

Imparcialidade dos árbitros: uma abordagem interseccional entre arbitragem, economia e psicologia.

Impartiality of Arbitrators: An Intersectional Approach between Arbitration, Economics, and Psychology.

Alberto Jonathas Maia

Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE,
Brasil.

doi: <https://doi.org/10.25247/2764-8907.2024.v3n1.p39-78>



Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Como ser citado (modelo ABNT)

MAIA, Alberto Jonathas. Imparcialidade dos árbitros: uma abordagem interseccional entre arbitragem, economia e psicologia. **Direito, Processo e Cidadania**. Recife, v. 3, n.1, p.39-78, jan/abr., 2024. DOI: <https://doi.org/10.25247/2764-8907.2024.v3n1.p39-78>

Editor responsável

Prof. Dr. José Mário Wanderley Gomes Neto

Resumo

O presente artigo trata sobre a imparcialidade do árbitro a partir de uma interseccional buscando subsídios no direito processual, economia e psicologia. A imparcialidade pode ser analisada em seus diversos desdobramentos (estética, subjetiva, multidirecional, objetiva, valorativo-probatória e normativa). O tema tem sido objeto de intensos debates no meio acadêmico e judicial e, por meio desse estudo, pretende-se contribuir para o debate demonstrando que o árbitro deve estar comprometido em um esforço contínuo e permanente para preservar e cultivar a imparcialidade.

Palavras-Chave: imparcialidade, direito processual, arbitragem, psicologia, economia

Abstract

This article deals with the arbitrator's impartiality from an intersectional perspective, seeking support from procedural law, economics and psychology. Impartiality can be analyzed in its various aspects (aesthetic, multidirectional subjective, objective, evaluative-evidence and normative). The topic has been the subject of intense debate in academic and judicial circles and, through this study, we intend to contribute to the debate by demonstrating that the arbitrator must be committed to a continuous and permanent effort to preserve and cultivate impartiality.

Keywords: impartiality, due process, arbitration, arbitrator

1. Introdução¹

"O profissional do Direito quer ser acadêmico, advogar, ser árbitro e dar parecer. E está tudo certo. Mas as consequências existem".²

Em recente artigo publicado no portal Consultor Jurídico Luciano Benetti Timm realizou uma provocação interessante envolvendo uma suposta crise na arbitragem, segundo o professor para uma abordagem apropriada da questão é necessário trabalhar com evidências científicas, evitando depender apenas de impressões pessoais sujeitas a vieses cognitivos, como a disponibilidade, e percepções influenciadas por interesses

¹ Este texto é dedicado, primeiramente, ao professor Daniel Kahneman, que faleceu hoje, 27/03/2024, e também ao professor Eduardo Fonseca Costa, cuja imensa gentileza e disponibilidade foram fundamentais para o desenvolvimento deste estudo.

² Fala do Desembargador Grava Brazil, no julgamento do agravo 2272139-63.2022.8.26.0000 na 2ª câmara Reservada de Direito Empresarial do TJ/SP suspendeu sentença arbitral da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem Ciesp/Fiesp por suposta violação do dever de revelação de um árbitro e de um coárbitro

individuais³. Realmente, essas perspectivas pessoais são frequentemente influenciadas por vieses cognitivos que podem distorcer o julgamento devido a experiências recentes desfavoráveis em arbitragens. Além disso, as percepções podem ser tendenciosas, muitas vezes moldadas por vieses e narrativas enraizadas em interesses pessoais.

Ainda de acordo com o mesmo professor, é preciso observar a questão também sob a perspectiva pragmática da Análise Econômica do Direito, na medida em que a exigência de divulgação de informações privadas é justificável devido ao custo extremamente elevado, se não impossível, associado à sua descoberta⁴.

Dessa forma, a perspectiva pragmática da Análise Econômica do Direito (AED) considera a eficiência econômica como um dos principais objetivos do sistema jurídico. Na arbitragem, a questão da imparcialidade pode ser analisada à luz da AED, considerando os custos envolvidos na descoberta de informações privadas. Já no direito processual a AED contribui para análise crítica das regras processuais e sua influência no comportamento (decisões, interesses e estratégias) das partes em um litígio (FUX, 2021).

Além disso, nos tempos recentes demandas anulatórias envolvendo eventual dever de revelação e a imparcialidade tem provocados interessantes debates em âmbito acadêmico e no Judiciário, como destaque para a atual ADI 1050 (que inicialmente foi apresentada como ADPF e depois convertida pelo Ministro Relator)⁵ em que se discute a conformidade do dever de revelação do árbitro estipulado no artigo 14 da Lei n. 9.307/96 (LARb) com os princípios essenciais do devido processo legal, do juiz natural e da imparcialidade do julgamento⁶.

Nossa proposta não tem a intenção de esgotar completamente o tema, mas sim enriquecê-lo. A imparcialidade na arbitragem, apesar de remeter às regras contidas no

³ Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-mai-04/luciano-benetti-timm-arbitragem-crise-brasil/> acesso 23 de novembro de 2023

⁴ Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quais-os-problemas-atuais-da-arbitragem-e-como-resolve-los-09102023> acesso em 23 de novembro de 2023

⁵ “O ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade seria providência útil e suficiente, já que a pretendida atribuição de interpretação conforme dirige-se a dispositivo de lei federal (art. 14 da Lei 9.307/1996) Registro que a própria autora formulou pedido subsidiário para o conhecimento da ação como Ação Direta de Inconstitucionalidade, pedido esse que merece acolhimento, pelo quanto acima exposto. Com essas considerações, conheço da presente arguição de descumprimento de preceito fundadamente como ação direta de inconstitucionalidade” Despacho publicado no dia 27 de março de 2023

⁶ Também é relevante mencionar o julgamento da ADI 5953, que questionava se a norma que proibia um juiz de atuar em processos nos quais um cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau de parentesco estivesse envolvido, mesmo que fosse representado por um advogado de outro escritório, violaria o princípio do juiz natural.

Código de Processo Civil (LArb, art. 14, *caput*), precisa ser abordada não apenas estritamente sob o enfoque do direito processual, mas também explorando as valiosas contribuições que a economia comportamental pode oferecer a essa discussão.

2. Os vieses cognitivos e as contribuições da psicologia e economia comportamental

A teoria de Daniel Kahneman, desenvolvida em conjunto com Amos Tversky, descreve diversos vieses cognitivos (*cognitive biases*) que afetam a tomada de decisão humana. Vieses cognitivos são padrões de desvios no julgamento que ocorrem em situações de incerteza. O estudo desafiou modelos racionais e sistematizou *regras heurísticas*, definindo-as como normas cognitivas inconscientes usadas para processar informações externas, simplificando tarefas complexas de atribuição de probabilidades e previsão de valores (COSTA 2021, p. 284)

A economia comportamental observa que comportamentos considerados irracionais ou atípicos são, de fato, características comuns aos seres humanos, que podem ser confirmados por pesquisas empíricas e organizados sistematicamente (HODGSON, 2013). A importância disso reside em seu estudo e demonstração de como as decisões jurídicas são impactadas por fatores como intuição, heurísticas, vieses cognitivos, além de influências culturais e sociais

A capacidade humana de julgamento é frequentemente afetada por inúmeros vieses, tornando o desafio de manter a imparcialidade em processos de arbitragem uma tarefa complexa. Estudos sugerem que fatores aparentemente insignificantes, como o aroma de um ambiente, podem influenciar decisões críticas. Utilizar o método científico e autocrítico como base para analisar argumentos e evidências pode ser uma ferramenta eficaz na redução desses vieses.

Essas formas disfuncionais de processamento de informações afetam o raciocínio lógico-abstrato e ocorrem de forma previsível em diversas culturas e países, além disso, podem levar as pessoas a tomar decisões que não são totalmente racionais ou ótimas (TVERSKY; KAHNEMAN, 1974, p. 1130).

Questiona-se: quais são as características psíquicas dos árbitros que lhes conferem uma suposta blindagem cognitiva inexistente em outros julgadores? Na realidade, não possuem nenhuma. Como julgadores, os árbitros estão igualmente sujeitos a

vieses cognitivos que podem afetar sua tomada de decisão, são pessoas comuns, profissionais propensos a preferências e dotados de preconceitos.

Realmente, após uma análise cuidadosa, constata-se que tal suposição carece de fundamento empírico. Árbitros, assim como juízes tradicionais, não possuem atributos psíquicos inerentes que os blinde contra os vieses cognitivos, os quais são universais e inerentes ao processo de tomada de decisão humana.

Numa perspectiva interdisciplinar, englobando tanto o direito quanto a psicologia, é imperativo reconhecer que a tomada de decisão, seja no âmbito judicial ou arbitral, é suscetível às mesmas limitações cognitivas. Estas incluem, mas não se limitam a, a confirmação de viés (a tendência de favorecer informações que confirmem nossas crenças preexistentes), o efeito de ancoragem (a dependência excessiva na primeira peça de informação oferecida ao fazer julgamentos), entre outros. Esses vieses podem distorcer a percepção dos fatos, a avaliação das provas e, conseqüentemente, influenciar o veredicto de maneira não intencional.

Embora os árbitros sejam frequentemente influenciados por limitações de informação, vieses cognitivos e emocionais, e tendências ao comportamento de grupo, resultando, por vezes em equívocos, esses fatores podem ser mitigados com a implementação de medidas específicas.

Abrir-se às contribuições da psicologia e da economia comportamental pode ser extremamente benéfico para os juristas, especialmente considerando que muitos dos desafios relacionados à imparcialidade residem no próprio julgador, que possui um cérebro naturalmente predisposto a vieses. Para lidar efetivamente com essa realidade, é necessário um esforço consciente para desenvolver duas habilidades aparentemente contraditórias: valorizar o próprio capital intelectual e experiência, ao mesmo tempo em que se manter aberto a novas informações e perspectivas. Felizmente, a comunidade arbitral vem discutindo e aperfeiçoando essas questões, evidenciando um compromisso com a evolução contínua da prática arbitral.

Em uma avaliação realizada por pesquisadores americanos no qual vinte painéis de árbitros da *Associação Americana de Arbitragem (AAA)*, compostos por corretores e fabricantes em igual número, avaliaram uma gravação de disputa contratual entre um distribuidor e um corretor com direito exclusivo de importação. Os resultados indicaram uma tendência de os árbitros que atuavam no mesmo ramo da corretores favorecerem o

demandado (que era corretor), a discrepância não foi atribuída a motivos obscuros ou lealdade subjetiva, mas sim a um alinhamento de interesses baseado em experiências compartilhadas.

A análise conseguiu demonstrar que os tomadores de decisão em todos os ambientes geralmente são mais propensos a rejeitar informações inconsistentes com suas próprias crenças e expectativas. Esse viés cognitivo, emerge naturalmente de antecedentes culturais comuns e pode influenciar na percepção e no julgamento dos árbitros (DIAMOND, 2003, p. 336; MENTSCHIKOFF; HAGGARD, 1977).

Em outro estudo mais recente, realizado com árbitros que participaram do prestigiado Congresso Bienal do Conselho Internacional de Arbitragem Comercial (ICCA) em 2014, buscou explorar a psicologia na arbitragem internacional. A análise revelou que os árbitros, assim como os magistrados, tendem a tomar decisões baseadas mais em intuição do que em raciocínio deliberativo e são suscetíveis a ilusões cognitivas conhecidas, como ancoragem numérica, influência do idioma das partes e até o modo como as solicitações e manifestações escritas são apresentadas (*framing*). Essa tendência a decisões baseadas em intuição e impressão não deve causar surpresa, tendo em vista que os árbitros, assim como qualquer outra pessoa, incluindo os magistrados, estão sujeitos às mesmas limitações cognitivas (FRANCK; AAKEN; GUTHRIE, 2017).

Outro ponto relevante da pesquisa mencionada é que os árbitros são menos propensos a ser afetados por vieses cognitivas ao avaliar argumentos em um idioma que não seja sua língua materna. Pode-se inferir que a rotina habitual dos árbitros internacionais, caracterizada por interações frequentes com uma variedade de idiomas, culturas e sistemas jurídicos, pode contribuir para um maior grau de atenção e uma deliberação mais detalhada e concentrada dos fatos, argumentos e provas (FRANCK; AAKEN; GUTHRIE, 2017, p. 1172).

O estudo também sugere que para reduzir os erros associados a julgamentos intuitivos, as partes ponderem ter suas controvérsias resolvidas por painéis formados por três membros. Esta configuração, com múltiplos julgadores trabalhando juntos, auxilia a criar um processo de deliberação coletiva e consequente tomada de decisão mais coordenado. Apesar de a deliberação em grupo ter suas desvantagens ela atua como um autocontrole mitigando as avaliações precipitadas baseadas em intuição.

Já se listou mais de 40 tipos de vieses cognitivos e muitos deles são e podem ser estudados e aplicados à luz do direito e mais especificamente à arbitragem (COSTA, 2018, p. 60; GUTHRIE, RACHLINSKI, WISTRICH, 2001). Alguns exemplos aplicados na arbitragem podem ser assim organizados:

Tipo de viés	Aplicação específica
Viés inconsciente	O árbitro pode ter atitudes e estereótipos subjacentes que afetam como ele entende e interage com as partes, afetando sua aparência de imparcial.
Viés de otimismo	O árbitro pode ter uma visão excessivamente otimista de suas próprias habilidades e julgamentos, acreditando que é completamente imparcial e não é afetado por vieses.
Viés de confirmação	O árbitro pode buscar informações que confirmem suas próprias crenças, ordenando a produção de provas de ofício e ignorando informações e evidências que vão de encontro as suas impressões iniciais
Viés de atribuição de função	O árbitro pode cometer erros sistemáticos ao avaliar as partes com base em suas aparências ou outras características não relacionadas ao caso.
Viés de resultado	O árbitro pode julgar uma decisão com base em seu resultado final, mantendo por a tutela de urgência previamente concedida, ao vez de avaliar e decidir com base na totalidade do material argumentativo e probatório
Viés de ancoragem	O árbitro pode se basear em informações preliminares ou números apresentados pelo requerente nas alegações iniciais como um ponto de referência, mesmo que essas informações sejam imprecisas ou e até inverídicas. Isso pode afetar, por exemplo, o resultado de casos que envolvem indenizações.
Viés de semelhança	O árbitro pode ter um viés a favor de uma das partes se ela for semelhante a ele de alguma forma, como nacionalidade, gênero ou experiência profissional. Isso pode afetar a percepção do árbitro sobre a credibilidade e confiabilidade das partes.
Viés de grupo	Se o árbitro faz parte de um painel de árbitros pode ser influenciado pelas opiniões e julgamentos dos outros árbitros, em vez de formar sua própria opinião sobre determinado fato
Viés de favoritismo	O árbitro pode favorecer pessoas que são conhecidas, próximas ou semelhantes, tornando-se mais inclinado a acreditar em seu testemunho.

Viés de autoridade	O árbitro pode ser influenciado pelo status ou autoridade de uma das partes, advogados, peritos, testemunhas e dos demais árbitros dando mais peso às suas argumentações e opiniões
Viés de disponibilidade:	O árbitro pode confiar em informações que estão facilmente disponíveis ou que foram apresentadas desde o início do procedimento, em vez de buscar informações mais completas e precisas durante a instrução. Isso pode levar a decisões baseadas em informações incompletas ou distorcidas
Viés de ação	O árbitro pode tomar decisões de ofício, precipitadas, desnecessárias, afetando a imparcialidade.

Entre os conteúdos conscientes, destacam-se os objetivos pessoais do árbitro e as filosofias que ele abraça, especialmente aquelas relacionadas a questões jurídicas econômicas. Esses fatores podem influenciar a forma como o julgador analisa e interpreta as informações apresentadas durante a arbitragem.

Como se pode perceber o ato de julgar por parte do árbitro transcende sua formação jurídica. Além dos conhecimentos teóricos, devemos considerar os aspectos psicológicos e culturais que podem interferir em sua decisão, por mais profissional e experiente que seja.

O profissionalismo, a prática, a experiência e a disposição para atuar com isenção são características fundamentais para o exercício da função de árbitro, que, conforme exhaustivamente abordado, tem o dever de conduzir o processo de resolução de conflitos com imparcialidade. No entanto, é importante reconhecer que essas qualidades não tornam o árbitro imune às forças intrapsíquicas que podem influenciar suas decisões. Acreditar nisso seria uma ingenuidade, pois o intrapsíquico possui conteúdos conscientes e inconscientes que podem afetar a avaliação e o julgamento do árbitro (FIORELLI; MANGINI, 2023, p. 129)

Nesse contexto, é importante não apenas apresentar os vieses cognitivos, mas também transcender a mera descrição desses fenômenos. É igualmente importante adotar estratégias procedimentais para atenuar suas influências, conhecidas como *debiasing*. Entre essas medidas, destacam-se o próprio dever de revelação e o fornecimento de informações adicionais sobre o julgador aos envolvidos. Uma outra prática é conhecida como "*insulating*" ocorre quando o árbitro questionado renuncia ou é substituído, afastando-se da arbitragem; a legislação e as regras de arbitragem, (e.g Lei 9.307/96, art. 15, parágrafo único, Regras de

Arbitragem da UNCITRAL, art. 13, Regras de Arbitragem da CCI, art. 15.2)., tendem a afastar o árbitro parcial, em vez de tentar diminuir ou restringir sua parcialidade.

De acordo com a Lei Brasileira a parte interessada em recusar o árbitro deve apresentará, a respectiva impugnação, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes. Acolhida tal impugnação, será afastado o árbitro suspeito ou impedido, que será substituído (art. 15). Como se percebe a lei brasileira permite que o próprio árbitro considere sua condição de julgador imparcial, podendo, de sua própria iniciativa e sem qualquer consequência negativa renunciar a função afastando-se do caso.

É importante considerar que o afastamento geralmente se mostra uma medida mais viável e eficaz do que a tentativa de correção do viés. Em suma, essas técnicas são essenciais para aprimorar a objetividade e a imparcialidade nas decisões, mitigando os efeitos dos vieses cognitivos (COSTA. 2021, p. 285).

A partir dessas considerações, não cogitamos que: i) a existência de relacionamentos estreitos com as partes, advogados ou experts; ii) uma consulta prévia sobre o objeto do conflito pouco antes da instauração da arbitragem; iii) o contato prévio com documentos ou testemunhas; iv) ter sido remunerado, direta ou indiretamente, por uma das partes em casos anteriores; v) um perito indicado pelo próprio árbitro; vi) participar dos mesmos órgãos ou comitês de deliberação; vii) ter sido indicado sucessivas vezes pela mesma pessoa, empresa, ente público, companhia ou pelo mesmo grupo econômico, não influenciem na originalidade cognitiva do julgador.

As avaliações ou opiniões do árbitro tendem a estar em harmonia e coerência com o conjunto de suas convicções e valores pessoais. Entretanto, com base nos estudos proposto por Kahneman, ressalta-se que inexistente um método formal e simplificado capaz de aferir a congruência entre as decisões e o espectro total de crenças do julgador. Não obstante, o árbitro, pautado pela racionalidade, deve envidar esforços no sentido de alcançar tal congruência, instruindo o caso e proferindo decisões que sejam alinhadas com o conjunto de fatos, provas, leis e regras pré-estabelecidas; deve harmonizar suas decisões com todo seu conhecimentos acerca da matéria em discussão e com suas próprias heurísticas de julgamento e vieses cognitivos.

De fato, para mitigar os efeitos dos vieses cognitivos, os árbitros precisam estar cientes deles e adotar estratégias para reduzir seu impacto, como buscar informações de

diversas fontes, questionar suas próprias crenças e valores, e tomar decisões de maneira mais deliberada e reflexiva.

A imparcialidade, como já discutido, representa o produto, uma meta, um objetivo de um esforço contínuo e deliberado em busca de objetividade, embora esta nem sempre seja plenamente alcançada não pode ser menosprezada. No âmbito da arbitragem, a imparcialidade se equipara à objetividade almejada no âmbito do conhecimento científico, conforme destacado na doutrina pode não ser sempre possível atingi-la, mas desistir dela nunca é considerada. Esta busca incessante pela objetividade é, no contexto científico, a manifestação da imparcialidade do cientista, enquanto na arbitragem, a imparcialidade se traduz na objetividade do árbitro (COSTA, 2021, p. 234).

Cabe destacar ainda que conforme adquirimos mais subsídios de outras áreas do conhecimento não apenas os árbitros podem melhorar sua capacidade de decisão, mas, também os advogados podem aperfeiçoar sua abordagem. Novas metodologias podem ser empregadas para otimizar e aperfeiçoar o trabalho dos advogados na arbitragem. Como dito no início, advogados e assistentes podem moldar a exposição dos fatos, melhorar a forma de apresentação (*framing*) dos pontos controvertidos, escolher e selecionar cuidadosamente as provas, proporcionando ao árbitros uma compreensão mais profunda e adequada dos casos (WAITES; LAWRENCE, 2010).

É importante que os árbitros estejam atentos às tentativas das partes de estabelecer âncoras e reconheçam como a aversão extrema pode afetar seu julgamento. Além disso, eles precisam compreender e aplicar técnicas para mitigar vieses, a fim de garantir um raciocínio jurídico mais eficaz e imparcial (GUANDALINI, 2023, p. 811 – 822)

Conforme propõe Guandalini, a formação e educação dos árbitros devem incluir conhecimentos em economia, psicologia cognitiva e economia comportamental. É fundamental que esses profissionais estudem tópicos específicos como preconceito cognitivo, racionalidade limitada e o impacto de técnicas de viés na tomada de decisões jurídicas.

A formação dos árbitros deve incluir psicologia cognitiva para entender o funcionamento da mente humana, incluindo processamento de informação, atenção, linguagem, memória, percepção, resolução de problemas, tomada de decisão e pensamento. É importante também abordar conceitos de microeconomia, especialmente a função de utilidade do árbitro. Compreender suas motivações permite uma análise mais

precisa dos custos e benefícios, focando em incentivos e promovendo o uso do raciocínio analítico para reduzir desvios na tomada de decisões (COSTA, 2018, p. 200).

Mais ainda, de acordo com a doutrina, as partes envolvidas no processo podem alertar o árbitro sobre potenciais vieses cognitivos. Isso não implica apresentar textos científicos desvinculados do caso, mas sim que partes e advogados podem chamar atenção para o uso de técnicas como ancoragem ou aversão extrema nas declarações escritas e orais. Ao indicar uma ancoragem específica utilizada pela contraparte, os árbitros podem então reconhecê-la e evitar ser influenciados por ela (GUANDALINI, 2023).

Como se pode perceber, as contribuições da psicologia cognitiva e economia comportamental são essenciais para que possamos compreender os conteúdos intrapsíquicos que compõem a extensa gama de fatores conscientes e inconscientes daquele que tem a função de julgar e com isso repensar posicionamentos consolidados a forma como devem ser interpretados os casos permite que as regras que regulam o dever de revelação e imparcialidade sejam aperfeiçoadas.

3. A imparcialidade estética

A confiança no painel arbitral para proferir decisões justas e imparciais é importante para o comércio internacional deste país, e a divulgação completa é integral à integridade da decisão do painel. Devido ao aumento das transações internacionais e ao correspondente aumento das disputas, é crucial que exista um requisito de aparência de imparcialidade nas arbitragens conduzidas nesta jurisdição, e que os tribunais tomem ações projetadas para assegurar às entidades estrangeiras que as arbitragens nos Estados Unidos estão livres da sugestão de parcialidade (CASELAW, 2007).

Há uma frase atribuída a Rui Barbosa na Conferência de Paz de Haia na qual se afirma que "a arbitragem vive da confiança"⁷. Não há dados da verdadeira autoria da frase, mas ela é verdadeira em sua essência. A confiança das partes envolvidas no processo

⁷ A frase "a arbitragem vive da confiança, o judiciário da obediência" é frequentemente atribuída a Rui Barbosa na 2ª Conferência de Paz de Haia em 1907. O que se tem, na verdade, são mensagens telegráficas trocadas entre os principais atores brasileiros na 2ª Conferência Internacional da Paz, o Barão do Rio Branco e Rui Barbosa já que este último não participou do referido encontro. Sobre o tema vale a leitura do documento elaborado pelo Centro de História e Documentação Diplomática editado pela Fundação Alexandre de Gusmão. Disponível em <https://funag.gov.br/biblioteca-nova/produto/1-157-conferencia-da-paz-haia-1907-ii-a-correspondencia-telegrafica-entre-o-barao-rio-branco-e-rui-barbosa> acesso em 31 de outubro de 2023

arbitral é fundamental, e qualquer fator que possa minar essa confiança deve ser abordado de maneira transparente e proativa para garantir a integridade do processo.

A busca pela imparcialidade precisa ser vista como um equilíbrio delicado entre preservar a originalidade cognitiva ou o status quo e adotar novas ideias a partir do que é apresentado no decorrer do processo. Uma análise detalhada e reflexiva dos fatos, argumentos e provas apresentados é fundamental para resolver conflitos de forma adequada. Isso não apenas traz segurança para as partes envolvidas, mas também fortalece a confiança da comunidade jurídica na arbitragem, reduzindo a possibilidade de nulidades.

A questão foi bem colocada por Pedro Baptista Martins ao afirmar que a confiança é essencial na arbitragem, especialmente na relação entre árbitro e partes, pois é o principal elemento que possibilita a solução de conflitos fora do sistema judicial. Essa confiança só pode ser estabelecida e avaliada pelas partes através do cumprimento do dever legal de revelação, e arremata "Sem maiores delongas, não houvesse o *duty of disclosure*, a arbitragem estaria fadada ao insucesso. Ao fracasso. Ela não sobreviveria; sequer existiria" (MARTINS, 2013, p. 220)

Um árbitro apenas pode ser recusado se existirem circunstâncias que possam suscitar *dúvidas justificáveis* sobre sua imparcialidade ou independência, ou se não possuir as qualificações acordadas pelas partes (RU, art. 12(1)).

O termo "dúvidas justificáveis" (*justifiable doubts*) foi implementado tanto pelas regras de arbitragem do Tribunal Permanente de Arbitragem (PCA) quanto pelas Regras de Arbitragem do Tribunal de Arbitragem Internacional de Londres (LCIA); também se encontra presente no Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comercio Internacional (CCI) o que revela um verdadeiro padrão internacional na regulação do tema⁸.

O termo 'dúvida justificada' adiciona uma especificidade ao conceito de 'dúvida'. Esta última denota um estado de incerteza ou vacilação mental em relação à verdade, realidade ou característica de algo ou alguém. É marcada pela dificuldade de formar uma impressão que dissipe a sensação de insegurança. Etimologicamente significa 'hesitar, questionar, permanecer incerto', sugere-se que a dúvida está intrinsecamente ligada ao processo de avaliação. No referido contexto, a 'dúvida justificada' implica uma preocupação fundamentada quanto à capacidade do indicado a árbitro de desempenhar suas funções com a imparcialidade exigida de um julgador.

⁸ Cf. PCA, art. 12(1); LCIA, art. 10.1; CCI, art. 11.2

Por tal razão, a doutrina entende que o critério para avaliar a "*dúvida justificável*" deve ser *objetivo*, analisando as circunstâncias do caso concreto para verificar se uma pessoa, colocada na mesma situação, teria razões para duvidar da imparcialidade do árbitro (SUBRAMANIAN, 2022, p. 120)

Essas regras garantem às partes envolvidas em um processo de arbitragem mecanismos apropriados para buscar o afastamento de um árbitro que, por um motivo ou outro, possa *parecer* incapaz de resistir ao impulso de favorecer alguma das partes; reconhece que há situações em que, com base nas experiências e na prática, é altamente improvável que o árbitro consiga permanecer imune aos fatores que possam influenciá-lo a favorecer algum dos litigantes. Nesses casos, o próprio sistema, em algumas ocasiões, atribui ao árbitro a responsabilidade de se abster de atuar no processo, independentemente de qualquer provocação por parte das partes envolvidas (MOREIRA, 2001, p. 19).

O ponto relevante da questão, é que não basta o árbitro ser imparcial, ele também precisa *parecer* imparcial, conforme bem apontou Blackaby o conceito de imparcialidade "está relacionado com o viés real ou aparente de um árbitro" (BLACKABY, 2023).

Realmente, o que provoca dúvida é a *aparência*, a dúvida pode ser confirmada ou não, mas a mera desconfiança provoca estímulos negativos nas partes, um receio de julgamento injusto; busca-se evitar criar uma percepção na mente de uma pessoa comum de que o pedido não será apreciado de modo imparcial.

A credibilidade na arbitragem como meio de solução de disputas só se sustenta pela confiança dos seus usuários, mas também pelas instituições públicas, com destaque para o Judiciário que pode exercer controle *a posteriori* das sentenças arbitrais. A expressão confiança, essencial para a imparcialidade na arbitragem, vem do latim "*confidentia*", que significa "ter plena fé". Composta pelo prefixo "*con-*", que indica totalidade, e "*fidere*", que se traduz como "confiar". Confiança reflete o estado ideal em que a imparcialidade deve se localizar.

A percepção pública dos árbitros e das instituições arbitrais como decisores neutros e apolíticos tem sido alvos de críticas nos últimos anos. A frequente interação entre advogados, árbitros, peritos, pareceristas e outros envolvidos no processo arbitral é por vezes percebida negativamente diante do risco de se comprometer a credibilidade da arbitragem. Uma preocupação específica é a prática conhecida como "porta-giratória da

arbitragem" (*revolving door*), onde profissionais desempenham múltiplos papéis (árbitro, advogado e parecerista em diferentes casos) o que é visto com bons olhos, por sugerir um conflito de interesses e questionar a imparcialidade do processo (PARENTE, 2023). Seja como for, a legitimidade das instituições de arbitragem internacional enfrenta desafios de diversos grupos, desde acadêmicos, políticos, até stakeholders globais⁹.

A relevância da aparência pode ser encontrada em regras e *soft-laws* que abordam o tema as quais empregam a expressão "*aos olhos das partes*" para enfatizar a importância da percepção das partes envolvidas no processo. Um exemplo claro dessa ênfase é o art. 11.2 da CCI¹⁰ e nas Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional¹¹.

A aparência é captada pela parte, é captada pelos seus sentidos; influencia sua percepção em diversos níveis, sejam eles físicos, emocionais ou mentais. A percepção da imparcialidade do árbitro vai além da mera impressão inicial, é observada pelo seu comportamento no exercício de sua função e envolve também representações mentais e simbólicas que as partes constroem acerca do arquétipo do julgador. Essa imagem mental do árbitro, construída a partir de sua postura, suas decisões e seu comportamento em geral,

⁹ "A Vale deixou de usar a arbitragem para solução de conflitos em seus contratos porque, segundo a empresa, há problemas recorrentes na imparcialidade dos árbitros que integram esses tribunais privados. "Temos feito, lamentavelmente, inúmeras impugnações [de árbitros] porque descobrimos situações não reveladas e que criam evidentes conflitos de interesse", disse D'Ambrosio em sua apresentação. Segundo ele, a Vale tem enfrentado casos "escabrosos", por conta da falta de ética na imparcialidade dos árbitros" Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painelsa/2023/10/vale-veta-arbitragens-por-falta-de-imparcialidade-d-e-arbitros.shtml> Sobre o tema, foi noticiado que "somente em duas das arbitragens, a Vale já apresentou 508 questionamentos aos árbitros, "todos eles genéricos, desconexos e impertinentes"; forçou a suspensão duas vezes da reunião para assinatura do termo de arbitragem; e vem fazendo questionamentos, considerados injustificáveis pelos advogados, ao presidente da CAM. A Vale continua em sua incessante litigância de má-fé para sabotar o instituto da arbitragem e descumprir a obrigação de arbitrar seus litígios em face de seus próprios acionistas", <https://oglobo.globo.com/blogs/capital/post/2022/10/a-disputa-em-torno-das-arbitragens-de-investidores-contr-a-vale-tres-anos-depois.ghtml> acesso em 14 de novembro de 2023.

¹⁰ "Antes da sua nomeação ou confirmação, a pessoa proposta como árbitro deverá assinar declaração de aceitação, disponibilidade, imparcialidade e independência. A pessoa proposta como árbitro deverá revelar por escrito à Secretaria quaisquer fatos ou circunstâncias cuja natureza possa levar ao questionamento da sua independência aos olhos das partes, assim como quaisquer circunstâncias que possam gerar dúvidas razoáveis em relação à sua imparcialidade. A Secretaria deverá comunicar tal informação às partes por escrito e estabelecer um prazo para apresentarem os seus eventuais comentários." (grifo nosso)

¹¹ "Se existirem factos ou circunstâncias que possam, aos olhos das partes, suscitar dúvidas quanto à imparcialidade ou independência do árbitro, cumpre ao árbitro revelá-los às partes, à instituição arbitral ou a outra autoridade responsável pela nomeação (se existir, e se assim for requerido pelas regras institucionais aplicáveis) e aos co-árbitros, se os houver, antes de aceitar a sua nomeação ou, se já tiver ocorrido a aceitação, assim que deles tiver conhecimento."

contribui de maneira significativa para a solidificação da confiança das partes e do Judiciário no instituto.

A preocupação com a aparência de imparcialidade, originária do sistema *common law*, também é percebida na seara arbitral. Exige-se que tanto julgadores e tribunais *demonstrem* imparcialidade. Para tanto, é realizado um exame objetivo da imparcialidade, que se fundamenta na existência de dúvidas razoáveis sobre a capacidade do órgão julgador de proferir uma decisão imparcial; o objetivo é determinar se as alegações feitas pela parte que se considera prejudicada são capazes de criar dúvidas justificadas sobre a imparcialidade do julgador. Sendo estas dúvidas justificadas o resultado é o afastamento do árbitro do caso (BAM, 2011).

No caso *Re v. Sussex Justices Ex p. McCarthy* se estabeleceu um critério chave em imparcialidade, em seu voto Lord Hewart afirmou que a justiça não só deve ser feita, mas também deve ser *claramente percebida* como tal. Isso significa que não basta o julgador ser de fato imparcial em relação ao caso; é essencial que essa imparcialidade seja evidente e visível¹².

A garantia de imparcialidade do árbitro, tanto real quanto aparente, trouxe diversos debates em âmbito jurisprudencial. O judiciário inglês tardou para definir um critério específico para avaliar a aparência de imparcialidade do árbitro. Duas abordagens principais surgiram: o '*real likelihood test*' e o critério de '*reasonable suspicion*'. O critério de probabilidade real (*real likelihood test*) classifica um árbitro como parcial se houver uma probabilidade real ou um risco concreto de viés. Já o critério de suspeita razoável (*reasonable suspicion*) considera a mera suspeita de parcialidade aos olhos de uma pessoa razoável¹³.

Inicialmente, a adoção do critério mais rigoroso de '*reasonable suspicion*' resultou na anulação de muitas sentenças por indícios superficiais de parcialidade. Para evitar a instabilidade nos resultados da arbitragem, os tribunais ingleses passaram a utilizar predominantemente o '*real likelihood test*'. A discussão nos tribunais atingiu seu ponto alto no caso *Re v. Gough*, onde se decidiu que o teste apropriado em situações de aparente parcialidade de um julgador é o de real perigo de prevenção. Este critério exige um aplicação objetiva, baseada na perspectiva de uma pessoa razoável colocado na posição da

¹² Disponível em <https://ministryofjustice.co.uk/r-v-sussex-justices-mccarthy-1924/> acesso em 22 de novembro de 2023

¹³ Disponível em <https://vlex.co.uk/vid/r-v-sawyer-793127253> acesso em 22 de novembro de 2023

parte interessada, levando em consideração seu conhecimento do comércio e práticas comuns de resolução de disputas no setor.

Já no caso *Offut v. United States* a Suprema Corte Norte Americana destacou a importância da comportamento adequado por parte dos juízes e o seu dever de manter o que denominaram de "comportamento judicial convencional" no processo para garantir a imparcialidade aos olhos dos cidadãos. Nesse caso, enfatizou-se a necessidade de os juízes se absterem de reagir com base em sentimentos pessoais e a importância de manter a aparência de justiça, evitando qualquer percepção de parcialidade ou vindicação pessoal.

No caso *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty*, um subcontratado processou o contratante principal por valores não pagos relativos a um trabalho de pintura. O terceiro árbitro que compunha o painel tinha um vínculo comercial ocasional com o contratante principal. A parte sucumbente tentou anular a sentença arbitral, mas a Corte de Apelações confirmou a decisão de primeira instância de não anular a decisão de arbitragem. O caso foi levado à Suprema Corte, que, por maioria de votos, decidiu anular a sentença arbitral. De acordo com a lei americana, especificamente na Seção 10, há autorização para anulação de uma decisão de arbitragem se houver parcialidade evidente (*evident partiality*) entre os árbitros. Foi apontado também que as regras da Associação Americana de Arbitragem (AAA) e os cânones da ética judicial enfatizam a necessidade de evitar até mesmo a aparência de parcialidade. Segundo a decisão, é dever do árbitro revelar quaisquer fatos que possam gerar uma "impressão de possível tendenciosidade" (*impression of possible bias*), a fim de garantir a integridade e a imparcialidade do processo arbitral. Este caso estabelece um precedente importante ao enfatizar a necessidade de transparência e revelação completa de potenciais conflitos de interesse pelos árbitros.

No caso *Halliburton Company v. Chubb Bermuda Insurance Ltd* a Suprema Corte inglesa traz esclarecimentos interessantes para abordagem da questão, de acordo com decisão do caso dito ser fundamental compreender que a imparcialidade é um pilar na atuação de juízes e árbitros; um árbitro, mesmo que não esteja sujeito a qualquer tipo de viés, também deve se abster de demonstrar qualquer *aparência de parcialidade*, posto que é imperativo que a justiça seja não apenas feita, mas também *percebida* como tal pela sociedade. A Corte levou a efeito ainda apontamentos feitos por instituições de arbitragem, incluindo argumentos de que em determinados tipos de arbitragem (como aquelas

administradas pela CCI), é incomum ter múltiplas nomeações, o que tornaria mais suscetível a levantar suspeitas sobre a aparência de imparcialidade.

Nesse caso a Suprema Corte inglesa, por maioria, estabeleceu que o fato de o árbitro não ter divulgado informações relevantes foi considerado um equívoco, porém, isoladamente, não era suficiente para justificar sua remoção do função de árbitro. O tribunal enfatizou que a imparcialidade de um árbitro deve ser analisada a partir da perspectiva de um observador bem-informado e imparcial.

No voto divergente proferido por Lord Mance, sustentou-se que a omissão do árbitro em divulgar sua nomeação em casos relacionados constituía motivo legítimo para suspeitas fundamentadas em relação à sua imparcialidade. O magistrado destacou a importância do dever de revelação como meio de preservar a confiança das partes envolvidas na arbitragem. De acordo com o voto, a nomeação em casos relacionados sem a devida divulgação comprometia a aparência de imparcialidade por parte do árbitro e essa falha na divulgação era suficiente para justificar a remoção do árbitro.

Recentemente no Brasil a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu suspender os efeitos de uma determinada sentença arbitral¹⁴. A suspensão ocorreu devido a uma alegada violação do dever de revelação por parte de um árbitro e um co-árbitro envolvidos no caso. O relator do caso, apontou que existem indícios suficientes que sugerem a possibilidade de tal descumprimento, mencionando um envolvimento que, embora não seja uma certeza, configura-se como uma *probabilidade*. No caso específico, foi identificado que o arbitro presidente recebeu procuração de ambas as partes envolvidas no litígio arbitral nos anos de 2009 e 2011, período em que era sócio de seu antigo escritório de advocacia. Além disso, constatou-se que ele atuou em favor de uma das partes em um processo perante o Superior Tribunal de Justiça. Esta situação levantou questionamentos quanto à imparcialidade do árbitro, uma vez que seu envolvimento prévio com as partes aparentaria possível influencia sua atuação na arbitragem¹⁵.

¹⁴ TJSP, Agravo de Instrumento nº 2272139-63.2022.8.26.0000, Rel. Grava Brazil, j. 28.3.2023

¹⁵ Na ocasião, o referido árbitro justificou que: "Como meu atual escritório recebeu em sua base de dados apenas os casos em que eu atuava quando da cisão, não me ocorreu fazer essa pesquisa à época em 2015, quando respondi ao questionário, tendo em vista que já havia me desligado daquele escritório e de todas as causas e clientes que não migraram para meu escritório. Desde abril de 2013, portanto, não tenho nenhuma relação profissional com o escritório [M. e D.] e nem com seus clientes. Não tenho nenhuma relação com as partes nem com as matérias deste procedimento n. 373/2015. Nada tenho a revelar quanto aos demais árbitros e advogados das partes e de suas bancas de advocacia que possa causar dúvida quanto à minha imparcialidade

Em outro caso sensível analisado pelo Judiciário brasileiro destaca-se o *Brandao & Valgas Servicos Medicos Ltda v. Esho S.A.* Em 2017, um médico assumiu a liderança científica do Grupo Oncoclínicas e, no mesmo ano, estabeleceu um contrato de consultoria em oncologia com uma operadora de planos de saúde. Em 2019, o profissional reportou ao setor de compliance da operadora um esquema de fraude em tratamentos oncológicos, envolvendo cobranças reduzidas para pacientes de renda média e baixa por uma terceira empresa. Após a denúncia, o médico enfrentou retaliações e acusações de má conduta pela operadora, resultando na rescisão do seu contrato em 2020 por justa causa. O médico iniciou uma arbitragem, reivindicando a injustiça da rescisão contratual e a compensação por multa contratual. A operadora alegou que houve motivos para a rescisão. A decisão arbitral foi contra o médico, condenando-o ao pagamento de multa. Posteriormente, surgiram evidências de que o árbitro indicado pela operadora pode não ter revelado informações relevantes sobre sua atuação e de suas relações com um das partes, levantando dúvidas sobre a imparcialidade do julgamento. No primeiro e no segundo grau a sentença arbitral foi mantida¹⁶. Um dos fundamentos do tribunal paulista foi de que após a análise do mérito da Sentença Arbitral, não estava comprovada a alegação de que a omissão do dever de revelação teria impactado a imparcialidade ou independência do árbitro. O médico apresentou Recurso Especial que ainda está pendente de julgamento, mas em sede de tutela provisória a Ministra Nancy Andrighi deu efeito suspensivo ao mencionado recurso por entender que existia haviam argumentos substanciais relacionados à falha do árbitro em cumprir seu dever de revelação. O processo ainda não foi julgado, mas trata-se de um dos casos recentes mais emblemáticos já julgados pela STJ e certamente formará um precedente importante para judiciário brasileiro como um todo.

No conhecido Caso Abengoa¹⁷, o Superior Tribunal de Justiça analisou questões relevantes sobre a imparcialidade do árbitro, relacionadas à falha no dever de revelação. No procedimento arbitral de origem, um dos árbitros, enquanto presidia um tribunal arbitral, não revelou às partes informações pertinentes que poderiam comprometer sua

para atuar na presente arbitragem. Tenho relacionamento profissional e acadêmico ocasional não frequente tanto com os co-árbitros, como com os advogados das partes, mas nada que tenha relação com a matéria ou as partes desta arbitragem que implique o dever de revelação, conforme o disposto no art. 14 da Lei da Arbitragem (Lei n. 9307/1996), no art. 144 do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) e no regulamento do procedimento arbitral da CIESP/FIESP”

¹⁶ TJ-SP - AC: 10976213920218260100 SP 1097621-39.2021.8.26.0100, Relator: Jorge Tosta, Data de Julgamento: 22/11/2022, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 07/12/2022

¹⁷ STJ, SEC nº 9.412/EX, Rel. Min. Felix Fischer, Rel. Acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 19.4.2017;

imparcialidade. Essas informações incluíam o envolvimento de seu escritório de advocacia em negociações e transações financeiras com empresas relacionadas a uma das partes no processo de arbitragem. Em nossa percepção, a falha em cumprir o dever de revelação comprometeu a confiança das partes no julgador e, conseqüentemente, o devido processo legal, acarretando a nulidade da sentença arbitral e sua absoluta incompatibilidade com a ordem pública internacional brasileira. Na decisão, o Judiciário brasileiro demonstrou uma postura rigorosa em relação à necessidade de transparência e clareza nas revelações prestadas pelos árbitros, a fim de garantir não apenas a confiança no julgador e sua decisão, mas também a integridade do próprio processo de arbitragem.

Em outra situação, um parte requerida iniciou um procedimento arbitral relacionado a um contrato de mandato de intermediação para a captação de recursos financeiros. Durante o processo, após a emissão da sentença arbitral, uma das partes interpôs uma ação anulatória. Nesta ação, alegou-se que a árbitra, em nenhum momento do processo arbitral, informou às partes, em especial à autora, sobre sua relação íntima, pessoal e profissional com o advogado da parte requerida. Esse fato não revelado gerou dúvidas sobre a imparcialidade da árbitra na decisão. Ao revisar o caso, o Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou a decisão da primeira instância e anulou a sentença arbitral. A decisão baseou-se nas provas contundentes de parcialidade da árbitra, nomeada pela entidade de arbitragem. A omissão no dever de revelação foi vista como uma violação aos princípios de igualdade entre as partes, à imparcialidade do árbitro e ao seu livre convencimento, princípios esses fundamentais e exigidos pelo artigo 21, parágrafo 2º, da Lei nº 9.307/96¹⁸.

Outro caso relevante sobre o dever de revelação julgado pelos tribunais brasileiros é o L. H. DE S. F. v. B. I. P. E A. S/A. Esta é uma apelação cível que aborda a falta de revelação pelo Presidente de um Tribunal Arbitral, em uma arbitragem administrada pela CAM-CCBC. A ação anulatória da sentença arbitral final foi inicialmente julgada improcedente, mas foi revista pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, que deu provimento à apelação. Alega-se que a falha do árbitro em revelar seu envolvimento em outra arbitragem, indicado pela parte contrária, comprometeu sua imparcialidade. De acordo com os relatos, a omissão do árbitro em revelar sua participação em outra arbitragem relacionada expôs as partes a argumentos unilaterais, comprometendo sua

¹⁸ TJSP, Apelação Cível nº 1121216-09.2017.8.26.0100, Rel. Des. Adilson de Araujo, j. 19.2.2019

imparcialidade. Isso resultou em um tratamento desigual das partes levantando questionamentos quanto à validade da sentença emitida. Conforme a decisão do Relator Fortes Barbosa, a comunicação tardia e inadequada pelo árbitro acerca de sua participação em outro procedimento arbitral envolvendo a apelada fez com que o apelante descobrisse tal situação somente após a sentença arbitral, sem que houvesse prova do conhecimento prévio do apelante sobre a atuação dupla do árbitro. Essa circunstância, que segundo o voto “não pode ser tida como normal e corriqueira” e evidenciou uma quebra do dever de revelação, representando uma falha significativa que abala a confiança no processo arbitral e afeta gravemente a integridade e a validade da sentença arbitral proferida¹⁹.

Por fim, vale ressaltar que é imprescindível que a eventual atuação conjunta de um indivíduo como árbitro e outro como advogado dentro de uma mesma instituição educacional seja prontamente comunicada às partes no início de um procedimento arbitral. Essa informação não pode ser omitida; na verdade, o descumprimento desse dever de revelação configura violação e nulidade de uma sentença arbitral. Nesse sentido, a 14^a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo ratificou uma sentença de primeira instância, reforçando a importância da transparência e imparcialidade no exercício da função de árbitro. Parece que o ponto central da questão não está em avaliar a extensão do possível vínculo entre os profissionais, mas sim em garantir a informação clara sobre sua existência. Trabalhar no mesmo ambiente não necessariamente implica em proximidade; na verdade, dependendo do tamanho da instituição, é possível que os professores mal se conheçam. No entanto, uma exposição detalhada da atuação profissional do árbitro e a transparência das informações solicitadas pelas partes sobre sua atuação podem ser soluções interessantes para evitar esse tipo de problema.

Como se pode perceber, a imparcialidade de um árbitro é fundamental para a integridade arbitragem como um todo. Para garantir essa imparcialidade, é essencial que questões potencialmente suspeitas sejam explicadas de forma clara pelo árbitro. Isso significa que a dúvida razoável sobre a imparcialidade de um árbitro deve ser esclarecida imediatamente, ou tão logo ela surja no procedimento.

De fato, há situações mais complexas em que um árbitro deve reconhecer que certas circunstâncias, por si só ou em conjunto com outras, podem levantar dúvidas

¹⁹ TJSP, Apelação Cível nº 1056400- 47.2019.8.26.0100, Rel. Des. Fortes Barbosa, j. 25.8.2020

legítimas sobre sua imparcialidade, especialmente se essas questões forem descobertas posteriormente. Os árbitros têm a dever de serem transparentes e divulgar qualquer informação relevante que possa aparentemente afetar sua imparcialidade, mesmo que inicialmente essas questões não pareçam problemáticas ou que não provoquem qualquer receio perante as partes.

A dúvida é a “quase-desconfiança”, é a “confiança em risco”, é a “hesitação na certeza”. O remédio para a desconfiança e o antídoto para que a dúvida não seja tenha a qualificadora de “justificada” é a revelação do árbitro. O sistema impõe ao julgador o *dever* de revelar; esclarecer, expor, apresentar para as partes *qualquer* circunstância, fato ou informação que possa suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade.

As regras de arbitragem, notadamente aquelas de órgãos institucionais devem ter preocupação com o tema, visto que o risco de imparcialidade muitas vezes deve ser suficiente para afastar o árbitro. De fato, é preferível afastar o profissional do que manchar a imagem do órgão que está administrando a arbitragem; é preferível evitar a nulidade da sentença do que o mercado tomar conhecimento de que a instituição, por meio de suas instâncias deliberativas, optou por manter um julgador questionado. Árbitros parciais ou quase imparciais representam insegurança jurídica, simbolizam risco e o ambiente econômico possui naturalmente aversão ao risco (VARIAN, 2013).

Espera-se um prévio controle de seriedade do candidato a árbitro exercido pelas partes ou pela autoridade de nomeação, mais ainda: há um *autocontrole* de seriedade que o acompanhará até o fim do procedimento; como dito acima, o árbitro deve ser investigador, avaliador e crítico de seu próprio histórico.

Acreditamos que ser *esteticamente imparcial* é valorizar a percepção das partes de que o árbitro é verdadeiramente isento, sem envolvimento prévio com o caso ou com as pessoas nele envolvidas, de modo a evitar qualquer contaminação de sua imparcialidade e possíveis prejuízos cognitivos (NAPPERT, 2010).

Por essa razão a omissão por parte do árbitro, ocultando informações, relacionamentos, dados, casos e atividades nos seus esclarecimento representa falha no dever de revelação, essa falha não deve ser classificada como um simples deslize, uma leve imprudência ou como algo que não prejudica a imparcialidade ainda que em julgamento colegiado. Ao contrário, ela representa uma falha significativa, um vício insanável e inobservância de uma das garantias mais basilares do devido processo legal tendo

implicações substanciais na percepção de imparcialidade do julgador e na integridade do processo arbitral.

É essencial considerar a prática dentro dos limites sugeridos pelas Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesse em Arbitragem Internacional, mas até mesmo eles guardam imperfeições e relativizam situações que devem ser evitadas. De todo modo, essas diretrizes fornecem um quadro para avaliar situações em que a imparcialidade de um árbitro pode ser questionada, reconhecendo a realidade do mercado de arbitragem onde é comum que profissionais se encontrem em diversas capacidades em múltiplas ocasiões. As Diretrizes reconhecem a inevitabilidade de certos cruzamentos profissionais em um campo tão especializado, mas sublinham a importância da transparência e honestidade na divulgação de quaisquer conflitos potenciais.

Assim, embora o ideal de evitar qualquer envolvimento prévio com as partes envolvidas seja fundamental para garantir a imparcialidade, na prática, a aplicabilidade dessa regra deve ser moderada pela realidade do mercado e, mais importante, pela transparência e pelo cumprimento efetivo do dever de divulgação. Em circunstâncias onde procedimentos anteriores são não relacionados e envolvem partes distintas, as diretrizes sugerem que não é necessariamente obrigatório para um árbitro recusar uma nomeação, desde que as divulgações apropriadas sejam feitas em resposta às consultas das partes e seus advogados, e que a imparcialidade possa ser garantida sem dúvidas razoáveis.

Para mitigar questões relacionadas aos cruzamentos profissionais em um mercado tão restrito, parece necessário considerar algumas medidas:

a) Melhoria da Transparência e Regras de Conduta: É crucial aprimorar as normas que regem a transparência e conduta dos árbitros, garantindo que informações sobre seu histórico profissional, comercial e acadêmico sejam acessíveis. Uma solução viável é o uso de bancos de dados estabelecidos como *Kluwer Arbitration* e *Jusmundi*, que facilitam esse acesso.

b) Implementação de um Mecanismo de Avaliação: Deve ser estabelecido um mecanismo de avaliação que permita às partes envolvidas na arbitragem avaliar qualitativamente o desempenho dos árbitros após cada procedimento. Isso contribui para a melhoria contínua da qualidade dos serviços de arbitragem.

c) Estabelecimento de um Sistema de Revisão Periódica: Regras institucionais, códigos de conduta e diretrizes devem ser regularmente revisados, com base nas mudanças no mercado de arbitragem, decisões judiciais relevantes e experiências acumuladas. Isso promove uma verdadeira cultura de integridade e adaptação às necessidades emergentes.

d) Expansão do Mercado para Novos Profissionais: Para enfrentar os desafios de imparcialidade associados ao envolvimento prévio dos árbitros, é crucial expandir o mercado acolhendo novos profissionais com formação específica e promovendo ativamente a diversidade. Alargar o conjunto de árbitros, aumentando a diversidade de conhecimentos e experiências, aumenta a probabilidade de selecionar árbitros qualificados sem vínculos prévios com as partes envolvidas, fortalecendo assim a imparcialidade do processo.

A omissão pelo árbitro, ocultando informações, relacionamentos, dados, casos e atividades em suas declarações representa uma falha no dever de divulgação. Esta falha não deve ser classificada como um mero deslize, uma leve imprudência ou como algo que não afeta a imparcialidade mesmo em um julgamento colegiado. Ao contrário, representa um erro significativo, um defeito incurável e intolerável e uma não conformidade com uma das garantias mais básicas do devido processo legal, tendo implicações substanciais na percepção da imparcialidade do julgamento e na integridade do processo de arbitragem. Portanto, em nossa visão, é razão suficiente para que o árbitro seja imediatamente removido do procedimento e, em última instância, para que suas decisões e sentença sejam anuladas. Isso previne um mal maior: o enfraquecimento do dever de divulgação e a incerteza jurídica das sentenças arbitrais.

Por essas razões entendemos que a violação do dever de revelação constitui por si só uma causa para invalidar a sentença arbitral. No direito brasileiro o tema está explícito no art. 32, II da Lei 9.307/96. Trata-se de questão uma questão lógica-consequencial: ou existe violação do dever de revelação ou não. Não cabe ao Judiciário investigar a existência de provas concretas de parcialidade ou fazer uma apuração da sentença para extrair dela indícios de parcialidade.

No caso mencionado de Brandao & Valgas Serviços Médicos Ltda v. Esho S.A, um dos votos dissidentes da maioria que manteve a validade da sentença arbitral indicou,

em nossa visão corretamente, precisamente essa questão: a omissão no dever de divulgação e que isso, por si só, é causa suficiente para invalidar todo o processo de arbitragem, sem necessidade de demonstrar a influência dessa omissão no resultado da arbitragem. Segundo o Juiz Ricardo Negrão,

cabe apenas ao Judiciário dizer se houve desrespeito ao dever formal de divulgação, ou seja, se a informação já não era pública e se é pertinente (ou relevante para a aceitação ou não aceitação), mas nunca concluir que a violação ocorreu, ainda sem prova de que produziu um resultado prejudicial ao processo. A violação do dever de divulgação é por si só uma causa de invalidade de todo o processo. Ou há ou não há violação do dever de divulgação. O Judiciário não pode indagar sobre a existência de prova de parcialidade ou dependência.²⁰

A regra não menciona o dever de divulgação porque simplesmente não precisa. Somente aqueles que cumprem plenamente os deveres contidos nos Artigos 13 e 14 da Lei de Arbitragem Brasileira podem servir como árbitros, entre os deveres mencionados estão a imparcialidade e o dever de divulgação. A falha em qualquer um desses remove a capacidade de julgar adequadamente o conflito, e a quebra de confiança viola uma das condições estabelecidas pela legislação para o exercício da função. Além disso, a confiança no árbitro não é apenas em relação à parte que o nomeou; a expressão "partes" (no plural) no Artigo 13 indica que todos os envolvidos devem confiar no árbitro, independentemente de terem sido nomeados pelo requerente, pelo réu ou designados pela instituição arbitral ou autoridade nomeadora.

A função do Judiciário se limita a determinar se a informação omitida era essencial para a aceitação do árbitro e se ela não foi disponibilizada aos litigantes antes da nomeação dos árbitros ou durante o andamento do processo. Mais ainda, o controle judicial das decisões arbitrais se limita exclusivamente a questões formais e, não custa lembrar: forma é garantia. Com efeito, não é adequado ao juiz ou tribunal avaliar o conteúdo ou o mérito das decisões tomadas pelo árbitro para somente a partir dessa análise extrair indícios e consequências da imparcialidade.

Ora, a violação do dever de revelação não precisa gerar prejuízo, não importa se durante o processo arbitral não ficou evidenciado comportamento tendencioso, tampouco importa se apenas um dos julgadores de um painel de três quebrou a confiança das partes e

²⁰ TJ-SP - AC: 10976213920218260100 SP 1097621-39.2021.8.26.0100, Relator: Jorge Tosta, Data de Julgamento: 22/11/2022, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 07/12/2022

muito menos importa se a abordagem dos fatos e provas demonstram um *actio bias* por parte do árbitro, nesse aspecto o suporte fático da nulidade da sentença arbitral é a falha no dever de revelação e não os efeitos possíveis e eventuais concretos da imparcialidade do julgador. O prejuízo decorre do 'pré-juízo' cognitivo a qual estava exposto o árbitro. Portanto, a demonstração de que o árbitro falhou em divulgar um fato relevante já é suficiente para questionar a higidez do processo arbitral.

O objetivo da norma relacionadas ao dever de revelação é estimular árbitro escolhido tenha e mantenha uma distância necessária apta a qualificá-lo como um julgador e não como um terceiro subjetiva ou objetivamente interessado, a fim de garantir a confiança das partes já que ter qualquer envolvimento direto ou indireto com os seus envolvidos ou com os possíveis desfechos faz com que o julgador privado se transforme em verdadeira parte processual, daí o motivo da imparcialidade ter estreita correlação com o exercício da função jurisdicional.

4. A imparcialidade subjetiva multidirecional

Destaca-se que a imparcialidade é desdobrado em três aspectos fundamentais: a *imparcialidade*, que assegura que o juiz não deve ser parte no processo e, portanto, enfatiza a proibição de realizar funções que competem às partes, implicando em não interferir em assuntos que não pertencem à sua função jurisdicional; a *imparcialidade*, que garante que o árbitro não deve possuir qualquer interesse subjetivo na resolução do litígio; e a *independência*, que assegura que o julgador deve atuar sem subordinação hierárquica em relação às partes e a instituições externas ao processo²¹.

Nesse momento analisaremos o primeiro tipo e seguiremos com a análise dos demais tópicos.

A seleção de árbitros qualificados é fundamental para a qualidade do processo arbitral. Busca-se profissionais que se destaquem como árbitros e advogados e que

²¹“De la mayor importancia es éste, que indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia). Lo mismo ocurre en la tarea de sentenciar: habida cuenta de que la sentencia es pura norma y no acto procesal, señalaré oportunamente cuáles son los principios respectivos” (ALVARADO VELLOSO, 2015, p. 191)

possuam profundo conhecimento do setor em que atua. Além disso, procura-se obter *feedbacks* concretos e informais sobre o desempenho de árbitros em casos anteriores. Na arbitragem envolvendo a Administração Pública ou de Investimento, esse processo é facilitado pela publicação das decisões.

No entanto, em arbitragens internacionais, essa tarefa torna-se mais complexa devido à falta de publicação de sentenças e outras decisões. Entre as exceções à prática comum de não divulgação de decisões em arbitragens internacionais, algumas circunstâncias se destacam. A primeira diz respeito aos regulamentos de arbitragem que autorizam a publicação de sentenças de forma anonimizada. A ICC (Corte Internacional de Arbitragem) e a ICCA (Associação Internacional de Consultores de Arbitragem) frequentemente publicam casos arbitrais anonimizados. A segunda envolve a recentemente publicada Resolução CVM 80/2 pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) para garantir que as partes interessadas sejam informadas sobre arbitragens relativas a questões corporativas. Além disso, a disseminação em sites governamentais oficiais de petições e decisões arbitrais em processos envolvendo entidades públicas já é observada em conformidade com a regra do art. 2º, §3º, da Lei de Arbitragem Brasileira. No entanto, as informações têm um custo e ele não é baixo. As partes e seus advogados dependem de suas redes de contatos, incluindo parceiros de outras empresas e escritórios de advocacia, para obter relatos de experiências anteriores com os árbitros candidatos em questão (D'SILVA, 2014, p. 610).

Os indivíduos que possuem o perfil adequado para serem indicados como árbitros frequentemente compartilham temas de especialidade e participam ativamente de comunidades de profissionais, sejam eles árbitros, acadêmicos ou advogados especializados em áreas específicas do direito.

Existem, por exemplo, redes de arbitragem especializadas em setores como energia, construção civil e infraestrutura, petróleo e gás, direito marítimo, seguros e resseguros, fusões e aquisições, direito societário, entre outros. Essas comunidades agrupam profissionais que se dedicam a temas substantivos específicos e, por isso, possuem o potencial para serem indicados como árbitros em casos relacionados a essas áreas.

Acreditar que um árbitro, que na maioria dos casos é um profissional de renome, não tenha influência sobre seus colegas e demais praticantes da área é ingenuidade. Conforme apontou Georges Abboud, entre os árbitros, observa-se o fenômeno do efeito

"aliança" (*Schulterschlusseffekt*) que descreve a tendência de um julgador, diante de uma questão complexa, basear sua decisão na avaliação prévia de alguém que ele considera competente. Com efeito, essa dinâmica pode potencialmente moldar o resultado do julgamento, destacando a importância de se atentar para as influências que podem afetar a imparcialidade do árbitro (ABBOUD, 2023).

Os principais protagonistas da arbitragem internacional têm um poder significativo derivado de sua posse de informações subjetivas sobre árbitros e instituições, fruto de sua ampla prática e vivência em variados procedimentos arbitrais. As avaliações subjetivas acerca dos candidatos a árbitros, sobretudo aquelas constituídas com base em experiências pessoais anteriores relativas ao desempenho destes, desempenham um papel significativo no exercício da autonomia das partes durante o processo de nomeação dos árbitros (D'SILVA, 2014, p. 620).

Ter acesso a essas informações, por meio de redes confiáveis compostas por indivíduos experientes, representa uma forma de poder. Isso porque tais informações normalmente são acessíveis apenas àqueles advogados e outros profissionais que possuem experiência direta e prévia com os árbitros em questão e que estão dispostos a compartilhar essas informações, auxiliando assim no processo de seleção e escolha dos julgadores (ZAKYA, 2021).

Daí o dever de revelação ser algo tão relevante e de ser exercido a qualquer tempo e sempre que as partes ou advogados e o próprio árbitro entender que é necessário esclarecer algo. Quanto mais transparente em relação à sua função, mais esteticamente imparcial será, quanto mais esclarecedor for a forma como foi escolhido e de onde veio mais aparente será sua imparcialidade, quanto mais *parecer imparcial* mais reforçada ficará sua capacidade para o exercício da função de árbitro, de julgador.

O papel do árbitro, exige um comprometimento com a igualdade de tratamento e atendimento em relação às partes e seus representantes envolvidos no processo arbitral. Assim como um juiz, o árbitro deve se distanciar das disputas, evitando que as identidades, os interesses e as táticas das partes influenciem suas decisões. O árbitro não deve permitir que suas preferências pessoais ou pressões interna ou externas interfiram em seu julgamento.

A "dúvida justificada", contida no Regulamento da UNCITRAL (e que ressoa nas regras e leis de arbitragem) em relação à imparcialidade do árbitro não se limita apenas às

relações pessoais existentes entre árbitros e partes, deve se levar em consideração também, e talvez com maior ênfase, as possíveis relações profissionais e institucionais entre o árbitro e outros procedimentos arbitrais que tenham o potencial de influenciar o julgamento em questão ou, ainda, os pontos e casos de contato que eventualmente possui com o advogado ou a banca de advogados da parte que o indicou, com os peritos, pareceristas e testemunhas que participarão do caso. Essa abordagem cuidadosa, ampla e multidirecional é essencial para garantir a integridade do arbitragem como um todo.

Portanto, o dever de divulgação é tão relevante e deve ser exercido a qualquer momento e sempre que as partes ou advogados e o próprio árbitro entenderem que é necessário esclarecer algo. Quanto mais transparente em relação à sua função, mais esteticamente imparcial ele será, quanto mais esclarecedor for o modo como foi escolhido e de onde veio, mais aparente será sua imparcialidade, quanto mais imparcial ele parecer, mais reforçada será sua capacidade para o exercício da função de árbitro, de juiz. Uma divulgação completa e honesta pelos árbitros durante o processo de seleção fortalece a confiança das partes na imparcialidade. O dever de divulgação é essencial neste contexto, pois permite que as partes tomem decisões informadas sobre o perfil e histórico dos árbitros, garantindo assim a integridade e a equidade do processo de arbitragem.

O papel do árbitro exige um compromisso com o tratamento igualitário e a atenção às partes e seus representantes envolvidos no processo de arbitragem. Como um juiz, o árbitro deve se distanciar das disputas, evitando que as identidades, interesses e táticas das partes influenciem suas decisões. O árbitro não deve permitir que suas preferências pessoais ou pressões internas ou externas interfiram em seu julgamento.

A "dúvida justificada" quanto à imparcialidade do árbitro não se limita às relações pessoais existentes entre árbitros e partes. Deve também levar em conta, e talvez com maior ênfase, as possíveis relações profissionais e institucionais entre o árbitro e outros procedimentos de arbitragem que têm o potencial de influenciar o julgamento em questão ou ainda os pontos de contato e casos que ele eventualmente tem com o advogado ou o escritório de advocacia da parte que o nomeou, com os peritos, assessores e testemunhas que participarão do caso. Essa abordagem cuidadosa, ampla e multidirecional é essencial para garantir a integridade da arbitragem.

Por essa razão, optamos por analisar e nos referir apenas à imparcialidade, considerando que a independência (ausência de qualquer relação econômica, afetiva, moral

ou social com as partes envolvidas, sem subordinação espiritual, financeira ou política a qualquer dos litigantes) representa a imparcialidade subjetiva, ou seja, não há distinção real entre ambas. A ausência de contraste é justificada tanto pela origem comum da necessidade de independência e imparcialidade quanto pela congruência das circunstâncias práticas em que ambas são encontradas. Na prática, se o legislador removesse o termo independência, isso faria pouca ou nenhuma diferença.

Na prática, a independência é um dos elementos da imparcialidade subjetiva. Um árbitro que não é independente, ou seja, está sujeito a influências externas ou internas, dificilmente poderá tomar decisões imparciais. Por exemplo, se um árbitro tem uma relação profissional, acadêmica ou financeira com uma das partes ou seus advogados, sua independência pode ser comprometida, o que, por sua vez, afetará sua imparcialidade subjetiva.

A falta de uma distinção real entre imparcialidade subjetiva e independência está fundamentada na unidade da fonte da exigência dessas qualidades e na semelhança das situações práticas enfrentadas tanto pelo juiz quanto pelo árbitro. A palavra "independência" origina-se do latim "*independens*", formada pelo prefixo "*in-*" (negativo) e "*dependens*" (particípio presente de "*dependere*", que significa "*depende*"). Assim, "independência" refere-se à condição de não depender de algo ou alguém. Por outro lado, a palavra "*imparcialidade*" origina-se do latim "*impartialitas*", formada pelo prefixo "*in-*" (negativo) e "*partialis*" (derivado de "*pars*", que significa "*parte*"). Portanto, "imparcialidade" significa a qualidade de não favorecer uma parte em detrimento de outra, permanecendo neutro e justo.

Tanto o juiz quanto o árbitro devem possuir independência e imparcialidade para cumprir seu papel como julgadores de terceiros. Essas qualidades não são apenas condições para sua intervenção, mas também para sua própria existência, já que uma terceira parte parcial ou dependente não pode exercer jurisdição. Embora a independência do juiz se relacione principalmente a outros poderes e agentes públicos e a do árbitro às partes, quaisquer interesses de terceiros e partes interessadas, ambas são cruciais para o livre exercício da imparcialidade. Assim, a falta de uma distinção real entre independência e imparcialidade é justificada pela unidade da instituição e pela impossibilidade de separar posições, o que significa que não pode haver um julgador independente e parcial ou um julgador dependente e imparcial.

Por esse motivo optamos por analisar e nos referir apenas à imparcialidade, tendo em vista que a independência (ausência de qualquer relação econômica, afetiva, moral ou social com as partes envolvidas, sem subordinação espiritual, financeira ou política a qualquer dos litigantes) representa a imparcialidade subjetiva, isto é, não há distinção real entre ambas (2009, p. 242; CLAY, p. 2012, p. 41). Realmente, a ausência de contraste se justifica tanto pela origem comum da necessidade de independência e imparcialidade quanto pela congruência das circunstâncias práticas em que ambos se encontram, na prática se o legislador retirasse o termo independência pouca ou nenhuma falta faria.

Por essas razões, o árbitro deve evitar relação de proximidade com as partes e com os advogados das partes (imparcialidade subjetiva). A imparcialidade do árbitro não estaria restrita apenas à sua relação com as partes envolvidas no litígio (*relação vertical*), mas também se estenderia à sua relação *com os advogados* das partes (*relação diagonal*) já que são eles, na maioria dos casos, a pesquisar, investigar, avaliar e indicar os julgadores e ainda com os demais atores da arbitragem (*relação multidirecional*) e demais sujeitos (co-árbitros, peritos, tradutores, etc.) que de alguma forma podem influenciar no julgamento.

5. A imparcialidade objetiva

Da mesma forma que ocorre com o juiz no âmbito judicial, o árbitro, enquanto terceiro imparcial, deve preservar a sua ignorância cognitiva em relação aos fatos, às provas e ao conteúdo probatório apresentado no caso. Apesar de ser eventualmente um especialista do tema em debate e um profundo conhecedor do assunto em abstrato, deve receber, pela primeira vez, as informações e condutas das partes como algo inédito e novo, não podendo ter tido contato prévio com o objeto da disputa.

As situações de suspeição ou impedimento de um árbitro não devem ser interpretadas de maneira estritamente formalista, limitando-se ao texto da lei processual. É fundamental considerar que um árbitro que se envolve pessoalmente na condução de estratégias probatórias e os caminhos da instrução, realizando atos típicos de parte, compromete significativamente sua habilidade de manter uma postura imparcial em relação às solicitações das partes.

A exegese do art. 14 da Lei de Arbitragem Brasileira, nos leva a crer que certas as circunstâncias de impedimento ou suspeição previstas no CPC não são exaustivas. Tais impedimentos podem ser identificados sempre que houver claros indícios de parcialidade do árbitro em relação a uma das partes ou ao objeto do processo arbitral. Isso se deve ao fato de que o objetivo primordial da tutela jurisdicional (no judiciário ou na arbitragem) é assegurar um julgamento por um juiz imparcial.

Acreditamos que o propósito e a essência do devido processo legal consistem em eximir o julgador da iniciativa de parte, com o objetivo de assegurar a imparcialidade em sua atuação. Isto é, condicionar a execução da justiça ao exercício de um direito exercido pelas partes. O sistema processual contemporâneo foi fortalecido e ganhou contornos mais nítidos, tornando inapropriado qualquer movimento iniciado de *ex officio*, com o intuito de tornar mais concretas e efetivas as garantias constitucionais do direito de defesa.

Há, aqui, um pressuposto essencial para a validade da relação processual arbitral. Uma garantia de qualquer pessoa (física ou jurídica, nacional ou estrangeira, pública ou privada) contra os eventuais excessos dos árbitros, sendo intrínseca à própria função jurisdicional.

A imparcialidade está intrinsecamente relacionada à isenção de ânimo no julgamento, ao desvinculamento do sujeito em relação aos interesses materiais em disputa. Logo, imparcialidade é sinônimo *distanciamento, desligamento, afastamento, indiferença* quanto ao êxito parcial ou total de uma ou outra parte na arbitragem. Sob essa ótica, imparcialidade impõe ao árbitro um protocolo de distanciamento (*Distanzgebot*) (CABRAL, 2007, p. 342).

A doutrina ao abordar o utiliza a expressão *equidistância*, cujo conceito está intrinsecamente ligado à criação de um ambiente propício para que o árbitro exerça sua função de maneira imparcial, mantendo-se equidistante dos interesses em conflito no caso submetido à sua apreciação; sua atuação deve pautar-se pela aplicação fiel das normas jurídicas pertinentes ao caso concreto, sem que sua interpretação e aplicação do direito sejam influenciadas por quaisquer elementos estranhos à causa. Isso garante que a sua decisão seja o resultado de uma análise jurídica criteriosa e desprovida de influências externas preservando a originalidade cognitiva (DANTAS, 2021).

É imperativo que não possua qualquer conhecimento antecipado sobre o tema em conflito. Tal ignorância se desvanece à medida que as partes trazem ao árbitro as provas

necessárias, permitindo-lhe adquirir o conhecimento imprescindível para emitir uma decisão justa e equânime. A imparcialidade do árbitro é classificada como *objetiva*, não se relacionando com a eventual ausência de vínculos jurídicos significativos entre ele e as partes ou outros interessados jurídicos na causa (CARON; CAPLAN, 2013, p. 389).

A imparcialidade objetiva está fundamentada na originalidade da cognição que o árbitro desenvolverá ao longo do caso, assegurando que não haja, seja de forma consciente ou inconsciente, a formação de qualquer convicção ou juízo prévio sobre os fatos a serem elucidados ou sobre a resolução jurídica do litígio em questão, possui, nesses termos, estreita correlação com o exercício da função jurisdicional.

O árbitro de emergência, especificamente designado para decidir questões antes da instauração propriamente dita na arbitragem, é uma medida interessante para preservar a originalidade cognitiva dos árbitros que compõem o painel arbitral *a posteriori*; evita-se que as interpretações subjetivas e tendenciosas dos fatos apresentados para a concessão de medidas de urgência contribuam para um possível efeito de viés de confirmação ou se tornem elementos co-constituintes irracionais que fundamentam implicitamente a decisão da sentença arbitral

6. A imparcialidade valorativo-probatória

Essa imparcialidade ainda se desdobra nos elementos apresentados como fatos, fundamentos jurídicos, pedidos e provas, assim como na avaliação da força conviccional de cada prova (*imparcialidade valorativo-probatória*). O árbitro deve considerar os aspectos culturais de cada modelo probatório sem atribuir-lhe preferência de um em detrimento do outro, como por exemplo, o árbitro do sistema *civil law* que, não acostumado a utilização do *discovery* opta por desconsiderar as provas produzidas nesse estilo e concentra suas atenções nas demais evidências ou, injustificadamente indefere um pedido para aplicação do método *hot tubbing* para produção de prova técnica por entender inaplicável ou atípico de acordo com a lei da sede.

A imparcialidade exige não apenas considerar as provas relevantes, mas também descartar aquelas sem valor probatório adequado, como as provas ilícitas. No sistema brasileiro, por exemplo, as provas ilícitas são totalmente excluídas por determinação constitucional. Contudo, existem situações em que os árbitros podem ser

influenciados por tais provas, seja através do uso discreto delas ou pela busca de resultados semelhantes por outros meios, isto é, se contamina com a prova obtida ilicitamente e tenta confirmar a informação nela contida por outros outros materiais probatórios disponíveis.

Não nos parece adequada a postura do árbitro que profira seu juízo pessoal acerca de provas que considera adequadas, tampouco a ele compete, invadindo o espaço que cabe apenas as partes, realizar sugestões para que postule medida que ao seu juízo entenda necessária. Enfim, não condiz com a imparcialidade o árbitro que, diante da inércia de uma das partes, defina estratégias probatórias fazendo recomendações para uma ou outra com fito de esclarecer fatos ou complementar informações.

O árbitro torna-se suspeito e impedido de atuar quando ultrapassa as atribuições de sua função ao tomar a iniciativa de realizar atos contra ou a favor de qualquer uma das partes. Essa conduta desvirtua completamente sua função na relação processual. A conduta do árbitro deve ser imparcial e tecnicamente orientada, visando assegurar a integridade do processo. Em nenhum momento deve haver manifestação de preferência ou inclinação por qualquer das partes envolvidas. Não pode atrair, insiste-se para si o interesse e as funções e o ônus probatório das partes, agindo como se fosse o representante de uma delas, ao promover medidas de ofício que em algumas ocasiões nem mesmo foram propostas pelos envolvidos.

Pode-se cogitar ainda que, para prevenir a parcialidade e a nulidade da sentença arbitral, o árbitro exposto a provas ilícitas seja afastado e substituído pelo eventual suplente. A solução pode parecer radical, mas, é prudente substituir o árbitro que tenha acesso a provas ilícitas antes que sua imparcialidade seja comprometida e para evitar anulação completa do processo arbitral. Afinal, é impossível (impossível!) exigir que ele desconsidere informações potencialmente esclarecedoras como uma confissão obtida gravação clandestina ou demonstração de culpa por uma gravação ambiental. Da mesma forma, o árbitro que presencia a coleta de prova oral deve evitar atribuir valor subjetivo a elementos não objetivos, como gestos, entonações, comportamentos dos expositores. Ao bem da verdade, o esforço pela imparcialidade não diz respeito apenas sobre o valor objetivo das provas, mas também em evitar dar peso a aspectos que não deveriam influenciar na decisão. Esse desdobramento da imparcialidade objetiva, assim, inclui tanto a não subvalorização quanto a não supervalorização das provas pelo árbitro (COSTA, 2021).

Por fim, ainda quanto a esse desdobramento da imparcialidade objetiva convém ponderar que o árbitro que decide conduzir uma prova *ex officio* sem solicitação das partes, cinco cenários são possíveis: i) comprovação de um fato que estabelece o direito do requerente; ii) comprovação de um fato que impede o direito do requerente; iii) comprovação de um fato que extingue o direito do requerente; iv) comprovação de um fato que modifica o direito do requerente; v) não comprovação de nenhum fato relevante. Se a dúvida do árbitro se limita à existência do fato que fundamenta o direito do requerente, o beneficiado é o requerente, pois os outros cenários seriam desnecessários e poderiam ter resultado na improcedência dos pedidos por falta de provas favorecendo o requerido. Similarmente, se a dúvida se refere a um fato que impede, extingue ou modifica o direito do requerente, o beneficiado é o requerido, pois a comprovação do fato constitutivo ou a ausência de prova relevante poderiam ter resultado na procedência da demanda. Em resumo, a condução de prova pelo árbitro beneficia a parte que deveria, mas não conseguiu, provar seu argumento. Nesse caso o árbitro atrai para si a carga probatória, quando ao bem da verdade quem precisa esclarecer os fatos são as partes e no limite desses fatos deve-se decidir a demanda.

Os árbitros não têm a obrigação de produzir provas. Se, no entanto, decidir fazê-lo, tal ação tende a favorecer a parte que falhou em cumprir seu dever de provar um direito ou um fato. Esta prática representa um claro risco à integridade do processo arbitral, pois pode resultar em um favorecimento a uma das partes. Essa abordagem mitiga o risco de incidentes e demandas anulatórias.

Sob ponto de vista do direito brasileiro, é necessário que os procedimentos arbitrais respeitem as garantias processuais. Não existe uma exigência para que a arbitragem seja voltada à descoberta da verdade. Importante é que o procedimento permita às partes exercerem seus direitos e garantias fundamentais, de modo que inexistente e tampouco deve ser fomentado um protagonismo do árbitro no processo (PEREIRA, 2020. p. 248).

7. A imparcialidade normativa

O árbitro também deve se abster de influenciar as regras de direito material aplicáveis (*imparcialidade normativa*) somente decidindo a respeito quando as partes o

autorizarem e apenas após sua prévia manifestação. O árbitro deve guiar-se pela semântica e pelos dos textos legais sem impor sua visão pessoal de justiça, evitando assim a criação, alteração ou omissão da lei. A interpretação do árbitro deve reconhecer a autonomia da vontade das partes e a existência autônoma do texto legal ao mesmo tempo que deve abster-se de escolhas ou invenções arbitrárias de sentido. Interpretar é um equilíbrio entre o significado intrínseco do texto seja ele contratual ou legal e a contribuição do intérprete, sem romper com o entendimento tradicional.

Conforme aponta a doutrina, um texto jurídico possui uma normatividade intrínseca que o diferencia de uma norma plena, apontando para uma completude futura. Sem essa normatividade, o texto carece de autoridade prescritiva e não poderia vincular o árbitro e tampouco os litigantes. Se texto e norma fossem completamente distintos, isso criaria um abismo entre eles e permitiria o tribunal arbitral criar normas pessoais, desvinculadas do texto e ao arrefio dos limites estabelecidos pela própria norma.

É necessário um esforço para manter a imparcialidade normativa; não existe aplicação de regras *à la carte*, exige-se uma imparcialidade quanto à lei aplicável, a adesão estrita à Constituição, às leis, regulamentos, a ordem pública internacional da sede, a convenção de arbitragem, o termo de arbitragem etc. A contenção do árbitro para evitar adições, alterações ou supressões que ultrapassem os limites do texto preserva a sua imparcialidade (COSTA, 2021, p. 244).

Este poder de indicar o modelo procedimental é restrito e, na visão predominante, deveria ser exercido somente como recurso final ou após esgotadas todas as possibilidades de consenso sobre as regras procedimentais. A LMU, bem como a legislação brasileira, não confere aos árbitros poderes ilimitados para regular o procedimento, evitando assim que estes substituam arbitrariamente a vontade das partes. (HERRMANN, 1985, p. 19)

José Moreno Rodriguez ressalta que a seleção imparcial da lei aplicável pelos árbitros é fundamental, especialmente quando o resultado do caso pode variar conforme a legislação escolhida, evitando-se qualquer suspeita de parcialidade na escolha (RODRIGUEZ, 2015). Rubino-Sammartano, por sua vez, nos adverte que, embora os procedimentos arbitrais não estejam sujeitos a uma lei processual nacional específica, isso não exime os árbitros de respeitarem as regras de constitucionais, cuja violação pode resultar na nulidade do procedimento e da sentença arbitral (RUBINO-SAMMARTANO,

2001, p. 500). Assim, a função do árbitro é conduzida por limites, entendendo-se a possibilidade de determinação da lei aplicável muito mais como uma *restrição* de poder do que como uma eventual prerrogativa do julgador (MAIA, BOAVIAGEM, GOMES NETO, 2022).

É importante, enfim, que os árbitros evitem escolher ou alterar procedimentos de forma arbitrária, aderindo estritamente às regras estabelecidas pelas partes ou, na ausência destas, às normas de arbitragem aplicáveis. Ao manter tal postura e aderindo a uma interpretação rigorosa das regras, o árbitro fortalece a sua imparcialidade normativa (COSTA; SOUSA, 2017, p. 186).

8. Remate

A obrigação legal de não se envolver ativamente no processo, de não ser parte integrante dele ou ter posse sobre ele, respeitando sua exterioridade, é denominada dever de (esforço por) imparcialidade. A expressão "imparcialidade" deriva de "im-parte-alidade", implicando "não-parte-da-realidade". No universo da arbitragem onde as relações sociais são muitos mais estreitas se comparadas a dos magistrados, atingir um "nível zero de parcialidade", uma "imparcialidade total" ou criar um "ambiente de absoluta objetividade" se apresenta como um desafio praticamente impossível, assim como se desvencilhar completamente de preconceções pré-existentes (SOUSA, 2021).

Conforme por alertado por Eleonora Coelho, em se tratando de julgadores, é essencial que eles estejam atentos para não cometer erros sistemáticos relacionados a vieses inconscientes. Isso requer que suas decisões intuitivas sejam constantemente analisadas e questionadas. O primeiro e, talvez, o mais importante passo para fiscalizar as decisões intuitivas é reconhecer a existência e a influência dos vieses na vida de qualquer pessoa. Dessa forma, uma das principais estratégias para evitar erros é simplesmente estar ciente das influências a que estamos sujeitos e se *esforçar* para evitá-las (COELHO, 2018).

A estrutura que pré-determina a visão de mundo do árbitro - sua posição, sua formação acadêmica, seus mentores, orientandos, alunos, seu ambiente profissional, suas crenças e seu entendimento do mundo - é uma característica intrínseca ao seu papel. Como bem aponta a doutrina, é preciso estar atento ao risco de que a incessante busca por uma completa imperturbabilidade possa tornar o árbitro um ser apático e desconectado da

realidade que o cerca. Mas, vale dizer, no âmbito prático da arbitragem, o que se busca é uma imparcialidade possível, alcançável, realista e contextualizada (COSTA, 2021, p. 284).

A imparcialidade do órgão julgador, seja no judiciário ou na arbitragem, é o alicerce do devido processo legal, garantindo seu desenvolvimento íntegro e assegurando um julgamento justo. A imparcialidade do julgador é um dos pilares fundamentais da garantia do devido processo legal. Aliás, existe uma vinculação estreita entre a imparcialidade e o princípio do contraditório.

A existência de um árbitro imparcial é importantíssimo para que as argumentações das partes sejam devidamente apreciadas e para que as provas tenham valoração equilibrada à luz da legislação aplicável, haja vista que, na hipótese de prévia adesão do árbitro à tese de um lado ou outro, restaria inviabilizada o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa (CARMONA, 2009, p. 239).

No contexto arbitral, o árbitro, agindo como juiz de fato e de direito, deve assumir uma postura de terceiro, afastado das partes envolvidas, distante de seus interesses particulares, indiferente ao desfecho do litígio, desvinculado dos advogados e sempre disposto a esclarecer quaisquer circunstâncias que possam suscitar dúvidas quanto à imparcialidade; deve funcionar e decidir além dos interesses das partes.

Como se pôde expor acima, na arbitragem, a busca pela imparcialidade ganha contornos ainda mais complexos, devido à intrincada teia de relações no ambiente empresarial globalizado, dos debates e círculos acadêmicos, dos encontros e conversas em conferências e outras mil conjunturas às quais um profissional do mercado está exposto.

A necessidade de transcender o ego e suas inclinações, muitas vezes intensificadas pelo contexto corporativo e suas pressões intrínsecas, torna-se ainda mais premente. Em um mundo onde as relações econômicas são complexas e multifacetadas, os árbitros devem estar atentos aos seus próprios preconceitos, convicções arraigadas e influências externas e aos contextos relacionais em que estão inseridos.

Para auxiliar na manutenção da integridade do processo arbitral, as Regras da IBA sobre conflitos de interesse oferecem diretrizes interessantes (mas ainda insuficientes), que, embora escapem ao objeto do presente trabalho, pode-se dizer que estabelecem um padrão mínimo de conduta esperado dos árbitros — note-se "árbitros" e não "juízes", que estão expostos a outra realidade, sua própria legislação e seu próprio regime jurídico de controle.

Ao fim e ao cabo, a responsabilidade recai sobre o árbitro o quem pretende exercer essa função. Ele deve estar comprometido em um esforço contínuo e permanente para preservar e cultivar a imparcialidade, entendendo e mitigando as variáveis que, no cenário global e interconectado, podem ameaçar esse núcleo duro do devido processo legal.

9. Referências

ABBOUD, Georges. O dever de revelação dos árbitros em perspectiva constitucional. Consultor Jurídico. Disponível em https://www.conjur.com.br/2023-jun-10/observatorio-constitucional-dever-revelacao-arbitros-perspectiva-constitucional#_ftn6 acesso em 31 de outubro de 2023

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Lecciones de Derecho Procesal. Buenos Aires, Astrea, 2015.

BAM, Dmitry. Making Appearances Matter: Recusal and the Appearance of Bias. Brigham Young University Law Review, n. 943. 2011.

BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; Redfern e Hunter on International Arbitration. 7 ed. Kluwer Law International, 2023

CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. Revista de Processo n. 149. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário a lei 9.307/96. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009

CARON, David, CAPLAN, Lee. The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary. 2 ed. Oxford University Press, 2013.

CLAY, Thomas, El Árbitro. Bogotá: Grupo Editorial Ibanez, 2012

COELHO, Eleonora. A Tomada de Decisão dos Árbitros: a Ignorada e Relevante Influência dos Vieses Inconscientes". In Estudos de Direito: Uma Homenagem ao Prof. Dr. José Carlos de Magalhães. São Paulo: Atelier Jurídico, 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Processo e garantia. São Paulo: Thoth, 2021.

COSTA. Eduardo José da Fonseca. Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: Juspodivm, 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca; SOUSA, Diego Crevelin. In: (coord.) RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; GOUVEIRA FILHO, Roberto P. Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina Pinheiro Cardoso; GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Novo Código de Processo Civil comentado. São Paulo: Luari, 2017.

DIAMOND, Shari Seidman. Psychological Aspects of Dispute Resolution Issues for International Arbitration'. in VAN DEN BERG, Albert Jan. International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions, ICCA Congress Series, v. 11. Kluwer Law International, 2003.

D'SILVA, Magdalene. Dealing in Power: Gatekeepers in Arbitrator Appointment in International Commercial Arbitration. Journal of International Dispute Settlement. V. 5, n. 3. Oxford University Press, 2014.

FRANCK, Susan D; AAKEN, Anne van; GUTHRIE, Chris, et all. Inside the Arbitrator's Mind. Emory Law Journal n. 66. Cornell Law Faculty Publications, 2017.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Ragazzoni. Psicologia jurídica. 12 ed. Barueri: Atlas, 2023

FUX, Luiz. Processo civil e análise econômica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021

GUANDALINI, Bruno. Some "Wh"’s of Training of Arbitrators on Bounded Rationality and Debiasing Techniques: Taking the Future of Arbitral Decision-Making Seriously', in BULL, Cavinder; MALINTOPPI, Loretta, et al. (org). ICCA Congress Series n. 21: Arbitration's Age of Enlightenment? ICCA Congress Series, Volume 21. ICCA & Kluwer Law International 2023, p. 811 - 822

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey; WISTRICH, Andrew. Inside the Judicial Mind. Cornell Law Library n. 814, Cornell Law Faculty Publications. 2001

HERRMANN, Gerold. The UNCITRAL Model Law – its background, salient features and purposes. Arbitration International. Oxford University Press. v 1, 1985, p. 19.

HODGSON, Geoffrey Martin. From pleasure machines to moral communities: an evolutionary economics without homo economicus. Chicago London: University of Chicago Press, 2013

MAIA, Alberto Jonathas; BOAVIAGEM, Aurelio Agostinho; GOMES NETO, José Mário Wanderley. *A lex arbitri na arbitragem internacional: a lei aplicável ao processo arbitral*. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 73. ano 19. p. 77-99. São Paulo: Ed. RT, abr./ jun. 2022

MARTINS, Pedro Antonio Batista. *Dever de Revelar do Árbitro*. Revista de Arbitragem e Mediação, n. 36 São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

MENTSCHIKOFF, Soia; HAGGARD, Ernest. *Decision Making and Decision Consensus in Commercial Arbitration*. Psychological And Legal Issues Law Journal. Tapp & Felice J. Levine, 1977

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Reflexões Sobre a Imparcialidade do Juiz in Temas de Direito Processual: Sétima Serie*. São Paulo: Saraiva, 2001.

NAPPERT, Sophie. *Bias In International Commercial Arbitration Versus Investment Arbitration: Are There Different Standards? Should There Be?'*. Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers. The Netherlands: Brill, Nijhoff, 2010.

PARENTE, Lauro. *Arbitragem vista de fora: o que te assusta é o que te protege*. Migalhas 31/05/2023.

PEREIRA, Mateus Costa. *Introdução ao estudo do processo: fundamentos do garantismo processual brasileiro*. São Paulo: Editora Letramento, 2020.

RODRIGUEZ. José Antonio Moreno. *Direito Aplicável e Arbitragem Internacional*. Curitiba: Juruá, 2015.

SOUSA, Diego Crevelin. *Imparcialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório*. Belo Horizonte: Letramento, 2021

SUBRAMANIAN, S.R. *Disclosure, and Challenge of Arbitrators Under the Indian Model Bit: A Step Towards Enhancing the Legitimacy of Investment Arbitration?'*. Asian IErro! A referência de hiperlink não é válida. International Arbitration Journal. v. 18, Kluwer Law International, 2022, p. 120

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Science, New Series. v. 185, n. 4157, 1974.

VARIAN, Hal R. Microeconomia: uma abordagem moderna. São Paulo: Elsevier, 2015;
MANKIWI, Gregory. Introdução à economia. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 552 e ss.

WAITES, Richard; LAWRENCE, James. Psychological dynamics in international arbitration advocacy. In BISHOP, Doak; KEHOE, Edward. (org) The art of advocacy in international arbitration. New York: JurisNet, LLC, 2010.

ZAKYA, José Victor Palazzi. A Igualdade na Arbitragem: O Processo Arbitral e o Fenômeno Repeat Player. São Paulo: Almedina, 2021

Alberto Jonathas Maia

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor de Arbitragem da Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco e da UniFAFIRE. Membro da Lista de árbitros da Câmara de Arbitragem Especializada CAMES e da CMAA ACIF. Fundador do Grupo Marco Maciel de Mediação e Arbitragem (GMMA) da Universidade Católica de Pernambuco. Advogado.

CV: <http://lattes.cnpq.br/2237282917849583> .

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1111-9467> . Email: alberto_maia_lima@hotmail.com .