francisco González de Cossío
5. Relevancia de la «Sede Ciudad de México» en la cláusula compromisoria del arbitraje comercial internacional en la coyuntura de la relocalización cercana en México. Consideraciones en torno a un precedente judicial reciente, por Juan Carlos González Magallanes
6. Corte de Casación, Primera Sala Civil, 9 de noviembre de 2022, nº 21-17.203, Vidatel Ltd v. PT Ventures SGPS, Mercury Servicios de Telecomunicacoes. Observaciones sobre la Igualdad de las Partes en la Constitución del Tribunal Arbitral y el Deber de Revelación de los Árbitros, por Ramilka Taveras-Urzhumova e Iván Urzhumov
7. Panorama de Jurisprudencia Suiza (Capítulo Suizo del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje), por Tomás Navarro Blakemore, Luis Miguel

Velarde Saffer, Alex Levin Canal, Laura Zinnerman, Luis Fernando Rincón Cuellar, Sebastián Coulon Bauer, Jaime Cambreleng Contreras e Clàudia Baró Huelmo. Coordinación: Tomás Navarro Blakemore, Isabella Cannatà e Alex Levin Canal

8. Recensión: Christopher R. Seppälä, *The FIDIC Red Book Contract: an International Clause-by-Clause Commentary*, WOLTERS KLUWER, 2023, 1464 pages, por Bernardo Cremades
9. Recensión: Bernardo M. Cremades and Patricia Peterson, *Dossier XX: Rethinking the Paradigm of International Arbitration*, International Chamber of Commerce, 2023, 240 pages, por Agustina Lucía Tawil
10. Crónica sobre el XVII Congreso Internacional del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje, el XVI Encuentro del CEIA-40, una Tarde con CEIA Mujeres y el I Encuentro con los Grupos de Trabajo del CIAM, por Camila Felix Camerlingo Alves e Larissa Sad Coelho
11. Cláusulas de prescripción en Arbitraje de Inversión, por Nicolás Rosero Espinosa
12. La admisibilidad de los convenios arbitrales «extraestatutarios» para la sumisión a Arbitraje de la impugnación de acuerdos Sociales, por Juan Manuel Ramírez Cirera

ASIAN DISPUTE REVIEW

O v. 26, n. 1, de 2024, contém os seguintes artigos:

1. Editorial
2. Preventing Challenges: Impartiality and Independence of Arbitrators and Mediators in Hong Kong, por Shahla Ali
3. Breach of Contractual Pre-conditions to Arbitration: An Admissibility Issue or One Impacting Upon the Arbitral Tribunal's Jurisdiction? Por Chang Wen Yee
4. Exploring the Potential for Establishing an International Commercial Court in Hong Kong: A New Momentum for Developing this Legal Hub? Por Weixia Gu e Yi Tang
5. Cybersecurity in Arbitration: Balancing Protection, Privacy and Regulation in the Digital Age, por Payel Chatterjee, Aman Singhanian e Yuvraj Singh Sharma
6. Book Review: *Singapore Private International Law: Commercial Issues and Practice*, por Daryl Chew e Shaun Pereira
7. News, por Robert Morgan

O v. 25, n. 4, de 2023, contém os seguintes artigos:

1. Editorial
2. Mainland China's Judicial Practice on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards and Interim Measures in Aid of Hong Kong Arbitrations, por Adrian Lai
3. Cross-Border Data Transfer in International Arbitration from a PRC Law Perspective, por Che Jie e Fu Xin
4. Transparency in ICSID Arbitration: An East Asian Perspective, por Longone
5. Adoption and Dissemination of Innovation: Introducing the Statutory Adjudication Process in Hong Kong, por Man Sing Yeung
6. Protecting and Disputing Confidentiality in Arbitration, por Cameron Sim
7. Country Update: Iran, por Nima Nasrollahi Shahri e Sima Ghaffari
8. The FIDIC Red Book Contract: An International Clause-by- Clause Commentary, por Cavinder Bull SC e Christopher Chong
9. News, por Cavinder Bull SC

O v. 25, n. 3, de 2023, contém os seguintes artigos:

1. Editorial
2. Arbitration and the APAC Consumer: Lessons for Crypto-asset Platforms, por Matthew Townsend, Jonathan Tsang e Anand Tiwari
3. The Consolidation of Arbitral Institutions in Dubai, por Thomas R Snider
4. A Right of Appeal in the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Mongolia, por Taivankhuu Altangerel
5. Adjudication in the Hong Kong Construction Industry, por Ian Cocking e Priscillia Lam
6. Challenges to a Final Arbitral Award: Setting Aside and Resisting Enforcement in Hong Kong, por Jennifer Wu, Cynthia Chan e Jane Ng
7. Country Update: India, por Shreya Gupta, Juhi Gupta e Pratik Singhvi
8. Book Review: Taming the Guerrilla in International Commercial Arbitration: Levelling the Playing Field, por Edward Alder

ASIAN INTERNATIONAL ARBITRATION JOURNAL

O v. 19, n. 2, de 2023, contém os seguintes artigos:

1. 'The Critical Role of the Courts In Arbitral Disputes: Conceptualizing the Relationship Between the Courts and Arbitration', por Judith Prakash

2. Challenging Orthodoxy: State Immunity from Court Supervisory Jurisdiction in Investor-State Disputes?, por Elizabeth Wu
3. To Bear the Stamp: NN Global And its Ramifications to Arbitrations in India, por Anmol Jassal
4. Book Review: Arbitration Law of Pakistan, Ikram Ullah, First Edition, Wolters Kluwer, Netherlands, 2021, por Farqaleet Khokhar

REVISTA BRASILEIRA DE ARBITRAGEM

O v. 80, de 2024, contém os seguintes artigos:

1. Environmental Exception and the Legitimate Expectations of Investors in Investment Arbitration, Nilo Sérgio Gaião Santos
2. Arbitragem, Empresas e Direitos Humanos: uma Análise das Cláusulas Modelo e das Regras da Haia, por Luís Felipe Borges Taveira, Isabella Frangi Bassani e Pedro Alexandre Ferreira Sousa Degrande
3. Arbitragem Internacional. Imparcialidade. Independência. Dever de Curiosidade. Mídia Social. Rede Social. Revisão. Desafio. Preconceito. Corte Suprema da Suíça. Challenge of an Arbitrator for His Statements on Social Media: Suprema Corte da Suíça Revê o Dever de Curiosidade das Partes. Julgado 147 III 65. 22.12.2020, por Caroline Dos Santos
4. República Bolivariana da Venezuela vs. Serafin García e Karina García Gruber. Cour d'Appel de Paris. Anulação Parcial de Sentença Arbitral. Ordem Pública Internacional. Crimes de Corrupção, Lavagem de Dinheiro e Evasão de Divisas, Consumados no Chile pelos Requerentes da Arbitragem. Julgamento nº 19/2023, de 24 de outubro de 2023
5. 22º Congresso Internacional de Arbitragem do CBAr, por Guilherme Vinseiro Martins
6. Evento “Diálogos entre ESG e Arbitragem”, por Paula Dischinger Miranda
7. X Congresso CAM-CCBC de Arbitragem, por Nathalia do Couto Rosa Jordão
8. Discursos proferidos em eventos no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, por Ricardo Vilas Bôas Cueva
9. Assinatura do Acordo de Cooperação Técnica entre a Advocacia-Geral da União e o Comitê Brasileiro de Arbitragem, por André de Albuquerque Cavalcanti Abbud
10. Lançamento do Manual do CBAr – Fundamentos Básicos sobre Arbitragem, por Luís Roberto Baroso
11. Lançamento do Manual do CBAr – Fundamentos Básicos sobre Arbitragem, por André de Albuquerque Cavalcanti Abbud

12. The FIDIC red book contract: an international clause-by-clause commentary, por Christopher R. Seppälä e Gustavo Scheffer da Silveira
13. Resenha à obra: arbitragem, mediação, falência e recuperação: resolução de disputas na empresa em crise, por Andre Luis Monteiro, Fabiane Verçosa, Geraldo Fonseca e Thiago Rodovalho
14. Ana Paula Montans
15. Linha Editorial: Normas de Formatação da Revista Brasileira de Arbitragem

O v. 79, de 2023, contém os seguintes artigos:

1. Cláusula compromissória condicionada: estipulação e implementação, por Raul Longo Zocal
2. Contrato de franquia – Cláusula compromissória invalidada – Ausência de informações ao franqueado sobre custos da arbitragem – Princípios da transparência e da boa-fé – Ausência de recursos financeiros para o custeio do procedimento – Impecuniosidade da arbitragem – Acórdão da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Cível nº 1003513-24.2020.8.26.0271, por Gilberto Giusti
3. Payward v. Chechetkin – [2023] EWHC 1780 (Comm) – High Court of Justice
4. 20th anniversary conference of the ICAL program – Evolution or revolution: have we mastered international arbitration or do we need a new blueprint for the future? Por Stefanie Alecrim
5. Inquirição cruzada sem discovery: não cego, mas com antolhos, por Caetano Berenguer, Gustavo Favero Vaughn e Laurence Shore
6. Financiamento de terceiros na arbitragem internacional – Uma avaliação crítica e proposta pragmática, por Júnior Alexandre Moreira Pinto
7. Revista das Revistas, por Ana Paula Montans
8. Linha Editorial

REVUE DE L'ARBITRAGE

O n. 3, de 2023, contém os seguintes artigos:

1. Notification et arbitrage, por Jérémy Jourdan-Marques
2. La Portée De La Jurisprudence Achmea / Pl Holdings : Exclusion De L'arbitrage Commercial, por Claire Debourg
3. Caractère limitatif des cas d'ouverture du recours et contrôle de la recevabilité de la demande d'exequatur », note sous Cass. civ. 1re, 13 avril 2023, por Sylvain Bollée

4. « L'arrêt Agarwal c/ Uruguay : rigueur juridique ou effet pervers ? », note sous Paris 21 février 2023, por Laura Fadlallah
5. « Tierce opposition à l'arrêt statuant sur le contrôle de la sentence et intérêt à agir du tiers opposant », note sous Paris, 3 janvier 2023, por Jacques Pellerin
6. « Inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire, pratiques restrictives de concurrence et succession de parties au contrat : le délicat maniement du contrôle restreint », note sous Paris, 28 septembre 2022, por Marie- Hélène Bartoli Vallet e Juan Diego Niño-Vargas
7. Chronique De Jurisprudence Française : – « Arbitrage Et Procédures Collectives », por Jérôme Barbet
8. Chronique De Jurisprudence Arbitrale En Matière Sportive : – Dirigée Par Matthieu Maisonneuve, Avec Les Contributions, por Sébastien Besson, Clémentine Legendre, Jean-Michel Marmayou, Mathieu Maisonneuve, Marc Peltier e Antonio Rigozzi
9. Publication par la Cour de cassation d'un communiqué au sujet de l'arrêt Cass. crim., 28 juin 2023, « Arbitrage Tapie »
10. Compte Rendu De L'événement « Vive La France ! » Organise Par La DIS40 De La Région Rhin-Ruhr, por Christiane Lenz
11. Adhésion de l'Arabie Saoudite à la Convention de Vienne de 1980, por Christiane Lenz
12. Bibliographie, por Boissésou (Matthieu), Fouchard (Clément) e Madesclair (Jessica)
13. Index analytique

O n. 2, de 2023, contém os seguintes artigos:

1. La distinction entre l'accès aux tribunaux arbitraux et le droit d'action : réflexions sur la conception processuelle de la convention d'arbitrage, por Lilian Larribère
2. De la lex mercatoria à la lex financiera : le raisonnement arbitral face à l'évaluation des dommages, por Toni Marza
3. « De quelle liberté d'appréciation dispose un tribunal arbitral en cas de violation d'une clause préliminaire obligatoire de médiation ? », note sous Cass. civ. 1re, 1er février 2023, por Charles Jarrosson
4. « L'arbitre, le juge et l'octroi d'une provision : concurrence ou complémentarité ? », note sous Cass. civ. 1re, 11 janvier 2023, por Jean Billefont
5. « Vous avez dit corruption ? », note sous Versailles, 14 mars 2023, por Ibrahim Fadlallah

6. « Un arbitre ne devrait pas dire ça... », note sous Paris, 10 janvier 2023, por François-Xavier Train
7. « Lincompréhension de l'arbitrage à deux degrés », note sous Paris, 15 novembre 2022, por Eric Loquin
8. « Contrôle de la sentence et conformité à l'article L. 442- 6, 2° du Code de commerce : de la difficulté de concevoir un régime spécifique lorsqu'est en cause l'ordre public de protection », note sous Paris, 21 juin 2022, por Benjamin Remy
9. « Sanctions internationales : la difficulté croissante de garantir l'exécution des sentences arbitrales (la jurisprudence de la CJUE et sa réception par les juridictions françaises) », note sous CJUE, 1re Ch., 11 novembre 2021, por Laurence Franc-Menget
10. Bibliographie, por Natalia Gaucher-Mbodji
11. Index Analytique

O n. 1, de 2023, contém os seguintes artigos:

1. La notion de précédent dans l'arbitrage, por Salim Moollan
2. Les applications du précédent en arbitrage international : le précédent dans le cadre de la même affaire ou d'affaires liées (aspects substantiels), por Anne Véronique Schlaepfer
3. La valeur du précédent en arbitrage commercial international, por Luca Radicati Di Brozolo
4. Le précédent procédural dans la pratique des tribunaux arbitraux, por Maxi Scherer, Sonya Ebermann e Morgane Cauvin
5. Le précédent dans la pratique des institutions arbitrales, por Xavier Fabre-Bulle
6. Le précédent dans la pratique du juge de l'annulation, réflexions en droit français et en droit comparé, por Louis Degos
7. Synthèse, por Thomas Clay
8. « Impécuniosité d'une partie : créativité, subsidiarité et pragmatisme », note sous Cass. civ. 1re, 28 septembre 2022, por Paul Giraud
9. « Invalidité de saisies-attribution sur des fonds gelés par l'Union européenne: la Cour de cassation valide l'inapplicabilité de l'immunité d'exécution dans l'affaire Al-Kharafi en présence de sanctions internationales », note sous Cass. civ. 1re, 7 septembre 2022, por Victor Grandaubert
10. Chronique De Droit Des Modes Amiables De Règlement Des Conflits, por Jean-Philippe Tricoit

11. Sommaires De Jurisprudence
12. Bibliographie, de Bruno de Loynes de Fumichon
13. Index Analytique

THE RESOLVER: THE QUARTERLY MAGAZINE OF THE CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS

O n. 4, de 2023, contém os seguintes artigos:

1. Welcome
 2. What's On: Training opportunities
 3. The Opener: Ciarb news and 60-second interview
 4. From The Ceo: Catherine Dixon on why a sustainable profession needs EDI, por Catherine Dixon
 5. Cover Feature: Arbitration and mediation in the New York and Singapore Conventions, por Paolo Marzolini, Kenneth T. Salmon e Marcus Cato MICE
 6. Dispute Boards: Here to stay in construction and engineering, por Paul Sills
 7. Making Waves: The impact of the maritime and insurance sectors, por Jonathan Wood
 8. Case Note: Can claimants rely on corruption at the enforcement stage? Por Lara Oranli
-

Uso exclusivo – proibida a veiculação

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA

1. A *seleção* de trabalhos (Conteúdo Editorial) para publicação é de competência do Conselho Editorial de cada Revista e da Editora Revista dos Tribunais. Referido Conselho Editorial é formado por vários membros, de forma a preservar o pluralismo, a imparcialidade e a independência na análise dos artigos encaminhados. Eventualmente, os trabalhos poderão ser devolvidos ao Autor com sugestões de caráter científico, o qual, caso as aceite, poderá adaptá-los e reenaminhá-los para nova análise. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise do Conteúdo Editorial de autoria do Colaborador.
2. O envio de Conteúdo Editorial para publicação em qualquer produto editorial da Editora Revista dos Tribunais implica aceitação dos termos e das condições da *Cessão de Direitos Autorais de Colaboração Autoral Inédita e Termo de Responsabilidade*, por meio da qual o Autor cede globalmente os direitos autorais do Conteúdo Editorial enviado exclusivamente para a Editora Revista dos Tribunais.
 - 2.1. A publicação ocorrerá em duplo formato: impresso e digital.
 - 2.2. O Conteúdo Editorial encaminhado para a Editora Revista dos Tribunais não pode ter sido publicado nem estar pendente de publicação em outro veículo, seja em mídia impressa, seja em mídia eletrônica.
 - 2.3. O material recebido e não publicado não será devolvido.
3. Normas de publicação
 - 3.1. Formatação exigida para os artigos
 - (a) Tamanho do papel: A4.
 - (b) Tamanho do texto: mínimo de 15 e máximo de 30 laudas (cada lauda deve ter 2.100 caracteres sem espaços, incluindo notas de rodapé e bibliografia), com exceção dos comentários jurisprudenciais e legislativos, que poderão contar com um número de laudas inferior ao mínimo estabelecido.
 - (c) Margens: superior e inferior de 2,0 cm, esquerda e direita de 3,0 cm.
 - (d) Alinhamento: justificado.
 - (e) Fonte: Times New Roman, normal, com tamanho 12 para título, corpo de texto, citações e sumário e tamanho 10 para notas de rodapé (não utilizar notas de fim).
 - (f) Espaçamento entre linhas: 1,5.
 - (g) Destaques: em itálico. Jamais deve ser usado o negrito ou o sublinhado.
 - (h) Citações: entre aspas – quando ultrapassar três linhas, usar recuo de 4 cm (nesse caso, não usar aspas). Caso haja destaque em citação, indicar “grifo nosso” se for do autor do artigo e “grifo do autor” se for do autor citado (original).
 - (i) Título do artigo em português e em inglês.

(j) Lista de cinco palavras-chave em português e em inglês (*keywords*).

(k) Resumo do artigo em português e em inglês com, no máximo, 750 caracteres (sem espaços).

(l) O *curriculum* deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante) – máximo de três; finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Exemplo: Pós-Doutor em Direito Público pela Università Statale di Milano e pela Universidad de Valencia. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina.

(m) As *referências legislativas* ou *jurisprudenciais* devem conter todos os dados

necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de *sites*, deve-se indicar a data de acesso. Ex.: STRECK, Lenio Luiz. *Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!* Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc]. Acesso em: 22.10.2017.

4. O envio do material relativo aos Conteúdos Editoriais deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: *aval.artigo@thomsonreuters.com*. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro, os arquivos devem ser gravados no formato *.rtf* (de leitura comum a todos os processadores de texto). Indicar no assunto do *e-mail* o nome da revista para a qual deseja que o artigo seja avaliado.
5. Pressupõe-se a autorização de publicação dos artigos encaminhados, quando aprovados. Após a aprovação, será enviada uma cessão de direitos autorais, para que o Autor possa receber um exemplar de cortesia da publicação.

Uso exclusivo – Proibida a reprodução

A GARANTIA DA MOTIVAÇÃO E O ARTIGO 935 DO CÓDIGO CIVIL: A INCONSTITUCIONALIDADE DA VINCULAÇÃO DO JUÍZO CÍVEL ÀS SENTENÇAS DO TRIBUNAL DO JÚRI

*REASONED DECISIONS AND THE ARTICLE 935 OF THE BRAZILIAN CIVIL CODE:
UNCONSTITUTIONALITY OF THE BINDING EFFECTS FROM
THE JURY'S DECISIONS TO THE CIVIL JUSTICE*

DANIEL DE OLIVEIRA PONTES

Mestrando em Direito Processual na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado. danielop@globocom.com

Data de recebimento: 01.11.2017

Data de aprovação: 12.11.2017 e 16.11.2017

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil; Penal.

RESUMO: No presente artigo, destaca-se a problemática dos julgamentos do Tribunal do Júri, em que os jurados decidem por íntima convicção e em sigilo. Diante dessas peculiaridades, pretende-se analisar se as sentenças prolatadas nesse rito especial do processo penal podem repercutir no cível, em especial pela garantia da motivação das decisões jurisdicionais.

PALAVRAS-CHAVE: Motivação – Garantias – Júri – Vinculação – Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The present work seeks to analyze this problem regarding Jury's decisions, because they are confidential and unjustified. Such characters could prevent the application of the article 935 to obey the right of the parts to reasoned decisions.

KEYWORDS: Decisions – Rights – Jury – Binding – Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução e delimitação do tema. 2. O conteúdo da garantia da motivação em um Direito Processual constitucionalizado. 2.1. O neoconstitucionalismo e seu impacto no Direito Processual. 2.2. O princípio da motivação como garantia estrutural da prestação jurisdicional. 3. O artigo 935 do Código Civil e a influência do juízo penal no cível. 4. Os julgamentos no Tribunal do Júri: a peculiaridade do sigilo do voto e da soberania dos veredictos. 5. A inconstitucionalidade da incidência do artigo 935 do CC nos casos de Tribunal do Júri frente à garantia da motivação. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

Ao longo do tempo, o exercício do poder jurisdicional já comportou relações diversas com a exigência da fundamentação de seus atos: a íntima convicção, a prova tarifada e o livre convencimento motivado. No Código de Processo Civil (CPC) atual, afloram críticas de que não haveria liberdade na formação do convencimento, de modo que nos encaminharíamos para um novo momento histórico, tendo em vista que o direito processual deve servir como mecanismo de controle às decisões judiciais.¹

Seja como for, é indubitoso que, no atual estado de coisas, a motivação se tornou uma garantia estruturante do processo, que legitima o próprio exercício da jurisdição pelo agente público.

7. REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 242, abr.-jun. 2005.
- CALAMANDREI, Piero. *Procedure and Democracy*. Trad. John Clarke Adams e Helen Adams. New York: New York University Press, 1956.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- GALDINO, Flavio. A evolução das ideias de acesso à justiça. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 2.
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.
- TIMOTEO, Gabrielle. Normativos internacionais e escravidão. *Revista Hindu*, n. 4, p. 70-83, 2013. Disponível em: [www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/1716/2137]. Acesso em: 27.10.2017.

1. STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.