

SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 9.412 - EX (2013/0278872-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
REQUERENTE : ASA BIOENERGY HOLDING A G
REQUERENTE : ABENGOA BIOENERGIA AGRÍCOLA LTDA
REQUERENTE : ABENGOA BIOENERGIA SAO JOAO LTDA
REQUERENTE : ABENGOA BIOENERGIA SAO LUIZ S/A
REQUERENTE : ABENGOA BIOENERGIA SANTA FÉ LTDA
ADVOGADOS : MARIA AZEVEDO SALGADO - RJ096637
GUILHERME SILVEIRA COELHO - DF033133
SERGIO BERMUDES E OUTRO(S) - DF002192
REQUERIDO : ADRIANO GIANNETTI DEDINI OMETTO
ADVOGADOS : FERNANDO EDUARDO SEREC E OUTRO(S) - SP086352
GIOVANNI ETTORE NANNI E OUTRO(S) - SP128599
ADVOGADOS : ISABELA BRAGA POMPILIO - DF014234
CHRISTIANO PEREIRA CARLOS - DF014223
LEANDRO CHIAROTTINO - SP174894
REQUERIDO : ADRIANO OMETTO AGRICOLA LTDA
ADVOGADOS : FERNANDO EDUARDO SEREC E OUTRO(S) - SP086352
GIOVANNI ETTORE NANNI E OUTRO(S) - SP128599
ADVOGADOS : ISABELA BRAGA POMPILIO - DF014234
CHRISTIANO PEREIRA CARLOS - DF014223
LEANDRO CHIAROTTINO - SP174894

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Versa o presente feito sobre pedido de homologação de duas sentenças arbitrais estrangeiras – CCI n. 16.176/JFR/CA e CCI n. 16.513/JFR/CA – proferidas nos Estados Unidos da América, relativas a questões oriundas de contrato de alienação de quotas representativas de capital social de empresa do setor sucroalcooleiro entabulado entre as partes.

Reside a controvérsia central dos autos no fato de que o Grupo Denini Agro, vendido por Adriano Ometto, teria afirmado possuir capacidade para moer cerca de 7,1 milhões de toneladas de cana por ano-safra, com valor médio de US\$ 100,00 por tonelada. Tais informações, sopesadas na fixação do preço total da operação, não se confirmaram, constatando-se déficit na capacidade de moer de 1 milhão de toneladas, o que levou ao pedido indenizatório.

O Tribunal Arbitral reconheceu dolo acidental do vendedor e acolheu o pedido indenizatório.

Os requeridos contestaram o pedido de homologação, sustentando que as sentenças

Superior Tribunal de Justiça

arbitrais violam a ordem pública brasileira por ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da igualdade, como também por ofensa ao princípio da reparação integral. Amparam-se, basicamente, na alegada falta de imparcialidade e independência do árbitro presidente do Tribunal Arbitral e na condenação acima do limite previsto no art. 944 do Código Civil, o que acarreta julgamento fora dos limites da convenção de arbitragem, que previa a adoção da lei brasileira.

Argumentam que o árbitro David Rivkin, indicado pelos demais árbitros para presidir o Tribunal Arbitral, é sócio sênior do escritório de advocacia Debevoise & Plimpton LLP, o qual teria defendido interesses das requerentes em outras operações e recebido vultosa soma a título de honorários no curso da arbitragem. Afirmam que o árbitro violou o dever de revelação (art. 14, § 1º, da Lei de Arbitragem), além de afastar o exame de dois *e-mails* relevantes para sua defesa.

Sustentam, ademais, que a Sentença n. 16.513/JRF/CA fixou condenação que extrapola o limite previsto no art. 944 do Código Civil, equivalendo a 1/3 do valor de aquisição do contrato. Aduzem que a indenização foi estabelecida com base em juízo de equidade e, portanto, fora dos limites da convenção de arbitragem, que previa utilização da lei brasileira, a qual não autoriza julgamento por equidade senão com expressa autorização legal ou convenção entre as partes e limita o valor da indenização à extensão do dano, não admitindo tenha ela caráter punitivo.

Requereram, ao final, a não homologação das sentenças arbitrais ou, sucessivamente, a não homologação da condenação em US\$ 100 milhões que lhe foi imposta. Juntam pareceres subscritos pelos Drs. CARLOS ALBERTO CARMONA, NELSON NERY JUNIOR, FÁBIO ULHOA COELHO e RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR.

Em réplica, as requerentes argumentaram que o árbitro presidente desconhecia as operações invocadas pelos requeridos e que nem ele nem seus sócios prestaram serviços de advocacia para qualquer empresa do grupo Abengoa. Ao contrário, seu escritório assessorou, nas operações mencionadas, partes adversas ao grupo Abengoa e o Departamento de Energia dos Estados Unidos da América. Destacam que os vultosos honorários recebidos a que se referem as requerentes o foram em razão da assessoria prestada ao Departamento de Estado americano. Esclarecem que, por força das regras daquele país, cabe às empresas interessadas na obtenção de financiamento para desenvolvimento de projetos no setor de energia, a serem analisados pelo órgão governamental, arcar com os honorários do escritório de advocacia escolhido exclusivamente pelo Departamento de Estado, não se estabelecendo relação advogado-cliente entre a empresa que

Superior Tribunal de Justiça

efetua o pagamento dos referidos honorários e o escritório jurídico.

Afirmam que, quando o Fundo *First Reserve* tornou-se acionista da Abengoa, já após a prolação das sentenças arbitrais, o árbitro presidente renunciou ao cargo.

Aduzem que os demais árbitros reconheceram a lisura do comportamento do árbitro presidente e que a Justiça Federal americana já rejeitou, em primeira e segunda instâncias, a alegação de parcialidade do árbitro.

No tocante à rejeição de dois *e-mails* que os requeridos sustentam ser relevantes para sua defesa, destacam que a decisão foi unânime do Tribunal Arbitral, que os afastou por considerá-los sigilosos, visto tratar-se de mensagens entre advogado e cliente, cuja confidencialidade é, igualmente, tutelada pela legislação pátria. Aduzem que o mero indeferimento de prova não configura, por si só, cerceamento de defesa ou violação do contraditório se a decisão atacada é suficientemente motivada.

Relativamente à alegação de não aplicação do direito brasileiro na quantificação da indenização devida, sustentam tratar-se de tentativa de revisão do mérito da sentença arbitral, o que não se afigura legítimo no bojo da presente homologação de sentença estrangeira.

Com suas razões, apresentam pareceres da lavra dos Drs. ARNOLDO WALD, SELMA MARIA FERREIRA LEMES e JOÃO BOSCO LEE.

O eminente relator reconheceu preenchidos os requisitos formais para a homologação pretendida.

No tocante à questão da alegada imparcialidade do árbitro presidente, consignou que houve questionamento inicial no Tribunal Arbitral, que, todavia, após substituição do árbitro presidente, considerou já estar exaurida sua jurisdição. Também foi provocada a Justiça Federal americana, que julgou improcedente a ação anulatória das sentenças arbitrais, não vislumbrando prova suficiente da alegada parcialidade, sentença que foi mantida em grau recursal. Nesse contexto, entendeu Sua Excelência não ser possível ao Superior Tribunal de Justiça revolver a questão já decidida pela Justiça americana, competente para julgar a alegada parcialidade do árbitro, uma vez tratar-se de Tribunal Arbitral instaurado nos Estados Unidos, salientando ainda que os procedimentos de homologação de sentenças estrangeiras não possuem caráter recursal.

Passando ao exame das suscitadas ofensas aos princípios do contraditório e da ampla defesa, em razão de não terem sido apreciadas provas consideradas relevantes pelos requeridos, o

Superior Tribunal de Justiça

eminente relator, igualmente, rechaçou as alegações, salientando que a matéria foi apreciada no bojo da ação anulatória já referida, concluindo a Justiça americana que os referidos documentos não foram desconsiderados pelo Tribunal Arbitral, mas apenas não surtiram o efeito desejado a ponto de alterar o entendimento por ele firmado.

Por fim, considerou que a questão alusiva à ofensa ao princípio da reparação integral, previsto na legislação brasileira, e o conseqüente julgamento fora dos limites da convenção não poderiam ser examinados no âmbito do juízo homologatório, por se confundir com o próprio mérito das sentenças arbitrais estrangeiras.

Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria e em homenagem ao rico debate jurídico promovido pelas partes.

Contudo, como bem salientado pelo eminente Subprocurador-Geral da República HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS, "*é preciso resistir ao desafio de responder a todas as questões jurídicas*" deduzidas, visto não ser esta a seara adequada à discussão de teses próprias de ação ordinária de desconstituição de sentença arbitral. Cabe aqui tão somente analisar a possibilidade de as sentenças arbitrais ingressarem na ordem jurídica brasileira, cingindo-se tal exame ao preenchimento dos requisitos legais e daqueles previstos na Resolução STJ n. 9 de 4.5.2005.

Nesse sentido, é a posição firme e reiterada desta Corte, conforme os seguintes precedentes:

"HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. INEXISTÊNCIA. REQUISITOS FORMAIS PREENCHIDOS. DEFERIMENTO DO PEDIDO.

1. A sentença estrangeira encontra-se apta à homologação, quando atendidos os requisitos dos arts. 5º e 6º da Resolução nº 9/2005/STJ; (i) prolação por autoridade competente; (ii) devida citação do réu nos autos da decisão homologanda; (iii) trânsito em julgado; (iv) chancela consular brasileira acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado; (v) a ausência de ofensa à soberania ou à ordem pública.

2. Na situação específica de homologação de sentença arbitral estrangeira, a cognição judicial, a despeito de manter-se limitada à análise do preenchimento daqueles requisitos formais, inclui a apreciação das exigências dos arts. 38 e 39 da Lei nº 9.037/1996.

3. Em linhas gerais, eventuais questionamentos acerca do mérito da decisão alienígena, salvo se atinentes à eventual ofensa à soberania nacional, à ordem pública e/ou aos bons costumes (art. 17, LINDB), são estranhos aos quadrantes próprios da ação homologatória.

4. Pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira deferido." (SEC n.

6.761/EX, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe de 16.10.2013.)

"HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS FORMAIS. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM VALIDAMENTE CONSTITUÍDA. EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. QUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Sentença arbitral estrangeira proferida por órgão competente, devidamente traduzida, reconhecida pelo consulado brasileiro e transitada em julgado deve ser homologada.

2. O ato homologatório da sentença estrangeira limita-se à análise dos requisitos formais. Questões de mérito não podem ser examinadas pelo STJ em juízo de delibação, pois ultrapassam os limites fixados pelo art. 9º, caput, da Resolução STJ n. 9 de 4/5/2005.

[...]

4. Homologação deferida." (SEC n. 5.828/EX, de minha relatoria, DJe de 26.6.2013.)

"SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. CONTRATO INTERNACIONAL FIRMADO COM CLÁUSULA ARBITRAL. REQUISITOS ATENDIDOS. PEDIDO DEFERIDO.

1. Resguardada a ordem pública e a soberania nacional, o juízo de delibação próprio da ação de homologação de sentença estrangeira não comporta exame do mérito do que nela ficou decidido.

[...]

5. Sentença estrangeira homologada." (SEC n. 4.439/EX, relator Ministro Teori Zavascki, DJe de 19.12.2011.)

"SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. CONTROLE JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DO MÉRITO. REQUISITOS FORMAIS ATENDIDOS. HOMOLOGAÇÃO. DEFERIMENTO.

I - O controle judicial da sentença arbitral estrangeira está limitado a aspectos de ordem formal, não podendo ser apreciado o mérito do arbitramento. Precedentes.

II - Impõe-se a homologação da sentença arbitral estrangeira quando atendidos todos os requisitos indispensáveis ao pedido, bem como constatada a ausência de ofensa à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes.

Homologação deferida." (SEC n. 760/US, relator Ministro Felix Fischer, DJ de 28.8.2006.)

O procedimento de homologação de sentença estrangeira não autoriza o reexame do mérito da decisão homologanda, excepcionadas as hipóteses em que se configurar afronta à soberania nacional, à ordem pública ou aos bons costumes.

Tratando-se, contudo, de conceitos jurídicos indeterminados, também para não subverter

Superior Tribunal de Justiça

o papel homologatório do STJ, salienta, com propriedade, o Subprocurador-Geral da República que se deve interpretar tais conceitos de forma finalística, repelindo apenas aqueles atos e efeitos jurídicos absolutamente incompatíveis com o sistema jurídico brasileiro, incompatibilidade que deve mostrar-se de forma flagrante e pungente.

No presente caso, três são os argumentos que, segundo os requeridos, impedem a homologação das sentenças arbitrais estrangeiras: a alegada parcialidade do árbitro presidente; o indeferimento de prova relevante para a defesa dos requeridos; e a fixação de indenização que extrapola a extensão dos danos.

No que tange à alegada parcialidade do árbitro presidente, tratando-se de Tribunal Arbitral instaurado nos Estados Unidos, consignou o relator ser daquele Estado a competência para o exame da questão, por meio da ação anulatória respectiva, lá devidamente ajuizada e julgada improcedente, não sendo cabível ao STJ, no seio da presente ação homologatória, revolver a questão já dirimida naquela ação.

Os requeridos, por sua vez, alegam que a decisão da Justiça Federal americana não vincula o Superior Tribunal de Justiça e que ela aplicou critério distinto daquele previsto na legislação pátria ao avaliar a imparcialidade do árbitro presidente. Isso porque considerou que só em caso de evidente parcialidade, não constatada na hipótese em exame, é que poderia suspender a sentença arbitral. Todavia, argumentam que, no Brasil, o impedimento do julgador é aferível objetivamente e, no caso, há circunstâncias fáticas incontroversas (o recebimento de vultosos honorários pelo escritório de advocacia do qual o árbitro presidente é sócio, pagos por empresas do grupo das requerentes durante a arbitragem, e sua confissão de não ter promovido a checagem de conflitos quando da instituição da segunda arbitragem) que impõem o afastamento do árbitro.

O primeiro aspecto que merece ser enfrentado refere-se à vinculação do STJ ao resultado da ação anulatória proposta perante a Justiça Federal americana.

Para o procedimento de homologação de sentença estrangeira ou concessão de *exequatur*, o ordenamento jurídico pátrio instituiu um sistema de contenciosidade limitada, no qual a impugnação fica restrita à inobservância das questões formais, previstas no art. 5º da Resolução n. 9/2005 do STJ, e à ocorrência de ofensa à soberania ou à ordem pública, conforme art. 6º. Neste juízo de valor acerca do respeito à soberania e à ordem pública nacional, o STJ possui ampla liberdade para realizar o efetivo controle da decisão estrangeira antes de reconhecer sua eficácia no território nacional.

Superior Tribunal de Justiça

No dizer de CARLOS ALBERTO CARMONA, "*a jurisdição – seja qual for o órgão dela encarregado (arbitral ou judicial) – só pode ser exercida por julgador independente e imparcial*" (Em torno do árbitro. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 8, v. 28, jan./mar. 2011, p. 55).

Com efeito, a prerrogativa da imparcialidade do julgador é uma das garantias que resultam do postulado do devido processo legal, aplicável à arbitragem, mercê de sua natureza jurisdicional. A inobservância dessa prerrogativa ofende, diretamente, a ordem pública nacional. Além disso, só se tem por válida a renúncia à garantia da inafastabilidade da jurisdição estatal quando os árbitros gozam de independência e confiança das partes.

Assim, a sentença proferida pela Justiça Federal americana à luz de sua própria legislação não tem o condão de obstar o exame do STJ quanto a possível ofensa à ordem pública nacional decorrente da alegada imparcialidade do árbitro presidente.

O art. 14 da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996) prevê o impedimento para funcionar como árbitro das pessoas que tenham com as partes ou com o litígio que lhes for submetido alguma das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, previstas, respectivamente, nos arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil. O desrespeito acarreta a nulidade da sentença arbitral, a teor do art. 32, II, da referida lei.

Os requeridos argumentam que o escritório de advocacia Debevoise & Plimpton LLP, do qual o árbitro presidente, David Rivkin, é sócio sênior, recebeu da empresa Abengoa Solar, integrante do grupo Abengoa, no período da arbitragem, o montante de **US\$ 6,5 milhões** a título de honorários, dos quais, por certo, parcela proporcional da distribuição de lucros foi parar na conta do árbitro presidente. Trata-se de fato incontroverso, mas que não foi revelado pelo árbitro presidente. Aduzem que tais honorários são relativos à assessoria prestada na estruturação de investimentos por meio do Departamento de Energia americano, de dois grandes projetos de energia solar do grupo Abengoa – Mojave e Solana –, avaliados em **US\$ 5 bilhões**.

As requerentes, por sua vez, afirmam que o escritório de advocacia do árbitro presidente não prestou assessoria direta às empresas do grupo Abengoa, mas ao Departamento de Energia dos Estados Unidos da América, e essa assessoria ao Departamento de Estado é que motivou o recebimento dos mencionados honorários. Esclarecem que, pelas regras americanas, as empresas interessadas na realização de "*investimentos no setor de energia dos EUA devem arcar com todos os custos envolvidos na obtenção de financiamento, neles incluídos os*

Superior Tribunal de Justiça

honorários do escritório de advocacia escolhido exclusivamente pelo Departamento de Energia dos EUA – órgão, no Brasil, equivalente ao Ministério de Minas e Energia – para assessorar o Governo americano nesta operação". Acrescentam que o pagamento dos honorários decorrentes dessa escolha não implica a constituição de relação advogado-cliente entre a empresa e o escritório escolhido.

Os requeridos ponderam, com justa razão a meu juízo, que a circunstância de tais honorários não decorrerem de assessoria direta ao grupo Abengoa é irrelevante para afastar a configuração da hipótese de suspeição do árbitro presidente, na medida em que os projetos bilionários submetidos pelo grupo Abengoa ao governo americano não o colocam, necessariamente, em posição de antagonismo com o ente governamental, mas numa posição de colaboração, que, aliás, se prolongará, inclusive, após a conclusão de eventual contrato. Portanto, a assessoria prestada pelo escritório de advocacia do árbitro presidente para a estruturação dos projetos de energia não era necessariamente antagonista aos interesses do grupo Abengoa.

Ademais, a circunstância de ser o órgão governamental o cliente do escritório de advocacia não descaracteriza a relação de devedor e credor existente entre o grupo Abengoa e o escritório do árbitro presidente, uma vez que o obrigado pelo pagamento é o grupo Abengoa, e não o Departamento de Energia dos EUA, como prevê o respectivo regulamento, *in verbis*:

"Os candidatos ficam cientes de que são eles os responsáveis, em qualquer circunstância, pelo pagamento dos honorários dos consultores independentes e dos advogados externos do DOE, engajados no projeto pretendido." (Réplica, § 43, e-STJ, fl. 2.199, grifei.)

E essa relação devedor e credor é reconhecida pela empresa Abengoa Solar em missiva dirigida ao escritório de advocacia do árbitro presidente: "Entendemos que, não obstante a nossa obrigação de pagamento em relação aos serviços prestados e despesas incorridas como Consultoria para Transação do Projeto, a relação advogado-cliente é exclusivamente entre o DOE [...] e o seu escritório [...]" (Réplica, § 47, e-STJ, fl. 2.201, grifei).

Ainda que essa relação de devedor e credor entre a empresa Abengoa Solar, integrante do grupo Abengoa e o escritório do árbitro presidente fosse de desconhecimento do árbitro, já é suficiente para colocar objetivamente em dúvida sua independência.

Portanto, o recebimento pelo escritório de advocacia do árbitro presidente de vultosa quantia paga por uma das partes no curso da arbitragem, ainda que não decorrente do patrocínio

Superior Tribunal de Justiça

direto de seus interesses, mas com eles relacionado, configura hipótese objetiva passível de comprometer a isenção do árbitro presidente, podendo ser enquadrada no inciso II do art. 135 do CPC.

Mas não é só isso. Há outros dois fatos que, igualmente, lastreiam a alegação dos requeridos quanto à falta de confiança no árbitro presidente.

Consta nos autos, e isso é incontroverso, que o escritório de advocacia do árbitro presidente representou a empresa SCHNEIDER ELECTRIC na operação de aquisição das ações que a Abengoa S/A detinha na companhia Telvent GIT S/A, avaliada em US\$ 2 bilhões. Sobre esse fato, adoto as considerações lançadas no parecer subscrito pelo Dr. CARLOS ALBERTO CARMONA:

"Por outro lado, negociações pressupõem contatos com representantes, diretores ou acionistas, de modo que não se sabe qual o nível de relacionamento que pode resultar de uma negociação contratual. É por tudo isso que se exige que tal contato entre árbitro e partes seja informado (e, eventualmente, explicado), para que não possa restar dúvida, reserva ou ressalva sobre o fato. Se a parte for informada do relacionamento (próximo ou distante, favorável ou desfavorável) com algum dos contendentes, cabe-lhe o ônus de solicitar os detalhes que julgar oportunos. Se aceitar o árbitro, depois de receber todas as informações de que necessita, não terá do que reclamar. Mas, se não puder se informar, é natural o sentimento de desconfiança, resultante da informação relevante omitida. Em outros termos, o fato em questão não poderia deixar de ser revelado, pois tem o potencial de macular a independência do árbitro-presidente. Se a parte tivesse tido o conhecimento da informação poderia ter recusado o julgador; isso só não foi possível por conta da falha do árbitro-presidente em desincumbir-se de seu dever de revelação" (e-STJ, fls. 1.251/1.252).

Além disso, em outra operação, o fundo de investimentos *First Reserve*, cliente habitual do escritório Debevoise, adquiriu, no curso da arbitragem, ações da sociedade Abengoa S/A, que é a *holding* controladora do grupo Abengoa. Nessa operação, avaliada em US\$ 400 milhões, o escritório do árbitro presidente igualmente prestou assessoria ao Departamento de Energia dos EUA para a aprovação da operação, com todos os envoltimentos daí decorrentes.

Tais fatos evidenciam que o escritório do árbitro presidente teve contatos relevantes com sociedades do grupo Abengoa e com questões de alta importância para o grupo econômico no curso da arbitragem. Ainda que não se trate de relações cliente-advogado, por certo que não podem ser desconsideradas, sobretudo se levados em conta os valores nelas envolvidos, o que autoriza seu enquadramento na cláusula aberta de suspeição prevista no inciso V do art. 135 do CPC.

O art. 13 da Lei de Arbitragem dispõe que pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que

Superior Tribunal de Justiça

detenha a "confiança das partes", expressão que compreende, de um lado, a indicação de pessoa da sua confiança e, de outro, a aceitação de indicado pela parte adversa e de quem não tenha razão para desconfiar. Dada sua origem contratual, a arbitragem põe em relevo a confiança fiducial, que, na estrutura jurisdicional, mostra-se presumida.

Segundo o escólio de CARLOS ALBERTO CARMONA no já referido parecer trazido aos autos, a "*pedra de toque neste jogo de confiança-desconfiança é o dever de revelação*", que abrange aqueles fatos concretamente relacionados às partes ou à causa a ser julgada, passíveis de, razoavelmente, interessar às partes na avaliação da confiança que devam depositar no árbitro e que se constitui em elemento de validade da arbitragem.

No mesmo sentido, a manifestação doutrinária da eminente Ministra NANCY ANDRIGHI, para quem o dever de revelação abrange quaisquer circunstâncias que possam gerar dúvidas quanto à imparcialidade do árbitro, nestes termos:

"Deverá o futuro árbitro ter o cuidado de revelar todos os fatos e circunstâncias que possam dar margem a dúvidas com respeito à sua imparcialidade e independência. Por isso, qualquer relação de negócios anterior, futura ou em curso, direta ou indiretamente que se produza entre o árbitro e uma das partes, ou entre aquele e uma pessoa que saiba seja testemunha potencial para o caso, gerará normalmente dúvidas com respeito à imparcialidade do árbitro eleito." (O perfil do árbitro e a regência de sua conduta pela lei da arbitragem. In: *ADV Advocacia Dinâmica: seleções jurídicas*, n. 2, p. 3-5, fev. 1998.)

Evidenciada, a meu juízo, a presença de elementos objetivos aptos a comprometer a imparcialidade e independência do árbitro presidente, que não foram revelados às partes como determina a lei, não vejo como homologar as sentenças arbitrais, em respeito aos arts. 13, 14, *caput* e § 1º, 32, II e IV, 38, V, e 39, II, da Lei n. 9.307/1996 (Lei de Arbitragem).

De outro lado, há outro aspecto que, igualmente, obsta a pretendida homologação da Sentença Arbitral n. **16.513**, na parte em que condenou os requeridos na obrigação de pagar indenização fixada no montante de **US\$ 100 milhões**. Refiro-me à alegada afronta ao princípio da reparação integral e conseqüente julgamento fora dos limites da convenção de arbitragem, que determinava aplicação da lei brasileira.

O Tribunal Arbitral, tendo constatado capacidade de moagem das empresas inferior àquela declarada pelo vendedor, reconheceu caracterizado o dolo acidental e fixou indenização com base numa avaliação financeira do negócio. Consta da sentença arbitral:

"209. As provas em geral indicam que as partes contemplaram o preço de

US\$100 por tonelada de capacidade de moagem, e que a Compradora baseou seu preço de compra em US\$100 por tonelada de capacidade de moagem. Além disso, o SPA (contrato de compra e venda de quotas), § 8.11.3, reflete este entendimento, conforme previsto que o Vendedor deverá remunerar a Compradora ao preço de US\$100 por tonelada de cana em déficit. Conforme discutido pelo tribunal, não é realístico separar a disponibilidade agrícola da capacidade industrial ao avaliar as Sociedades. Já que o Tribunal determinou que a capacidade era menor que declarada, a maioria do Tribunal conclui que a Requerente foi lesada ao pagar US\$100 por tonelada pelo déficit de capacidade. Embora o árbitro vencido acredite que o dano decorreu de construir a usina sem a capacidade prometida, a maioria entende que o dano ocorreu no fechamento ao pagar por capacidade que não existia, não em momento futuro.

210. O tribunal decidiu unanimemente que a Requerente comprou uma usina que tinha 1 milhão de toneladas a menos de capacidade de moagem do que os Requeridos haviam declarado, e esta decisão é consistente com o pedido da Requerente de indenização pelo déficit de 1 milhão de toneladas. A maioria do tribunal entende que a Requerente foi lesada ao pagar US\$100 por tonelada por estas 1 milhão de toneladas de capacidade de moagem inexistente. Para ser indenizado por este dano nos termos do artigo 944 do Código Civil Brasileiro, por voto majoritário, o Tribunal determina que os Requeridos paguem à Requerente US\$100 milhões como indenização apropriada pelo déficit de 1 milhão de toneladas" (fls. 371/372, e-STJ).

Ocorre que a lei brasileira dispõe, expressamente, que a indenização se mede pela extensão do dano (art. 944 do Código Civil), que deve ser efetivo e estar comprovado nos autos, inexistindo previsão legal que ampare a obrigação de indenizar danos eventuais ou hipotéticos.

Verifica-se que o Tribunal Arbitral fixou a indenização, adotando como critério o preço do negócio, o que implica distorção do sistema brasileiro de responsabilidade civil.

Em parecer acostado aos autos, afirma FÁBIO ULHOA COELHO:

"29. O preço em nada se confunde com o prejuízo efetivo, materializado e comprovado que deve dar azo ao pagamento de indenização ao credor. Se os contratantes escolheram livremente fixar o preço contratual em um dado patamar, isso não implica mudança na forma de se apurar os danos indenizáveis.

30. No caso concreto, Abengoa deve ser indenizada segundo prevê o art. 944 CC, ou seja, considerando-se o prejuízo incorrido em razão da capacidade de moagem reduzida.

31. Esse prejuízo deve ser medido concretamente, sem incluir danos hipotéticos ou incertos e tomando por base o montante que a Abengoa investiria para suprir o déficit de capacidade de moagem, como declarado no voto vencido do prestigiado advogado brasileiro José Emílio Nunes Pinto.

32. Portanto, em qualquer caso, a indenização devida ao credor não pode abranger o pagamento senão pelos danos concretos e diretos experimentados pelo credor, o que não se confunde com o preço de aquisição ou qualquer outro critério de avaliação usado pelos contratantes para atribuição de valor a suas prestações contratuais" (fl. 1.409, e-STJ).

Superior Tribunal de Justiça

Mais adiante, lembra o parecerista que a lei brasileira prevê, para a hipótese de vícios redibitórios, a possibilidade de rescisão do contrato com a devolução do preço ou a redução deste, conforme previsto, respectivamente, nos arts. 441 e 442 do Código Civil. Aponta que o critério de indenização adotado pelo Tribunal Arbitral assegurou às requerentes o mesmo resultado econômico daquele que seria alcançado por uma ação estimatória. Todavia, ainda que se pudesse considerar haver um pedido implícito de abatimento do preço, tal direito já teria sido alcançado pela decadência. Leia-se o seguinte trecho do referido parecer:

"74. As quotas representativas do capital social de sociedade limitada, adquiridas por meio do SPA, são classificadas, no direito brasileiro, como bens móveis para os efeitos legais (CC, art. 83, III). Assim, nos termos do art. 445 do Código Civil, o prazo para o exercício do direito à redução proporcional do preço exauriu-se trinta dias após a assinatura do instrumento de transmissão da titularidade destas quotas; vale dizer, em 3 de setembro de 2007. Como o pedido de indenização em razão da alegada deficiência de informação sobre a capacidade de moagem das empresas negociadas foi apresentado, na ICC, em 3 de agosto de 2009, de há muito já se tinha exaurido, segundo o direito brasileiro, a possibilidade de a Abengoa obter a redução proporcional do preço.

[...]

76. Trata-se de um argumento a mais para demonstrar que a maioria do Tribunal Arbitral não aplicou o direito brasileiro, quando fixou o *quantum* da indenização, tomando por base critérios de fixação do preço contratados pelas partes, quando da assinatura do SPA. Deixou de aplicar o direito brasileiro não somente por ter se afastado do art. 944 do Código Civil, mas, também, por ter possibilitado à Abengoa o mesmo resultado econômico que adviria de um hipotético exercício tempestivo, por esta, da ação estimatória prevista no art. 442 do mesmo Código Civil" (fls. 1.419/1.420, e-STJ).

Observa-se que o árbitro brasileiro dissentiu de seus pares quanto ao critério adotado na fixação do valor indenizatório justamente em observância à legislação pátria, consoante se pode constatar da nota de rodapé constante da sentença arbitral, em que se registra seu entendimento, *in verbis*:

"Embora o co-árbitro José Emilio Nunes Pinto concordou com o voto majoritário de que (i) declaração falsa pelo Vendedor sobre a capacidade real de moagem ocorreu na data do fechamento, (ii) um déficit de cerca de um milhão de toneladas de capacidade de moagem foi então caracterizado, (iii) o Vendedor deve indenizar a Compradora por tal déficit em razão de dolo acidental, ele discorda, entretanto, do voto da maioria com relação ao valor de tal indenização. Com base na linguagem do artigo 146 do Código Civil que determina que o Vendedor deve indenizar a Compradora por perdas e danos e de acordo com o artigo 944 do Código

Civil que determina que a indenização será medida pela extensão dos danos sofridos e que o sistema brasileiro de responsabilidade civil não reconhece a indenização de danos futuros ou hipotéticos, o co-árbitro vencido entende que a Compradora deverá ser indenizada pelo valor realmente incorrido ao restaurar a capacidade de moagem da usina ao nível original declarado, isto é, 7 milhões de toneladas de capacidade de moagem, para recuperar o déficit verificado e preservar o *status quo* refletido pela declaração do Vendedor ao final e, se existentes, lucros cessantes associados com tal déficit. O co-árbitro entende que em razão do artigo 482 do Código Civil, os três elementos mencionados lá para caracterizar a compra e venda genuína (consentimento, objeto e preço) são refletidos na documentação de fechamento em que o Vendedor realmente pagou US\$100 por tonelada de capacidade de moagem da usina (metodologia de preço adotada na indústria e provada no caso), já que a Compradora comprou uma usina de 7 milhões de toneladas. Portanto, a opinião do árbitro vencido é que o pedido subsidiário da Compradora deveria ser concedido, conforme os itens (2) e (3) de 118 e pedido na Petição da Requerente na Petição Inicial, de 25 de agosto de 2010" (fl. 372, e-STJ, grifei).

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

Ante o exposto, pedindo vênias ao eminente relator, voto pela **não homologação das sentenças arbitrais estrangeiras.**

Na hipótese de superado o entendimento retromencionado, entendo, ainda, que não seria o caso de homologar plenamente a sentença estrangeira n. 16.513, visto que arbitrou indenização que extrapola os limites previstos na legislação brasileira, aplicável ao caso por convenção das próprias partes.