

Bruno Guandalini: Impugnação de árbitro e preclusão temporal

06/04/2021

Recentemente, o professor Cruz e Tucci trouxe nesta revista eletrônica breve síntese sobre o entendimento da jurisprudência brasileira ao respeito da ocorrência de preclusão temporal no controle da constituição do tribunal arbitral [1]. De fato, nas grandes linhas, a jurisprudência faz o arroz com feijão: havendo fato que possa gerar dúvidas sobre a independência ou imparcialidade do árbitro, a parte interessada deve arguir no primeiro momento, sob pena de preclusão, de estar impedido de arguir a questão posteriormente como motivo de nulidade de sentença arbitral. É a aplicação literal do artigo 20 da Lei 9.307/96.



O texto ainda estende essa limitação da preclusão

temporal para qualificar como *de inequívoca má-fé* a alegação feita pela parte somente em sede de anulatória (artigo 33 da Lei 9.307/96), pois retiraria do árbitro a "*oportunidade de apresentar esclarecimentos aos fatos que lhe são imputados, porque toma conhecimento de tais alegações somente depois de ajuizada a ação anulatória*".

Da forma colocada, o texto deixa de considerar que o arroz e feijão da jurisprudência trazida deve ser temperado por dois elementos importantes para estruturar o sistema de preclusão, cuja falta pode colocar em risco todo o sabor próprio do sistema da arbitragem. Como o texto do professor Cruz e Tucci não teve esse objetivo, serve esta parte 2 (a qual se pede permissão para assim nomear) para adicionar aos menos dois temperos que faltam à leitura do panorama da jurisprudência apresentada.

Primeiro tempero: o dever de revelação

O primeiro elemento importante é o dever de revelação. Estabelece o artigo 14, §1º, que os árbitros têm o dever de revelar antes da aceitação da função qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência [2]. E essa obrigação é de extrema importância para a compreensão do sistema de preclusão, por diversas razões.



A *uma*, quando não exercido *pelo árbitro* o dever de revelação de um fato que denote dúvida justificada, em regra, não há que falar em preclusão se a parte não o conhecia ou se vem reconhecer posteriormente à sentença.

A *duas*, não realizado o dever de revelação de fato que deveria ser revelado há quebra de confiança, condição expressa para ser árbitro, nos termos do artigo 13 da Lei 9.307/96 [3]. Mas essa quebra de confiança não gera efeitos imediatos, se não quando da publicação da sentença. As partes em disputa não podem saber se de fato houve quebra de confiança até o momento que se deparam com o resultado da jurisdição. Independentemente da existência de conflito de interesses — que deveria ter sido revelada —, somente com a sentença saber-se-á se o árbitro efetivamente atingiu o objetivo principal da sua função: a aceitação pelas partes da sentença (ainda que procedente) [4]. Se qualquer das partes não aceitar a sentença, a quebra da confiança passa a produzir seus efeitos à sentença arbitral e dar fundamento à anulação, com base no artigo 32, II, da Lei de Arbitragem. É nula a sentença proferida por quem não poderia ser árbitro, conceito que inclui aquele que não tem a confiança das partes. Entendimento diferente esvaziaria por completo o conteúdo dos artigos 13, 14, §1º, e 32, II, da Lei de Arbitragem. Portanto, na falta do exercício de dever de revelação de fato que deveria ter sido revelado, não se opera a preclusão.

A *três*, o dever de revelação é *do árbitro*. A lei não impõe qualquer dever de manifestação de dúvidas ou suspeitas sobre os fatos ou de investigação pelas partes para que se produzam as provas necessárias e exigidas para a recusa [5]. Para evitar a preclusão, a parte deve instruir a recusa, com razões e mediante apresentação de provas. Há uma diferença, portanto, entre os fatos que *as partes conheciam* e os fatos que as partes *suspeitavam*. Mas há dois problemas no fundo dessa panela: um, ainda que a parte conhecesse o fato, não se afasta a quebra da confiança mencionada acima — problema do árbitro; dois, e mais importante, deve ser objeto de prova na anulatória se as partes *conheciam*, *não conheciam* ou *suspeitavam*, o que merece análise própria.

Segundo tempero: o ônus da prova do conhecimento do fato e a má-fé das partes

Para que se pudesse operar a preclusão, as partes deveriam ter conhecimento do fato e poder prová-lo na arbitragem. Afinal, não se pode exigir alegação de fato que se desconhece.

O professor Cruz e Tucci menciona que a parte que não alega o fato durante o procedimento e traz o argumento em sede de ação anulatória litigaria em má-fé. De fato, poderia sê-lo quando se trata de caso, como no recente precedente mencionado do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) [6], no qual o árbitro expressamente revelou fatos durante o procedimento arbitral, a parte não se insurgiu e, após o resultado, utilizou o fato como argumento na anulatória. Mas não pode haver má-fé de um autor que traz alegação em sede anulatória quando o fato é controverso, ou seja, quando se debate sobre ter ou não ter conhecimento durante a arbitragem do "*fato que pudesse denotar dúvida*". Isso implica mais duas análises.

A *uma*, fala-se em *partes*. No caso em que o fato não foi trazido ao procedimento arbitral, não se pode querer impor a preclusão à parte não satisfeita com a sentença (autor da anulatória) se a outra parte (réu da anulatória), que correu menor risco no procedimento arbitral já que presumidamente o fato alegado lhe haveria beneficiado, sabia do fato e não trouxe à luz na

própria arbitragem. A lei não pode tratar as partes de forma desigual atribuindo riscos desiguais aos litigantes que têm o mesmo dever de cooperação para com o procedimento. O réu da anulatória não pode se beneficiar com o instituto da preclusão como defesa se esta mesma parte conhecia o fato e não trouxe aos autos da arbitragem. Haveria má-fé do réu da anulatória no procedimento arbitral, o que não poderia lhe beneficiar evitando o controle do árbitro.

A *duas*, resta discutir se autor ou réu *conheciam* e/ou apenas *suspeitavam* o fato que denotava dúvidas durante o procedimento arbitral e não fora trazido nem pelo árbitro, nem pelas partes. De um lado, muitas vezes o autor da anulatória tem *suspeitas* sobre eventual existência de fato que denote dúvidas durante o procedimento arbitral, mas não o traz para não gerar desconforto ou tumulto no procedimento. Como não há dever da parte de investigação, o que poderia ser considerado uma *tática de guerrilha* — muito bem condenada no texto do professor Cruz e Tucci —, não se pode esperar que a parte levante questões sobre suspeição ou impedimento dos árbitros com base em meras suspeitas ou mesmo que procure uma fase de produção probatória sobre as suas suspeitas no procedimento arbitral, sob pena de ser taxada como exímia guerrilheira. Lembre-se que o artigo 15 da Lei 9.307/96 exige que se apresente a recusa "*deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes*" [7]. Logo, se a parte não tem provas naquele momento, não haveria que se exigir arguir questões sobre suspeita do árbitro.

Com a sentença, revelando-se a quebra da confiança no julgador, emerge dúvida legítima da parte que não tem acolhimento das suas alegações na sentença, cabendo então a investigação durante a ação anulatória, com produção probatória. Há fatos que, inegavelmente, dependem de ordem judicial para serem provados, como por exemplo, determinação de apresentação de informações e documentos por instituições arbitrais, árbitros e partes (preservando sempre a confidencialidade). E é muitas vezes somente na fase pós-arbitral, com a produção probatória lastreada em ordem judicial, que se revela e confirma o fato sobre o qual se tinha *suspeita* e mas não *provas* para a formal recusa durante o procedimento arbitral. E, para bem dosar o tempero, se o fato provado na anulatória pudesse ter sido provado no procedimento arbitral, *independentemente da instrução na fase judicial*, poderia até se falar em preclusão, mas esta alegação caberia ao réu, na anulatória, com seu ônus de prova.

Três, nesse contraditório, o árbitro não precisa e não deve participar. *Não precisa*, porque a sentença da anulatória terá consequência jurídicas e imediata sobre as partes, sem falar no custo reputacional [8]. Diferente seria se o árbitro viesse a ser réu em ação de responsabilidade civil seguinte, quando se poderia discutir a necessidade de sua participação como terceiro interessado na anulatória. *Não deve*, pois sua atuação poderia interferir na própria imparcialidade, independência e equidistância que deveria ter das partes, até mesmo na fase pós-arbitral.

E, claro, qualquer nulidade de sentença nessa base depende de análise do mérito sobre se o fato deveria ou não ser revelado, se o fato em questão poderia ou não denotar dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência. Mas isso tem gosto de outros sabores que a jurisprudência pátria ainda tem muito a provar.

Em conclusão, a formação da jurisprudência no sistema de preclusão sobre a constituição do tribunal arbitral é sem dúvida importante mas ainda não consolidada. Diversos temperos ainda

deverão ser adicionados para que se realce o sabor do instituto da arbitragem no Brasil.

[1] <https://www.conjur.com.br/2021-mar-30/paradoxo-corte-impugnacao-arbitro-preclusao-temporal-jurisprudencia>.

[2] "artigo 14, §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".

[3] "Artigo 13 — Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes".

[4] JARROSSON, Ch., "L'acceptabilité de la sentence", *Revue de l'arbitrage*, 2012.793.

[5] "Artigo 15 — A parte interessada em argüir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do artigo 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes".

[6] Apelação nº 1048961-82.2019.8.26.0100 (10.03.2021), da relatoria do desembargador Azuma Nishi, da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo.

[7] "Artigo 15 — A parte interessada em argüir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do artigo 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes".

[8] GUANDALINI, Bruno. *Economic Analysis of the Arbitrator's Function*, Wolters Kluwer, 2020, especialmente Capítulo 5.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-abr-06/bruno-guandalini-impugnacao-arbitro-preclusao-temporal/>