

O Papel do Árbitro

Profª Selma Ferreira Lemes*

Discorrer sobre o papel do árbitro no procedimento arbitral impõe, inicialmente, refletir sobre um adágio mundialmente conhecido: *“a arbitragem vale o que vale o árbitro”*, fato incontroverso. E mais, saliento que *“o árbitro representa a chave da abóbada da arbitragem e ao seu redor gravitam todos os temas e conceitos afeitos à arbitragem”*.

Inicialmente deve-se perquirir sobre quem pode ser árbitro? A resposta está no art. 13 da Lei n. 9.307, de 23.09.96, Lei de Arbitragem (LA), pois *“pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”*. Costumo advertir que o enunciado é singelo, mas não menos sábio. A capacidade é a civil e a técnica (quando for o caso) para decidir a matéria. A confiança está vinculada à honradez. Cícero, o herói da liberdade na Roma antiga, com toda a sabedoria advertia na sua obra *De Officiis (Dos Deveres)* que a honestidade decorre de quatro fontes: a primeira é o conhecimento (sabedoria), a segunda o sentimento da comunidade humana (justiça), a terceira a magnanimidade (alma nobre e generosa) e, a quarta, a inclinação para a moderação (temperança).

O árbitro deve ser e permanecer independente e imparcial durante todo o processo arbitral. Não pode ser indicado como árbitro quem tenha vinculação com as partes (independência) ou interesse no resultado do conflito (imparcialidade). O art. 13, § 6º dispõe sobre o código de ética do árbitro, sendo que este, no desempenho da função, deve atuar com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

* **Selma Ferreira Lemes**, advogada. Mestre e Doutora pela Universidade de São Paulo - USP. Membro da Comissão Relatora da Lei de Arbitragem. Professora e Coordenadora do Curso de Arbitragem do FGV LAW da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas - EDESP/FGV e professora de arbitragem do MBA em Direito e Economia da Empresa da FGV - Rio de Janeiro. Sócia de Selma Lemes Advogados. selma@selmalemes.adv.br

A arbitragem pode ser por árbitro único ou por mais árbitros, instituindo-se um tribunal arbitral. Aos árbitros se aplicam as mesmas causas de impedimento ou suspeição dos juízes e para fins penais o árbitro se equipara ao funcionário público (art. 17). Determina a LA que a arbitragem está instituída quando os árbitros aceitam a nomeação (art. 19). As Câmaras e Centros de Arbitragem geralmente possuem lista sugestiva de árbitros, pois não é algo indispensável. Note-se que a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI não possui lista de árbitros. Não existe restrição à nacionalidade do árbitro, na legislação nacional, podendo ser indicado árbitro um cidadão brasileiro ou estrangeiro.¹ À guisa de ilustração, no que concerne à nacionalidade do árbitro, releva notar que na Lei Federal nº 11.079, de 30.12.2004, que regula as parcerias público privadas, a arbitragem está prevista no art.11, inciso III. Dispõe este permissivo legal que a arbitragem será no Brasil e o idioma será o português, mas não oferece nenhuma restrição quanto à nacionalidade do árbitro, o que se mostra muito importante, em especial considerando que estes tipos de contratos, geralmente, envolvem partes estrangeiras, que terão a liberdade de indicar os árbitros que desejarem e a nacionalidade não será empecilho. Importa salientar, também, que pessoa jurídica não pode ser indicada como árbitro. A obrigação é “*intuitu personae*”.²

Prestados estes esclarecimentos básicos e, antes de abordarmos sobre os aspectos práticos da questão, ou seja, o procedimento para a indicação, nomeação e aceitação dos árbitros, teceremos considerações sobre o contrato do árbitro e a natureza jurídica da relação que se estabelece entre os árbitros e as partes. Pode-se conceituar esta

¹ CF nosso livro *Árbitro. Princípios da Independência e da Imparcialidade*, São Paulo. LTr, 2001. 239 p. (www.ltr.com.br)

² Cf nosso artigo “Dos Árbitros”, in *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*, Pedro Batista MARTINS, Selma M. Ferreira LEMES e Carlos Alberto CARMONA, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 245/287.

vinculação como sendo contratual na fonte, pois a competência do árbitro nasce com a cláusula compromissória e dela decorre a opção pela arbitragem, bem como a necessidade de indicar um árbitro. Além disso, podemos conceituar essa vinculação entre os árbitros e as partes como sendo jurisdicional no objeto; denomina-se, este contrato, como sendo um contrato de investidura.

Neste sentido é interessante notar e efetuar um paralelismo entre a figura do juiz e a do árbitro, haja vista que o juiz tem sua investidura do seu status e o árbitro tem seu status de sua investidura. O árbitro, por sua vez, tem jurisdição, mas não tem imperium, o poder de constringão. É em decorrência destas características que o árbitro não pode executar a sentença arbitral condenatória. Para isso existe o procedimento de execução da sentença arbitral que transcorre como a sentença judicial perante o Judiciário. Ressalte-se que o árbitro no decorrer do processo arbitral tem competência para ditar e determinar o cumprimento de medidas cautelares, mas não pode executá-las, pois, como dito, falta-lhe o poder de constringão. Note-se, por oportuno, que não representa incompatibilidade com a arbitragem o fato de interpor medida cautelar prévia de urgência perante o Judiciário e, posteriormente, no prazo legal, iniciar a arbitragem. Aliás, esta é questão que conta com interessantes precedentes jurisprudenciais, mesmo em face do art. 19 da LA, que considera instituída a arbitragem quando os árbitros aceitam o mister. No caso em que o Tribunal Arbitral não esteja constituído nos 30 dias, este fato não será motivo para solicitar a suspensão da liminar outorgada em sede judicial, pois o que se considera é a atitude diligente da parte que envidou esforços em iniciar a arbitragem no prazo estipulado. Ademais, se for o caso de substituir eventual garantia outorgada, esta deve ser solicitada ao tribunal arbitral e não ao juiz que a deferiu, tal como firmado pela citada jurisprudência.

Quanto à eficácia da atividade do árbitro há dois dispositivos de suma importância no texto legal. O primeiro é o art. 18, que dispõe: “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação do Poder Judiciário” e o art. 31 que equipara a sentença arbitral e a sentença judicial, esclarece: “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 judicial”.

Neste sentido, novamente invocamos e efetuamos um paralelismo entre a arbitragem e o Judiciário, notando que existe a aplicação dos princípios da cooperação e da complementação, ou seja, justiça estatal e justiça arbitral são consideradas irmãs gêmeas. Bruno Oppetit, emérito jurista francês, ao analisar a concepção da arbitragem em estudo extremamente profundo e filosófico ressaltara, no que concerne à atividade e mister de árbitros e juízes: “*existência de dualidade de legitimidade, mas comunhão de ética e de fim, diversidade de meios, mas também unidade funcional, paralelismo, mas também convergência.*”

Retornemos à relação entre as partes e os árbitros. Salientamos linhas atrás que esta relação é contratual na fonte e jurisdicional no objeto e conforme dito a conceituação legal desta relação é de um contrato de investidura. A obrigação dele decorrente é de resultado, ou seja, de ditar a sentença arbitral. Este contrato de investidura, na prática, pode ser operacionalizado de várias maneiras. Pode-se firmar um contrato entre as partes e os árbitros (não é usual), ou por meio do Compromisso Arbitral firmado (arts. 10 e 11 da LA), ou o Termo de Arbitragem, instrumento presente nos regulamentos de instituições arbitrais, assim como o documento denominado Termo de Independência, no qual ele declara que não há impedimento que seja do seu conhecimento para atuar, consoante o

disposto no arts. 13, § 6º e 21, § 2º da LA (princípios da independência, imparcialidade e livre convencimento do árbitro)

Os honorários dos árbitros podem estar previstos nos referidos documentos ou reportar-se ao regulamento de arbitragem da instituição arbitral que estiver administrando a arbitragem. Quando os honorários dos árbitros estiverem dispostos no Compromisso Arbitral, tal fato constituirá título executivo extrajudicial, podendo ser executado, caso não seja espontaneamente cumprido pelas partes (art. 11, IV da LA).

Impende fazer referência à questão da flexibilidade das regras no processo arbitral em comparação ao processo judicial, pois na arbitragem as regras aplicadas são, no caso de arbitragens institucionais, o regulamento e quando nada estipulado, no caso de arbitragens *ad hoc*, as regras fixadas pelos árbitros (art. 21, § 1º). Assim, cumpre ressaltar que o Código de Processo Civil será invocado sempre supletivamente e, se for o caso.

Importa observar, neste prisma, que o árbitro tem papel especial na condução do processo arbitral, pois a flexibilidade, não pode ser um mero atributo da arbitragem. A flexibilidade é uma característica indispensável a um bom árbitro. Ele deve ter a iniciativa, a habilidade e o objetivo de seguir uma linha, estabelecer o ritmo do procedimento. A flexibilidade do procedimento e a diligência do árbitro caminham juntas. Compete ao árbitro, neste sentido, estancar qualquer tentativa de abuso de uma das partes ou, em algumas situações, ser mais complacente com referência a prazos etc.

Note-se que da relação jurídica entabulada entre as partes e os árbitros decorre direitos e deveres. Entre os deveres do árbitro, está o de velar pela aplicação do devido processo legal, tal como estipulado no art.

21, § 2º da LA. O árbitro tem o dever de ser e manter-se independente e imparcial, antes e durante o procedimento arbitral, reitere-se. Na eventualidade de surgir um impedimento ou caso de suspeição, o árbitro deve declarar tal fato e renunciar ao seu mister, sendo substituído por um suplente ou outro árbitro indicado. Neste caso o novo árbitro deve decidir quanto às provas já produzidas (art. 22, § 5º da LA).

Os árbitros têm o dever de atentar para o prazo estabelecido para exarar a sentença arbitral. Note-se que este é motivo que gera a responsabilização civil do árbitro. Ademais, este fato ocasionará a anulação da sentença arbitral ditada (art. 32, VII da LA). Sublinhe-se que quando mencionamos o prazo não estamos fazendo referência ao prazo legal de 6 meses, pois esse prazo é supletivo (art. 23 da LA). As partes e os regulamentos de arbitragem podem dispor de modo diferente. Há regulamentos de instituições de arbitragem que fixam esse prazo em 60 dias, após a apresentação das alegações finais.

O árbitro tem que agir com diligência, ter capacidade de julgar, preservar a confidencialidade e ser pró-ativo. Isso significa, também, que o árbitro deve dispor de tempo suficiente para se dedicar à arbitragem. O árbitro quando aceita atuar como árbitro deve ter tempo para poder decidir. Ao receber documentos deve analisá-los no tempo apropriado, pois a celeridade é um atributo que deve ser sempre preservado na arbitragem.

Os árbitros têm também direitos e estes são o de ser remunerado pelo trabalho desempenhado e o de contar com as colaborações das partes e seus procuradores.

Uma questão importante que se coloca quando se analisa a figura do árbitro é saber se existe árbitro neutro, se o conceito de imparcialidade e neutralidade são sinônimos. Efetivamente não são, pois não existe árbitro

neutro, assim como também não existe juiz neutro. Neutralidade não se confunde com imparcialidade. Não existe ser humano neutro; não somos robôs, autômatos. O ser humano é fruto do meio em que vive, de suas convicções religiosas, sociais, políticas etc e é por elas influenciado. Portanto, não existe pessoa neutra; obviamente, não existe árbitro neutro. A neutralidade pressupõe a indiferença, o que é algo difícil de ser concebido. Ser imparcial é resolver a controvérsia de acordo com o seu livre convencimento (art. 21, § 2^{da} LA), de acordo com o seu modo de entender e fixar suas convicção sobre o assunto.³

Com referência às situações que poderiam ensejar fatores de falta de independência ou imparcialidade convém efetuar menção e reportar-se às premissas dos códigos de ética, tais como o do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA (www.conima.org.br), da *International Bar Association - IBA* e recentemente o *IBA Guia sobre Conflitos de Interesses na Arbitragem Internacional*. Estes últimos referem-se às arbitragens internacionais, mas seus enunciados são de aplicação universal, vale dizer, podem ser utilizados também para as arbitragens internas. Todavia, ressalte-se que são apenas normas orientativas, como qualquer código de conduta, mas, no caso brasileiro, deve-se atentar neste sentido para o disposto no art. 13, § 6^o da LA, consoante acima mencionado.

Passemos, agora, para a questão prática referente à indicação, nomeação e aceitação dos árbitros. No momento em que se indica um árbitro temos três fases procedimentais até que esse árbitro seja considerado o árbitro investido e que atuará no processo arbitral. São as denominadas fases de indicação, nomeação e aceitação do árbitro.

³ Cf nosso livro *Árbitro. Princípios da Independência e da Imparcialidade*, São Paulo. LTr, 2001, p.63. (www.ltr.com.br)

Neste sentido surge a primeira indagação prática: como contatar o provável árbitro? As partes não estão proibidas de efetuar um contato inicial com o provável árbitro. Normalmente este contato é efetuado pelo advogado da parte. A conversa travada deve limitar-se às indagações referentes e para saber se o provável árbitro tem possibilidade de atuar; deve-se indagar previamente se não há nenhum motivo que gere impedimento (independência e imparcialidade) e o impeça de exercer a função. O árbitro deve ser inteirado do assunto da controvérsia, mas não deve externar nenhum juízo de valor quanto à demanda (e a controvérsia), pois se o fizer estará impedido de atuar. As indagações de praxe são para colher informações, como por exemplo, se já atuou como advogado de uma das partes, se já efetuou algum trabalho remunerado para as partes etc. Caso tenha havido qualquer vinculação profissional esse fato deve ser revelado pelo árbitro, pois este é um dever legal (art. 14, §1º das LA). Também, caso o árbitro entenda que não deva aceitar ele não precisa efetuar nenhuma revelação, apenas exarar sua não aceitação.

A revelação de fatos que o árbitro conheça e que mesmo julgando que tais fatos não sejam importantes devem por ele ser revelados, pois os fatos não são importantes a seu juízo somente, mas aos “olhos das partes” também. Por isso que é importante, inclusive, quando se está indicando um árbitro que seja um advogado, um professor, que se verifique se ele ou seu escritório, mesmo que seja em outra atividade, não tenha prestado assessoria para qualquer uma das partes. Esses fatos devem ser revelados pelo árbitro, pois a avaliação será das partes e também da instituição arbitral, conforme estabelecer o regulamento. Importa salientar, também, que o fato de efetuar a revelação não significa que o árbitro se dê por suspeito ou impedido, mas justamente ao contrário, entende que tais fatos na seriam empecilhos para atuar, mas os revela por dever legal, pois se assim não fosse, simplesmente não aceitaria a indicação.

Vale notar, também, que os motivos de impedimento e suspeição são mais flexibilizados e de aplicação atenuada, ou seja, não são tão rígidos como para os juízes. Assim, nada impediria que uma pessoa que é amiga de ambas as partes seja indicada como árbitro, bem como outros fatores que revelados não consistiriam em suspeição ou impedimento. O importante é que todo fato que se tenha conhecimento e seja relevante venha a ser revelado pelo árbitro. Caso estes fatos não sejam objetados pelas partes o árbitro será indicado e mantido. Os regulamentos das instituições arbitrais, geralmente, regulam esse procedimento.

A indicação de árbitro substituto já no início da arbitragem, em especial para arbitragens institucionais, não é necessária, pois havendo qualquer problema posteriormente e com a arbitragem instalada, o processo de substituição de árbitros é idêntico ao efetuado para a indicação do árbitro anterior. Por outro lado, em se tratando de arbitragens *ad hoc*, mostra-se salutar dispor a respeito anteriormente, pois sendo necessária a substituição de árbitro, por qualquer motivo, se nada estiver disposto e as partes não chegarem a um acordo, será necessário instar o procedimento judicial previsto no art. 16, §2º da LA, para que o juiz indique o árbitro substituto.

Vamos abordar agora sobre o papel das instituições arbitrais quanto à indicação de árbitros. Normalmente, o que se verifica na prática é que as instituições efetuam uma verificação prévia para saber se aquele profissional indicado pelas partes poderá atuar no caso. Envia-se um questionário para os prováveis árbitros, no qual se indaga se o provável árbitro conhece as partes, se já atuou como advogado de uma delas; se atuou como consultor; se trabalhou para alguma empresa do grupo econômico das partes; se existe algo que gostaria de revelar e que seja importante etc.

Em seguida, este questionário é verificado pela instituição arbitral e não havendo nenhum problema, esse provável árbitro pode ser investido e atuar no processo arbitral. Na eventualidade de existir algo revelado e que seja importante é dado conhecimento às partes. Havendo alguma impugnação quanto ao árbitro, recorre-se ao que estiver disposto no regulamento da instituição e decide-se quanto a sua permanência ou não como árbitro. Evidentemente, que os motivos para impedimento de um árbitro são motivos válidos, não é porquê uma das partes não gosta de um dos árbitros, que não possa ser indicado; haverá de estar-se diante de um motivo justificado para isso. Observe-se, ademais, que a avaliação dos fatos revelados deve pautar-se em critérios objetivos.

Muitos regulamentos não tratam especificamente dessa fase prévia da indicação do árbitro, mas é efetuada informalmente antes da constituição do tribunal arbitral. Caso uma das partes deseje impugnar o árbitro, pode fazer nessa fase informal ou conforme disposto no regulamento da instituição arbitral e se este nada dispor, deve ser observado o previsto na legislação de regência (arts. 15 e 20), que determina que a parte que desejar impugnar um árbitro deverá fazê-lo na primeira oportunidade que se manifestar no processo arbitral (tribunal arbitral constituído), sob pena de preclusão. Caso deixe de fazer menção de fato que já conhecia não mais poderá invocá-lo em sede de anulação da sentença arbitral.

Passemos, agora, a tratar da constituição do tribunal arbitral. A LA estabelece no art. 19 que o tribunal arbitral está constituído quando os árbitros aceitam o seu mister. Importa salientar, também, que o árbitro não está vinculado à parte que o indicou. Não existe o árbitro da parte no tribunal arbitral, como se ele fosse o advogado da parte que o indicou. Existe o árbitro que foi indicado por uma das partes e a partir do momento

que ele aceita e que é investido é árbitro do tribunal arbitral, de todas as partes e não apenas da parte que o nomeou.

Durante o procedimento o tribunal arbitral emite Ordens Processuais ou Notas Processuais, que devem ser claras e objetivas e rigorosamente cumpridas pelas partes. Depois que o tribunal arbitral está constituído deve-se evitar contato direto com os árbitros e toda e qualquer reivindicação deve ser dirigida à instituição arbitral e, sendo necessário, por exemplo, aclarar algum item da Ordem Processual isso pode ser efetuado em audiência com a presença de ambas as partes, em decorrência do princípio da transparência, do devido processo legal, que deve reger todo o procedimento. Em casos de arbitragens “*ad hoc*” aconselha-se a constituição de um secretário do tribunal arbitral, que será o ponto de contato entre as partes e o tribunal arbitral.

Já quase no momento de finalizarmos entendo que seja oportuno efetuar algumas observações com referência à arbitragem internacional em especial ao tema que aqui tratado. Quando estiver em dúvida em indicar um árbitro, entre a especialidade técnica e o direito, prefira o jurista, ou pelo menos que, um dos árbitros seja jurista. O árbitro deve conhecer não apenas o direito aplicado ao fundo do litígio, mas também os direitos das partes, para que a sentença final possa ser cumprida e executada, se for o caso. Deve-se manter o advogado brasileiro em constante contato com o advogado que patrocina a demanda no exterior, mesmo que o direito aplicado, não seja o nacional. Arbitragens de árbitro único somente devem ser utilizadas se o valor da causa justificar e, mesmo assim, ter sempre presente que três pessoas pensam melhor do que uma e que os árbitros têm perfis diferentes, uns são mais conservadores, outros mais liberais; uns atentam somente para a letra da lei, outros preferem a análise sistemática da questão. Às vezes, algo que passa despercebido por um árbitro na avaliação de uma prova, por exemplo, é atentado pelo outro, o que ajuda e

muito na solução da controvérsia. Estas observações são válidas tanto para as arbitragens internas como internacionais.

Ainda, gostaria de registrar que em face da experiência que venho acumulando como árbitra, que se me afigura extremamente conveniente ter sempre um advogado no tribunal arbitral, pois a redação de uma sentença arbitral sempre é tarefa complexa e exige conhecimento de um técnico no assunto, ou seja, um advogado. Evidentemente que isto não significa que o tribunal arbitral com árbitros de outras especialidades não seja conveniente, o que, aliás, é salutar. A troca de conhecimentos ajuda muito no momento de decidir.

Indaga-se o que é estar árbitro?⁴ Estar árbitro é mais do que estar investido para decidir a controvérsia. É ser uma pessoa sensível, ter disponibilidade de tempo para analisar convenientemente a demanda, ser disciplinado, preparar-se para as audiências, ter prontidão e iniciativa, não retardar as decisões e despachos durante o procedimento arbitral. Normalmente o árbitro se esquece de quem o indicou, pois seu compromisso é com sua consciência e o seu livre convencimento; deve agir com bom senso, procurar a verdade, ater-se às provas dos autos e se estiver autorizado a resolver por equidade, de acordo com o seu real saber e entender podendo afastar a lei, procurar a decisão mais justa e salomônica, atentando sobremaneira aos fatos e ao comportamento das partes. Enfim, estar árbitro é ser um humanista e atuar, também, como um diplomata.

⁴ No sentido de que não existe a profissão de árbitro e em contraposição à assertiva inválida: ser árbitro.

Nota-se, no ambiente jurídico brasileiro, resistência em autorizar os árbitros a decidirem por equidade,⁵ o que representa um equívoco. Primeiro, ao indicar um árbitro confia-se nele (reportamo-nos aos quatro atributos citados anteriormente, ou seja, “*sabedoria, justiça, magnanimidade e moderação*”). Segundo, por conseqüência, a equidade vem acompanhada do bom senso e de um critério vivo de justiça. Resolver por equidade é decidir com prudência. Neste sentido e finalizando relembramos a lição de Rui Barbosa na “Oração aos Moços”, quando interpretara as palavras do apóstolo São Paulo, que “*boa é a lei, onde se executa legitimamente*”, ou seja, “*boa é a lei quando executada com retidão. Isto é: boa será, em havendo no executor a virtude, que no legislador não havia. Porque só a moderação, a inteireza e a equidade, no aplicar das más leis, as poderiam, em certa medida, escoimar de impureza, dureza e maldade, que encerrem (...) pretenderia significar o apóstolo das gentes que mais vale a lei má, quando inexecutada, ou mal executada (para o bem) que a boa lei sofismada e não observada.*”

⁵ Cf Selma Ferreira Lemes, “A Arbitragem e a Decisão por Equidade no Direito Brasileiro e Comparado”, In: Arbitragem. Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, *in memoriam*, Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins (orgs.), São Paulo, Atlas, 2007, p. 189/229.