

Suspeição e impedimento em arbitragem
Sobre o dever de revelar na Lei 9.307/1996

TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP.

ÁREA DO DIREITO: Arbitragem; Filosofia

RESUMO: Neste artigo, o autor analisa os temas referentes à suspeição e ao impedimento do árbitro sob a ótica do conceito de confiança e do dever de revelar dele decorrente. À luz dessas considerações, o autor aborda a possibilidade de anulação da sentença arbitral como consequência da violação de um desses princípios no sistema da Lei 9.307/1996.

PALAVRAS-CHAVE: Impedimento – Suspeição – Revelação – Confiança – Sentença arbitral – Nulidade.

ABSTRACT: In this article, the author analyses the lack of independence or impartiality as a ground to challenge the arbitrator, in light of the notion of trust and the duty to disclose arising thereof. Considering these ideas, the author examines the violation of one of these principles as a ground to set aside the arbitral award under Law 9.307/1996.

KEYWORDS: Challenge – Independence – Impartiality – Disclosure – Trust – Arbitral award – Setting aside.

SUMÁRIO: 1. Da arbitragem como instituição – 2. Do mecanismo da confiança – 3. A confiança na arbitragem – 4. Sobre o dever de revelar – 5. Da anulabilidade da sentença.

1. DA ARBITRAGEM COMO INSTITUIÇÃO

Há certo paradoxo na arbitragem como instituição quando confrontada com o Poder Judiciário. Enquanto o Estado julgador goza de uma presunção forte de ser um terceiro neutro, independente e imparcial em face de interesses em conflito e da mesma presunção goze uma arbitragem, a voluntariedade nessa presente, quer pela opção pelo procedimento, quer pela escolha dos julgadores pelos que vão ser julgados, parece repousar numa expectativa de que a *personalização* da instituição (função jurisdicional personalíssima), conquanto menos apta a agasalhar os atributos do agente estatal, é conduzida por mecanismos do *ethos* social que, justamente ao contrário, garantem até mais fortemente aqueles atributos.

Instituições têm a ver com o consenso presumido de terceiros na sociedade. O contrato, por exemplo, é uma instituição, visto que as partes podem *presumir* que a expectativa global e anônima da sociedade é esperar o cumprimento do que foi pactuado livremente na forma contratual. Mediante instituições as *normas contratuais* são *institucionalizadas*, isto é, ganham essa presunção de legitimidade social.

As instituições repousam, na verdade, não sobre acordos fáticos, mas sobre suposições comuns a respeito da expectativa comum dos outros (LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*. Hamburg: Rowohlt, 1972. passim). Sua homogeneidade é, por isso, visivelmente fictícia (no sentido jurídico de *ficção*). Trata-se de abstrações sociais, apoiadas, é verdade, em procedimentos reais, como a eleição, a decisão mediante voto solene e público. Mas o grau de legitimidade (institucionalização) desses procedimentos não é conferido por dados empíricos (por exemplo, *quantos votos válidos recebeu o candidato eleito?*), mas por esse consenso presumido (o povo – como um todo indiferenciado – elegeu o candidato). Daí a busca, no trato das questões jurídicas, da conformidade das expectativas normativas (normas) com os objetivos do *interesse público*, do *bem comum*, do *Estado etc.*

Modernamente, a institucionalização de normas jurídicas depende da inserção delas em grandes sistemas complexos e anônimos, em termos desta poderosa instituição chamada de *Estado*. Obviamente, o Estado não é a única instituição a garantir o consenso suposto e anônimo de terceiros para as normas ou comunicações normativas jurídicas. Quando falamos em *direito costumeiro*, invocamos para certas expectativas normativas a institucionalização conferida pela força vinculante de usos consagrados pelo tempo. Do mesmo modo, quando falamos em *arbitragem* lidamos com uma instituição que, conquanto inserida na instituição do Estado mediante legislação, guarda, como o caso do *contrato*, algumas características próprias que não devem ser ignoradas na configuração da sua legitimidade. Afinal, por tratar-se de uma “jurisdição” voluntária, o *ethos (mos)* institucional do árbitro na arbitragem não se reduz ao do juiz togado no processo.

Os sistemas sociais desenvolvem por isso, em termos de um *ethos (mos)*, mecanismos de estabilização, isto é, centros integradores de sentido que conferem à variedade (de opiniões, de situações, de diferenças no tempo etc.) certa unidade aceitável para as interações sociais. No caso da arbitragem, esse mecanismo pode ser apontado na *confiança*.

2. DO MECANISMO DA CONFIANÇA

Na vida social, cada situação presente tem seu futuro, que está na prospectiva ilimitada de possibilidades. Mas, a partir do presente, concebe-se o futuro do qual só uma possibilidade pode converter-se em presente no futuro. Na medida em que os presentes atuais e futuros permanecem idênticos, uma escolha de possibilidades cria *estabilidades*; na medida em que gera descontinuidades, cria *instabilidades*. Nesse jogo, a confiança é um mecanismo necessário para lidar com a segurança/risco (cf. LUHMANN, Niklas. *Vertrauen: ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*. Stuttgart, 1989. passim).

A confiança se apresenta, assim, como uma forma de criar segurança apesar dos riscos, a qual tem de ser alcançada desde o presente. O problema está em que nem o futuro incerto nem o passado podem assegurar confiança, já que o sucedido no passado não elimina a possibilidade do descobrimento, no futuro, de outros antecedentes alternativos. O problema enfrentado mediante a confiança consiste no fato de que o futuro contém muitas possibilidades, mais do que poderiam concretizar-se desde o presente e do presente transferir-se para o passado.

Nesse sentido, a confiança pode ser gerada pela ciência, desde que, mediante experimentação, o que já aconteceu e foi comprovado pode, com regularidade, minimizar em alto grau a ocorrência, no futuro, de outras alternativas. Mas a confiança, como mecanismo de absorção de incerteza e insegurança, não se reduz ao aspecto cognitivo.

A prática de estabelecer metas (planejar) como exercício antecipatório do futuro, por exemplo, mediante promessas, e a prática de “manter” o passado, não permitindo que seu sentido possa ser alterado com a passagem do tempo, mediante institutos como *boa-fé*, *pacta sunt servanda*, tem, de um modo diferente, a ver com o mecanismo da confiança enquanto um redutor dos riscos de incerteza e de insegurança.

Em termos gerais, no direito, como na economia, na política, o desenvolvimento de confiança é um fator essencial. A confiança, nesses modos sociais de interagir/comunicar, é tanto mais ostensiva quanto mais uma expectativa confiável faz alguma diferença para uma decisão: comprar/vender, mandar/obedecer, verificar se: verdadeiro/falso, punir/absolver. A confiança, como mecanismo de convivência social, reflete, assim, uma contingência (risco) que tem de ser eliminada ou enfraquecida para tornar-se suportável. Como a confiança, porém, é um mecanismo que sempre extrapola os dados (causas, condições, hipóteses etc.) a partir de evidências disponíveis desde o

presente, ela aparece como uma curiosa combinatória de conhecimento e ignorância: confiamos pelo que conhecemos e apesar do que ignoramos.

Nessa combinatória, a confiança, *in genere*, se apresenta na forma de um deslocamento contínuo do problema do risco de um ângulo interno para o externo e vice-versa (análise da consciência por suas exteriorizações e vice-versa), que exige, para funcionar, de um lado, um processo de aprendizagem (experiência, conhecimento dado, conhecimento buscado: por exemplo, *due diligence*), mas, de outro, uma resolução *simbólica* das expectativas e de resultados possíveis dentro das circunstâncias (texto e contexto, critérios de relevância em valorações etc.).

Nesse sentido, a confiança, *in genere*, não é nem subjetiva nem objetiva, não se transfere a objetos nem a pessoas (subsiste num contínuo deslocamento do interno para o externo e vice-versa), exigindo aprendizagem para que possa ser generalizada (quer quanto aos conteúdos quer quanto aos destinatários), constituindo-se mediante uma simbólica sempre sujeita a interpretação.

Mas aqui se fazem necessárias algumas distinções capazes de tornar inteligível o sentido da confiança como mecanismo jurídico para absorção de riscos na convivência. Assim, quando falamos em confiança no plano jurídico, é preciso distinguir percepções diferentes.

Quando pensamos na relação confiança/contingência, podemos pensar em situações em que confiança põe em relevo o tema do conhecimento (probabilidades). Para gerar confiança é preciso lidar com expectativas cognitivas. Assim, a experiência (passado) gera confiança na medida em que produz expectativa de probabilidade (em circunstâncias normais: *coeteris paribus*). Ou seja, o esquema da normalidade gera confiança em termos estatísticos: probabilidade. Os riscos gerados pela contingência são minimizados pelo grau de normalidade e, no limite, são desprezados: confia-se!

Trata-se do que se pode chamar de *confiança cognitiva*. A confiança cognitiva não é alheia ao direito e aparece em discussões relevantes como nas referentes ao sentido e alcance da cláusula *rebus sic standibus*, da previsão de força maior, do significado de contratos aleatórios etc. Mesmo nesses casos, porém, é indispensável a percepção da presença da confiança no sentido peculiar de *fidúcia* (*confiança fiducial*).

Por isso, se o tema da confiança, no direito, pudesse ser reduzido ao aspecto cognitivo, a economia já teria substituído o direito. Há, aí, diferenças relevantes a serem apontadas. Um exemplo pode ajudar.

Se estivermos num ponto de ônibus, contamos com atrasos, contamos com a possibilidade de o ônibus passar lotado e não parar, mas desprezamos a possibilidade de o motorista perder a direção e jogar o veículo sobre quem esteja esperando o ônibus. No plano cognitivo, esse risco até existe e sua ocorrência é minimizada em termos do esquema *regra/exceção*. A probabilidade ínfima de um atropelamento produz confiança em termos de uma expectativa cognitiva garantida pela experiência: ninguém espera o ônibus com a expectativa cognitiva do atropelamento. Nesse caso, confiança (cognitiva) e evidência (grau de evidência) correm juntas. A expectativa cognitiva (experiência) gera confiança (cognitiva) tanto maior quanto maior é a evidência.

Mas é possível pensar a relação confiança/contingência para além de esquemas cognitivos. Ou seja, situações em que, apesar da normalidade, expectativas cognitivas não dão conta inteiramente do risco. Trata-se da hipótese de expectativas de risco apesar da normalidade, isto é, expectativas contra a evidência (e se acontecer o atropelamento?...). Uma expectativa contra a evidência desloca o tema do risco, de tal modo que o esquema *regra/exceção* não funciona satisfatoriamente. Trata-se de um risco *que se alimenta da exceção*. Nesse sentido, exige um mecanismo capaz de enfrentar a contingência apesar da evidência, um mecanismo de confiança fundado numa expectativa *contrafática*. Não se trata de expectativa cognitiva até porque uma expectativa cognitiva contra a evidência parece nos jogar no campo das neuroses ou de comportamentos psicologicamente estranhos. No exemplo de quem aguarda um ônibus no ponto, teríamos a situação do sujeito que, no limite, não anda de ônibus, pois acha que poderia ser atropelado. Não se trata de estender o exemplo. O exemplo, porém, serve para mostrar que o mecanismo da confiança, no campo jurídico, exige outros fundamentos.

Confiança, nesse caso, exige outro tipo de expectativa que poderíamos chamar de *normativa*. Trata-se de uma expectativa contra o risco da exceção, contra a evidência. Nesse sentido, o direito se expressa mediante regras que não expressam normalidade, mas normatividade, isto é, expectativas garantidas contra a evidência ou contra o risco da ruptura da evidência. Trata-se da manutenção de expectativas mesmo contra a evidência. Dito simplesmente, não importa a (baixa) probabilidade de assaltos em cidades pequenas: ainda que ocorram, não serão jamais aceitos. Nestes termos, um ordenamento jurídico é um sistema capaz de criar condições especiais para o desenvolvimento de um mecanismo de confiança *sui generis*.

Ou seja, a confiança gerada pela *normatividade* (pode-se falar em *ethos* social) lida com o risco da evidência enquanto (apesar da) evidência. Para distinguir essa confiança (jurídica) da confiança na normalidade (econômica, estatística) é que se pode usar o termo *fidúcia: confiança fiducial*. A palavra tem uma raiz próxima de *fides* (fé) que corresponde, no inglês, à expressão *trust* em oposição a *confidence* (termo mais apropriado à confiança cognitiva). Nesse primeiro sentido (*fides*) falamos em um documento *fidedigno*, em *fé pública* etc.

Nesse caso, a confiança (fiducial) tem a ver com uma espécie de *encargo* que alguém assume perante alguém e vice-versa, isto é, perante o outro de quem se espera um comportamento correspondente, posto que é um mecanismo de convivência. Por isso, boa-fé, de um lado, lealdade de outro, como verdadeiro corpo de regras e princípios que atingem as próprias *consciências* como objeto jurídico.

Essa forma de confiança precede, juridicamente, a confiança cognitiva, como a validade das normas precede sua eficácia. Sem confiança fiducial o direito viraria um mero mecanismo probabilístico de controle de riscos. Trata-se, pois, de uma construção tipicamente normativo-jurídica que tem a *consciência em intersubjetividade* como seu núcleo. Ou, dito de outro modo, a confiança (fiducial) exige confiança na confiança dos outros (cf. LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschat*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997. vol. 1, p. 386). Tem natureza preceptiva, cujo endereçado é aquele em quem se confia e aquele que nele mostra confiança. Não há confiança em alguém sem que o que confia mostre confiança. Daí o sentido peculiar que ganha a noção de confiança como fidúcia. Não se reduz a ver a consciência mediante efeitos objetivos (intenções que se presumem, atos que expressam intenções), mas exige o caráter justo das manifestações de consciência como um paradigma moral, ao tomar a *consciência* como núcleo de seus preceitos.

A confiança fiducial pode ser afetada pela desconfiança cognitiva, como a validade das normas, pela ineficácia. Esse tipo de problema aparece, por exemplo, na valoração do testemunho como prova. Mas, juridicamente, a confiança fiducial prevalece até mesmo quando a confiança cognitiva é abalada. É o que sustenta a presunção de relação contratual trabalhista mesmo sem a evidência de qualquer documento, ou o brocardo *in dubio pro reo*.

E porque tem a ver com essa evidência contra a evidência (não se baseia em probabilidade), a *fidúcia*, em termos jurídicos, tem a ver com o *direito à segurança*.

Não a segurança de que as coisas desfavoráveis não ocorram ou ocorram em menos número, mas de que não serão toleradas.

Nesses termos, *segurança* tem a ver com a consistência da duração, isto é, com o evitar que um evento passado (uma circunstância, um fato ocorrido, uma conexão verificada), possa tornar-se sem justificativa algo insignificante, e o seu futuro, algo incerto. É essa exigência dessa segurança chamada *jurídica* (estabilidade do *sentido* das coisas) que exige o mecanismo da *confiança/fidúcia*.

3. A CONFIANÇA NA ARBITRAGEM

Nesse ponto é possível localizar a confiança (fidúcia) como mecanismo fundamental na diferenciação entre arbitragem e processo judicial, entre árbitro e juiz.

O fato de, ao contrário do juiz togado, árbitros serem indicados pelas partes, o mecanismo da confiança tem uma relevância diferente no processo judicial e no processo arbitral. Naquele, mesmo em decisões coletivas, há relatores e revisores, mas a expressão “árbitro indicado pela parte tal” (com toda a carga negativa que faz com que a doutrina tenda a rejeitá-la: cf. LOWENFELD, Andreas. The party-appointed arbitrator in international controversies – Some reflections. *Texas international law journal*. 30/59. Texas: The University of Texas School of Law, 1995) não teria como aparecer.

Entende-se, assim, que a confiança fiducial no juiz togado repousa muito mais na presunção de *neutralidade* da instituição estatal, não no sentido de que seja imune às influências do meio circundante, mas de que goza da legitimidade dada pelo consenso presumido de todos (*terceiro institucionalizado*). Ou seja, enquanto no processo judicial o juiz é um terceiro institucionalizado mediante procedimentos legitimadores que lhe conferem uma credibilidade presumida, como a formação e a experiência jurídica documentadas, o concurso público, a nomeação, o exercício de uma função que, a princípio, não é *ad hoc*, o árbitro goza de legitimidade pelo consenso *presumido* dos que o indicam *expressivamente*. Daí, do fato da indicação, as conhecidas objeções contra a arbitragem e as dificuldades que surgiram no passado com base na concepção *contratualista* (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. vol. 1, p. 82 e ss.). Mesmo superada essa concepção, é inegável que a arbitragem, embora encontre outros fundamentos para garantir a força da sua jurisdicionalidade, tenha origem contratual. O que confere, na arbitragem, à confiança fiducial um papel de relevância peculiar para a configuração de sua estrutura jurisdicional.

Por isso e particularmente, a estruturação da arbitragem na confiança fiducial e nos pontos em que essa tangencia com a confiança cognitiva aparece nos problemas de interpretação dos princípios que regem a seleção *do árbitro pelas partes*, da conduta *do árbitro e das partes*, da aceitação do árbitro e da possibilidade de sua recusa e desqualificação, principalmente nas regras de arbitragem sobre a independência e imparcialidade.

Os termos aparecem no art. 13 da Lei 9.307/1996, no qual o tema da confiança é expresso:

“Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

(...)

§ 6.º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.”

Que a confiança, no sentido fiducial, tem a ver de modo peculiar com a arbitragem mostra-o o decidido posicionamento da doutrina contra a possibilidade de o juízo arbitral ser atribuído a uma pessoa jurídica (por mais que seja demonstrada a *confidence* em sua competência empiricamente reconhecível; por exemplo: auditores independentes, que inspirariam um tipo de confiança mais próxima do desempenho *normalmente* reconhecido em seus trabalhos – cf. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 402). O julgamento arbitral, considerado uma função personalíssima, exige a confiança fiducial. O que se percebe também nas regras pertinentes à indicação de árbitros substitutos e na escolha de árbitro presidente, em contraste com as regras análogas referentes ao juiz togado.

Aliás, por se tratar de confiança fiducial, a lealdade (confiança na confiança dos outros) que o árbitro espera das partes se espelha nas regras referentes à comunicação das partes e seus advogados (representantes) com o árbitro.

Por exemplo, a *American Arbitration Association* estabeleceu em suas Regras de Arbitragem Internacional de 2003 essa comunicação com o árbitro ou com o candidato a árbitro é vedada, salvo para informar o candidato sobre a natureza geral da controvérsia ou para discutir a nomeação do terceiro árbitro quando as partes ou seus árbitros participam dessa seleção.

De modo semelhante, nos *Guidelines da International Bar Association* de 1987, admite-se como aceitável que o árbitro ouça a parte que o indicou na indicação do terceiro árbitro. Mas se espera das partes um comportamento leal, de modo que a confiança (fiducial) não venha a ser posta em questão (cf. DOLINGER, Jacob. O árbitro da parte –

Considerações éticas e práticas, em Dolinger: Direito & Amor, Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, 2009, p. 378 e ss.). E a IBA, nos seus *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* de 2004, traçou linhas mestras de orientação, contidas em três conhecidas listas de situações que poderiam gerar afastamento de um árbitro, com previsão ou não de revelação de fatos relevantes. As listas criam uma graduação de situações mais e menos graves, o que indica, no mínimo, a dificuldade de regulamentar, cognitivamente, uma confiança de estrutura fiducial.

Assim, essas regras, não obstante mostram um esforço normativo para lidar com a confiança fiducial, encontram, com dificuldade, algum paralelo convincente de apoio com regras pertinentes à confiança cognitiva. E por isso, na doutrina, acabam por apontar para situações em que, para se lidar com elas, a intersubjetividade, não menos e até mais que a objetividade, tem de ser encarada frontalmente (cf. LOWENFELD, p. 59 e ss.).

Por tudo isso se entende o esforço em distinguir a *imparcialidade* da *independência*. Afinal, a exigência de *independência* tangencia a confiança fiducial com a confiança cognitiva. Pois a independência é um atributo com características aparentemente mais objetivas, que se referem às relações objetivamente apontáveis entre o árbitro e as partes. Por isso algumas legislações, como a da Suíça, ao cuidar da recusa de árbitro só falam de *independência*. Mas a questão não se resolve assim tão singelamente, tanto que outras, como a da Suécia, apontam para hipóteses de *imparcialidade* como motivo de recusa, que, no entanto, parecem ter mais a ver com *independência* (como o árbitro ter motivos para esperar benefício ou prejuízo do resultado da disputa), o que mostra certa interpenetração dos conceitos na manifestação da confiança (cf. *International Legal Materials*, 1999m, p. 1663, apud DOLINGER, p. 379 e ss.).

Isso se reflete nos julgamentos judiciais quando tratam do assunto. Reporto-me a uma jurisprudência paradigmática do TJSP, citada por Carmona (Op. cit., p. 249), em que se lê: “Não é possível, nos estritos limites do agravo de instrumento, se distinguir o aspecto moral dos atos humanos no procedimento do árbitro. Em se tratando de método extrajudicial de solução de controvérsia, instituída pela Lei 9.307/1996, o árbitro, em princípio, recebe das partes o poder de decidir. Se o seu comportamento ético ultrapassou ou não as fronteiras da legislação, não cabe aqui o exame se ele agiu ou não com *independência*, *imparcialidade*, competência, diligência e discricção, tornando ineficaz uma decisão de mérito equivalente a uma sentença judicial, quando ela está fundamentada” (grifei). E a conclusão do acórdão mostra bem a peculiaridade estrutural

da confiança de caráter fiducial na apreciação de causas de nulidade que, em se reconhecendo *que o processo arbitral é flexível*, “não podem de antemão aniquilar a sentença arbitral tornando-a inexigível”.

Isso explica também que a Lei 9.307/1996, em seu art. 14, ao tratar de *impedimento e suspeição*, ao contrário do disposto no Código de Processo Civil, até *pareça* não fazer distinção entre ambos para efeito da obrigação do árbitro de afastar-se, mas não para efeitos do art. 32, II, que trata da nulidade de sentença arbitral. Nesse caso, essa impressão não é de todo sustentável.

À primeira vista, contra um tratamento ostensivamente diferenciado que a lei (Código de Processo Civil) dá ao tema do *impedimento* e da *suspeição* do juiz, parece haver uma aproximação não de todo discernível daqueles conceitos no caso de arbitragem.

Essa impressão vem por conta do teor do art. 14 da Lei de Arbitragem que começa por determinar que estão *impedidos* de funcionar como árbitros os que tenham, com as partes ou com o litígio, algumas relações que caracterizam os casos de *impedimento* ou *suspeição* dos juízes (CPC).

No vigente Código de Processo Civil, a distinção é nítida. A *suspeição* (art. 135) é gerada por elementos definidos na lei em que se expressam motivos eminentemente subjetivos, enquanto, no *impedimento* (art. 134), os fatos são de caráter objetivo. Nos dois casos há a implicação de parcialidade do juiz e os motivos enumerados são *taxativos* (como o reconhece a doutrina e a jurisprudência: cf. NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Barreto Boriello de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 357). Por força da distinção infere-se, porém, que a *suspeição* é base para uma verdadeira exceção oferecida pela parte preclusivamente, ao passo que o *impedimento*, por se tratar de matéria de ordem pública, pode ser alegado a qualquer momento.

Ou seja, no *impedimento* há presunção *juris et de jure* e a parcialidade é absoluta. A dicção legal é significativamente forte: art. 134 – “*É defeso ao juiz (...)*”. Daí porque os atos decisórios do juiz impedido são nulos e a sentença por ele prolatada e transitada em julgado pode ser impugnada por ação rescisória (art. 458, II, do CPC). Embora a exceção de *impedimento* possa ser alegada a qualquer momento, após o julgamento a parte só pode pleitear a nulidade, mediante recurso, ou, transitado em julgado, promover ação rescisória.

Já a *suspeição* aponta para motivos que, enumerados taxativamente, indicam uma *presunção relativa* de parcialidade. A dicção da lei é menos forte: “*art. 135 – Reputa-se*

fundada a suspeição de parcialidade *quando (...)*”. Sendo de ordem subjetiva, os motivos enumerados podem ser afastados mediante prova em contrário. Mas há preclusão e para eles não se admite ação rescisória.

Os casos de impedimento e suspeição do CPC não são, *in totum*, acolhidos pela Lei 9.307/1996 – alguns casos são típicos apenas do processo judicial (por exemplo, art. 134, III). Por isso o dispositivo (art. 14 da Lei 9.307/1996) determina que 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 dos juízes*.

Essa dicção da Lei de Arbitragem abre espaço para uma interpretação ambígua, que deve ser cautelarmente denunciada, sobretudo quando se fala de *impedimento* e *suspeição* para efeito de ação de nulificação. Embora a referida Lei (art. 14 da Lei 9.307/1996) diga genericamente que *estão impedidos* quem tenha *com as partes* ou *com o litígio submetido* alguma das relações caracterizadoras dos casos de impedimento e suspeição do Código de Processo Civil, são *desses casos* que se fala.

Assim, tendo em vista o papel da confiança fiducial como base da imparcialidade no processo judicial e no arbitral, o *impedimento* para funcionar como árbitro pode ocorrer tanto nos casos enumerados taxativamente pelo Código de Processo Civil para *impedimento* e *suspeição*, embora com uma distinção relevante. Essa distinção está mais no *grau* de confiabilidade (fiducial) do que em atributos cognitivos (confiança cognitiva: *matéria de ordem pública*). E aí a diferença em face do Código de Processo Civil, pois mesmo a matéria na Lei de Arbitragem referente aos casos de impedimento não é de ordem pública, razão pela qual em arbitragem não há ação rescisória.

Tanto que, se, de um lado, o motivo (*impedimento* ou *suspeição*) que levaria ao impedimento do árbitro, sendo desconhecido por alguma das partes, não poderia ser relevado por consenso presumido na sua escolha, também é verdade que, por outro lado, mesmo diante da hipótese do silêncio do nomeado sobre fatos que poderiam gerar seu afastamento, não se pode desconsiderar a possibilidade de o árbitro, de boa-fé, ignorar o fato ou a gravidade do fato a provocar o seu afastamento (cf. CARMONA, p. 255). Por sua vez, mesmo diante de hipóteses claras de impedimento nos termos da Lei de Arbitragem (os casos de impedimento e suspeição do Código de Processo Civil) nada obsta que as partes depositem confiança na pessoa e a indiquem como árbitro. O que, certamente, afeta o modo como se interpreta a condição fiducial do árbitro em comparação a do juiz.

Não sem razão a Lei de Arbitragem manda aplicar ao árbitro os mesmos deveres e responsabilidades do juiz *no que couber*. A expressão em itálico mostra que o legislador não equipara totalmente as figuras, até porque a confiança fiducial é institucionalizada em ambos de modo diferente. Parece claro que os motivos de afastamento de árbitros estão muito mais fortemente calcados no sentido intersubjetivo da confiança, mesmo em se tratando de casos de impedimento nos termos do Código de Processo Civil, à diferença do que ocorre no processo judicial.

O que não significa que os casos de impedimento (impedimento e suspeição) na Lei de Arbitragem sejam *exemplificativos e abertos*. Ou seja, as partes, por força da confiança (fiducial) podem relevar razões não só de suspeição como de impedimento e aceitar árbitros apesar de seu enquadramento no rol taxativo do Código de Processo Civil, *mas não podem criar outros motivos, quer para suspeição quer para impedimento, fora da lista taxativa do CPC*. Um árbitro, embora escolhido pelas partes, não é um mediador. Afinal, *não é verdade que o princípio (constitucional) do juiz natural não caiba para a arbitragem*, até porque, como mostram Nelson e Rosa Nery: “O requisito da *pré-constituição* na forma da lei, caracterizador do princípio do juiz natural, está presente no juízo arbitral”, pois as partes já estabelecem previamente como será julgada eventual lide existente entre elas (ver comentário ao art. 1.º da Lei de Arbitragem em *Código de Processo Civil comentado*, p. 11640).

Por isso aquela diferença tem de ser levada em consideração nos seus devidos termos, quando se discute o *dever de revelar* na arbitragem em comparação com a declaração de ofício do juiz e suas consequências para o tema da nulidade. Quanto a esses pontos vale a pena encarar a interpretação da lei brasileira, Lei 9.307/1996, a começar de seu art. 14. É o que se examina a seguir.

4. SOBRE O DEVER DE REVELAR

A expressão *dever de revelar* consta da Lei 9.307/1996, em seu art. 14, em conexão com casos de impedimento e suspeição:

“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.

§ 1.º 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.

§ 2.º 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.”

Pela complexidade denotativa (vagueza na determinação dos objetos designados) e conotativa (ambiguidade conceitual dos termos utilizados) do texto, o artigo merece uma consideração preliminar.

O *caput* e os parágrafos contêm normas de proibição/obrigação: *estão impedidos de funcionar (proíbe-se), têm o dever de revelar (estão obrigadas ou proibidas de omitir), somente poderá ser recusado (é proibido recusar).*

Trata-se de operadores lógicos (*funtores*) que conferem ao texto o sentido pragmático de um comando que submete os *destinatários (pessoas que tenham algumas relações, pessoas indicadas para funcionar como árbitros, árbitro nomeado)* à autoridade da lei (legislador).

Tais *destinatários*, pela análise do *caput* e do § 1.º em face do § 2.º, apontam para grupos distintos, mas interrelacionados. No *caput* trata-se de *pessoas que tenham algumas relações com as partes* ou com o litígio (por óbvio, *entre as partes*). As *partes* não são *destinatários* da proibição, mas sujeitos legitimados em face dela por uma expectativa de *imparcialidade e confiança*. Sem essa correlação a proibição seria vazia: afinal, normas põem sujeitos em comunicação.

Mas a recíproca é verdadeira quando se pensa na confiança fiducial (que exige confiança na confiança dos outros). O § 2.º impõe uma proibição ao destinatário *partes*: proíbe a recusa de árbitro nomeado, portanto, pessoa que tenha passado pelo teste do *caput* e do § 1.º, por motivo *anterior* à nomeação, com duas ressalvas (*não foi nomeado diretamente pela parte, o motivo foi conhecido após a nomeação*). Nesse caso, o árbitro nomeado (passado pelos testes) é sujeito legitimado por uma expectativa de diligência e confiança presumida. Sem essa correlação, a proibição de recusa também seria vazia.

Essa análise pragmática da norma indica uma consequência dogmática: o *dever de revelar* é correlato com a *proibição de funcionar* e ambos são correlatos com a *proibição de recusa/dever de diligência na escolha*.

Do ângulo dogmático, a questão implica, pois, uma consideração interpretativa da determinação do dever de revelar, antes da aceitação da função, *qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência*.

Sublinhe-se que a imparcialidade se conecta com a confiança fiducial, na medida em que exige do árbitro um posicionamento de equidistância em face das partes e destas em face do árbitro. Com a imparcialidade tocamos num dado fiducial da confiança como princípio basilar de comportamento. Como se trata de uma disposição de consciência que se espelha na sua conduta, é uma qualidade subjetiva, que se comunica, em termos do binômio: *fidúcia no escolhido/lealdade de quem escolhe*, aliada à competência, diligência e discrição.

Aliás, comentando os motivos que levam ao afastamento de árbitros, Carmona (op. cit., p. 252) assinala com pertinência que tais motivos não podem ser considerados absolutos: mesmo em hipóteses claras de impedimento e suspeição, as partes poderiam perfeitamente, conhecendo as circunstâncias, acordar na indicação do árbitro. E a razão está na estrutura da confiança que as partes depositam no árbitro.

É forte, nesses termos, o dever que tem a parte de “informar-se convenientemente” (CARMONA, p. 255), eis que, indicado o componente do tribunal arbitral (ou concordes as partes com um árbitro único ou com a escolha do terceiro árbitro), surge o momento preclusivo de estabilização do processo.

Com isso se pode ter um sentido razoável do dever de revelar.

Nesses termos, de um lado, as pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, *qualquer fato que denote*, do ponto de vista das partes (CARMONA, p. 254), *dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência*.

Mas como se trata de *dúvida justificada* do ponto de vista das partes cresce a importância do *dever de lealdade* delas. Primeiro porque o fato que *denote* dúvida significa fato capaz de suscitar *nelas* alguma dúvida. Segundo porque o procedimento não pode ser leviano: daí *dúvida justificada*, isto é, que justifique que *as partes* tenham *razão* para ter dúvida. Terceiro porque o indicado, não podendo nem devendo conhecer todas e quaisquer circunstâncias das partes, tem de agir à luz do rol taxativo da lei (casos de impedimento e suspeição do Código de Processo Civil): a extrapolação desse rol em questionários reforça o binômio *fidúcia/lealdade*. E quarto porque as partes não podem *supor, tout court*, como *justificada* a dúvida quando referente a certas circunstâncias dos fatos as quais digam respeito a aspectos idiossincráticos das relações

entre elas (como rivalidade visceral em *outros* casos, até para além das pessoas jurídicas em litígio).

Nesse sentido (cf. DOLINGER, p. 388), pode-se falar, conforme a terminologia dos *Guidelines* da IBA de 2004, de “teste subjetivo” para a desqualificação de um árbitro, isto é, de fatos ou circunstâncias que podem provocar dúvidas *aos olhos das partes* sobre a independência ou imparcialidade dos árbitros (“*in the eyes of the parties*”).

Mas, por isso mesmo, o árbitro, que somente poderá ser recusado, de outro lado, por motivo ocorrido *após* sua nomeação, pode, entretanto, ser recusado por motivo *anterior* à sua nomeação, quando o motivo para a recusa do árbitro *for conhecido* posteriormente à sua nomeação. *For conhecido posteriormente* como motivo *relevante para a parte* no procedimento de indicação em termos de *dúvida justificada*.

Note-se, portanto, que, por força da confiança fiducial, a ponderação sobre relevância do fato para a decisão da parte, de um lado, não exclui a ignorância de boa-fé tanto quanto, de outro, o dever de *as partes* deixarem claras as suas condições de aceitabilidade de pessoa como árbitro, mediante leal e suficiente explicitação de sua (das partes) configuração jurídica e fática. O que exige que seja levado em consideração algo mais do que a mera inserção da parte num organismo acionário complexo (que o árbitro não tem a obrigação de conhecer), pois também a trama conflitual que, eventualmente, possa acarretar, do ponto de vista da parte, desconfiança na imparcialidade.

Por isso, o incidente de impugnação pode ocorrer, com efeito, na hipótese de silêncio sobre fato que denote *dúvida justificada*, o que não afasta a hipótese de boa-fé do indicado ou por ignorância do fato ou, em termos de confiança fiducial, ao revelar certos fatos, por confiar na confiança das partes que o escolhem em termos do dever de informarem-se convenientemente sobre as ilações possíveis dos fatos revelados (confiança na confiança).

Mas, ao falar-se em *dúvida justificada* (com acento na *justificação*) entre em jogo um outro critério, que tem a ver com o que os *Guidelines* da IBA chamam de *teste objetivo* para a desqualificação de árbitros. Aqui se trata de fatos ou circunstâncias *justificáveis* para criar dúvidas sobre a independência e imparcialidade. Por *justificável* entenda-se o *ponto de vista de uma terceira pessoa razoável* (*from a reasonable third person's point of view*). Essa regra exige, tanto do árbitro como das partes, uma avaliação isenta daquilo que, no contexto do conflito, seria de se esperar que constituísse algo digno de ser percebido.

Isso porque a arbitragem pressupõe que revelações desnecessárias podem levantar dúvidas na influência de fatos e circunstâncias que, por irrazoabilidade, acabam por levantar implicações desproporcionais para a confiança fiducial e minar a credibilidade da e na instituição.

Nesse segundo aspecto, retirar o *dever de revelar* desse contexto de razoabilidade é fazer dele um instituto abstrato que põe qualquer candidato a árbitro em situação de desamparo e a arbitragem, sujeita a um processo sem controle de *deslegitimação* por quebra da fidúcia (confiança na confiança).

5. DA ANULABILIDADE DA SENTENÇA

Essas considerações repercutem no entendimento do art. 32, II, da Lei 9.307/1996, cujo teor é o seguinte:

“Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

(...)

II – emanou de quem não podia ser árbitro”.

A doutrina entende que, conquanto se fale em *sentença nula*, o que se repete no art. 33 (“A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da *nulidade* da sentença arbitral nos casos previstos nesta Lei” – grifei), trata-se, na verdade, de anulabilidade (CARMONA, p. 398).

Sem entrar no mérito dessa questão, é importante sublinhar que, no referente ao art. 32, II, o arrolamento dos casos de impedimento ou suspeição, que tem a ver com a confiança fiducial, refere-se a qualquer um dos casos “minuciosamente relacionados nos arts. 134 e 135 do CPC” (cf. CARMONA, p. 401).

Ressalvada a situação em que haja um único árbitro, a anulabilidade da sentença há de ser apreciada no contexto em que essa é proferida. Como a confiança fiducial implica conduta e atributos, a decretação de nulidade deve levar em consideração não apenas as condições do árbitro, mas a sua interação com os demais no curso do processo que leva à sentença e a forma como esta é prolatada.

Entende-se, assim, em termos da instrumentalidade das formas, que a jurisprudência, ao interpretar o art. 32 da Lei 9.307/1996, venha a entender que: “A exemplo do que se dá em relação ao processo jurisdicionalizado, não se deve declarar a invalidade do juízo arbitral quando ele alcança seu objetivo, não obstante a ocorrência de irregularidades formais” (RSTJ 29/544).

Por consequência, na demonstração da ocorrência de hipótese de impedimento ou suspeição, há de se levar em conta o desempenho do árbitro impugnado em termos, de um lado, do modo como isso poderia afetar o resultado, de outro, como se comportam os demais árbitros em face do impugnado.

A questão tem a ver, no primeiro caso, com o árbitro cuja parcialidade (por razões alegadas por força do disposto no art. 14) possa ter tido influência sobre os demais. Na verdade, o dever de revelar deve ser olhado simultaneamente em face da notoriedade da situação criticada e de sua incidência razoavelmente previsível sobre o juízo do árbitro (cf. POUURET, Jean-François e BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l'arbitrage international*. Bruxelas: Bruylant, 2002. p. 382). Na verdade, em termos de um processo estruturado na confiança fiducial, o bom senso diz que o árbitro que desempenha sua função com retidão terá mais influência sobre os demais que o árbitro que se revela parcial (cf. LOWENFELD, p. 60-61).

Aliás, a suposta violação de um dever de revelação, na jurisprudência estrangeira (francesa e inglesa) não é suficiente para anular uma sentença arbitral, até porque uma omissão em divulgar certos fatos de parte de um dos membros deve ser apenas um elemento dentre outros para apreciação da independência do tribunal arbitral (POURET e BESSON, p. 382). Por isso, como mencionado anteriormente, a peculiaridade estrutural da confiança de caráter fiducial na apreciação de causas de nulidade exige que essas não possam de antemão aniquilar a sentença arbitral tornando-a inexigível.

Como se observa na jurisprudência estrangeira, a parte crucial para a valoração de um impedimento alegado para anular uma sentença arbitral está na apuração do real prejuízo alcançado pela presença de um árbitro alegadamente impedido, o que se alcança mediante a observação da efetividade do prejuízo dentro de um conjunto de atitudes e comportamentos do ponto de vista de uma *right-minded person* (cf. CATO, Mark. *Arbitration practice and procedure – Interlocutory and hearing problems*. London/Hong Kong, 1997. p. 166).

No segundo caso, é preciso, em boa fé, constatar e mostrar que o objetivo da sentença não seria alcançado quando, em decisão colegiada, há unanimidade. Fere, em termos de confiança na confiança dos outros, o sentido da confiança fiducial declarar a invalidade do juízo arbitral quando ele alcança seu objetivo ainda que um dos árbitros, por algum impedimento, devesse alegadamente ser afastado.

Significativo, nesses termos, o posicionamento jurisprudencial do STF quando assim se pronuncia: “Não há nenhuma utilidade na anulação de julgamento que teve como

resultado votação unânime pela rejeição dos embargos, pois a subtração dos votos dos Ministros impedidos não teria o condão de modificar o resultado antes verificado” (HC 92235/PE, rel. Min. Menezes Direito, DJ 15.02.2008. vol. 2307, p. 5777).

De se notar que o argumento repousa na *utilidade*, o que, em sede de arbitragem, faz todo sentido, como se vê por essa pertinente observação fundada na experiência arbitral: “While the parties do have the right to insist that their adversaries appoint an independent arbitrator, the debate on the issue should not descend to the trivial” (PARK, Craig; PAULSON: *International commercial arbitration*, p. 233, apud DOLINGER, p. 389). De todo modo, há uma petição de princípio em alegar que, sendo ímpar o número de árbitros, o impedimento de um deles torna nula a sentença mesmo alcançada por unanimidade, pois o objetivo alcançado pelo voto dos árbitros restantes é insuficiente para alcançar o resultado.

A petição de princípio é condenada como forma de raciocínio porque contém uma ilusão conclusiva: aquilo que tem de ser provado é demonstrado com aquilo que tem de ser provado. No caso, se uma sentença de três árbitros foi unânime, mas um árbitro estava impedido (premissa a demonstrar), então a unanimidade (de dois restantes) não permite que o objetivo da sentença seja alcançado porque três deviam ser os árbitros e um dos árbitros estava impedido (premissa a demonstrar) (cf. KLUG, Ulrich. *Juristische Logik*. New York: Springer Publishing, 1966. p. 153 ss.).

Nesses termos não pode passar sem ser ressaltada a observação de que, em sede de arbitragem, o disposto no art. 14, se, de um lado, (a) abre amplo espaço para fundar uma ação de nulificação fundada no pressuposto de que é nula a sentença arbitral emanada de quem não podia ser árbitro, de outro, (b) reforça a premissa de que mesmo diante de hipóteses claras de impedimento e de suspeição nada obsta que as partes depositem e tenham depositado confiança na pessoa e a indiquem e tenham indicado como árbitro.

Ou seja, na apreciação da ação, ao contrário do que sucede na sentença emanada de juízes togados, a confiança fiducial exige uma ponderação da questão sob os dois ângulos (*a* e *b*).

Afinal vale reiterar que o que entrelaça todos os destinatários no processo arbitral é o tema da *confiança*, que é de uns nos outros: confiança na confiança dos outros; tema esse que marca com distinção peculiar a relação de arbitragem em face do processo judicial, no qual, não havendo escolha, a confiança na confiança é presumida institucionalmente. O que significa que a confiança, para efeitos de entendimento dos impedimentos e da ação de nulificação, deve encontrar como fundamento aquele

conjunto de regras e princípios que, de um lado, exigem o dever de revelar conforme as circunstâncias da indicação e, de outro, a coibição de deslealdade (em sentido amplo) na explicitação das circunstâncias pela parte que faz indicação, o que tem eficácia limitadora do exercício de seus eventuais direitos subjetivos e formativos.

Em suma, essa interrelação, que faz parte da confiança fiducial que preside a escolha dos árbitros e a possibilidade de sua impugnação, há de levar em conta o que Miguel Reale chamava de “*diretriz de concreção*”: na interpretação jurídica, não se interpreta a norma enquanto um texto ou mero ato de vontade, mas uma dada experiência humana. Por isso, por exemplo, um diploma normativo não é só um conjunto de regras, mas uma peça marcada por grandes eixos a ser concretizados pelo intérprete: a liberdade dos sujeitos, a confiança mútua que a assegura, a utilidade social que a legitima (REALE, MIGUEL. *O projeto do Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986).

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A imparcialidade do árbitro no direito brasileiro: autonomia privada ou devido processo legal?, de Rafael Francisco Alves – *RArb* 7/109;
- Notas sobre a prestação da tutela arbitral no Brasil, de Antonio Celso Pinheiro Franco e José Roberto Pinheiro Franco – *RIASP* 23/9; e
- Recentes notas sobre o impedimento no direito processual civil brasileiro, de Fernando da Fonseca Gajardoni – *RePro* 174/82.

Veja também Jurisprudência

- Ação de dissolução parcial de sociedade: *RArb* 7/256.