

São Paulo, 23 de maio de 2022.

O Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) submete, em síntese, a seguinte indagação: comete crime o árbitro que falhe em seu dever de revelar às partes hipóteses de impedimento ou de suspeição, ou, ainda, de fato que denote dúvida justificada quanto à sua parcialidade e independência?

Alguns passos serão necessários para se alcançar uma resposta, a saber: (*primeiro*) qual a exata extensão do referido dever; (*segundo*) quais as consequências jurídicas extra-penais aplicáveis à falha em exercê-lo corretamente. Na ausência de um tipo penal específico, (*terceiro*) de se indagar quais figuras típicas seriam, em tese, aplicáveis ao caso. *Grosso modo*, a quebra de dever dá corpo a três grandes grupos de delitos: a) os que a articulam com ato de ofício; b) os que a articulam com a veracidade de um documento - delitos de falso; c) e os que a articulam com uma atividade específica, como é o caso de delito de patrocínio infiel (art. 355 do Código Penal), aplicável apenas aos advogados e procuradores. Apenas têm relevo aqui os delitos dos grupos “a” e “b”, notadamente a prevaricação e a falsidade ideológica.

1. Dever de se recusar

Nos expressos termos do art. 14, *caput*, da Lei n. 9.307/98, estão impedidos de funcionar como árbitros aqueles que tenham (*primeiro*) com as partes ou (*segundo*) com o litígio que lhes for submetido, (*terceiro*) alguma das relações que caracterizam os casos de impedimento ou de suspeição de juízes, (*quarto*) aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

Articulam-se em torno da parte as hipóteses de impedimento contidas no art. 144, incisos III, IV, V, VI, VII e IX, e as de suspeição todas as contidas no art. 145; articulam-se, por sua vez, em torno do litígio, as hipóteses de impedimento contidas no art. 144, I e II, e as de suspeição contidas no art. 145, II (primeira parte) e IV. Há duas figuras que apenas indiretamente dizem respeito à parte, eis que centradas na figura do advogado que as represente: é causa de impedimento do juiz ter promovido ação contra o advogado da parte (art. 144, IX), bem como é causa de suspeição ser o juiz amigo íntimo ou inimigo dos advogados das partes (art. 145, I), todos do Código de Processo Civil (CPC).

As hipóteses de impedimento e de suspeição são taxativas (**STJ**, Seção Especial, MS 25.474/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 3.8.2021; AgInt no AREsp 1.882.867/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Raul Araújo, DJe 24.2.2022).

Diante do reconhecimento de causa de impedimento ou de suspeição, o juiz deverá recusar-se, ou seja, deverá ordenar imediatamente a remessa dos autos a seu substituto legal. Em não a reconhecendo, deverá atuar a arguição em apartado, apresentar suas razões no prazo legal e remeter o feito ao tribunal (art. 146, CPC).

Pode-se, então, afirmar que, à luz da legislação processual civil o juiz tem, diante da arguição de impedimento ou de suspeição, alternativamente, o dever de se recusar, ou de fundamentar a não incidência de hipótese de impedimento ou suspeição, com posterior remessa ao tribunal.

2. Dever de declarar fato que denote dúvida justificada quanto à parcialidade e à independência do árbitro.

Além do dever de se recusar por impedimento ou suspeição, a lei de regência da arbitragem adiciona, no parágrafo único do art. 14, um dever adicional: o de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

Ao contrário do juiz togado, cuja relação de poder com a questão *sub judice* se fixa por regras *a priori* de competência, o árbitro estabelece-a via eleição das partes. Se se ganha, de um lado, podendo-se alcançar julgadores mais tecnicamente qualificados, perde-se, de outro, a ínsita impessoalidade do juiz. É que a Lei de Arbitragem condiciona a posição de árbitro à confiança das partes (art. 13); se no Judiciário a legitimidade formal do julgador se alcança pela seleção via concurso público, fixação de competência segundo critérios *a priori*, na arbitragem ela se forma a partir da confiança, amálgama da reputação e da formação técnica. Em ambos os casos, por óbvio, mister a imparcialidade e a independência.

O método de eleição de árbitro antecipa a possibilidade de controlar a imparcialidade e a independência *ex ante*, em oposição ao Judiciário, cujo controle, na esmagadora maioria das vezes, só se pode verificar *ex post*.

Em que pesem divergências no procedimento para a fixação do painel arbitral, a depender das regras aplicáveis, via de regra a parte (ou o polo, conforme o caso) possui o direito de indicar ao menos um nome. Já aí surge espaço para um controle do perfil desejado, oscilando entre questões mais objetivas (a exemplo de formação acadêmica ou experiência como árbitro em determinada matéria particularmente

complexa) e outras amplamente subjetivas (posição política, relações pessoais, religião etc.). A contraparte (ou polo) tem o poder de objetar ao nome indicado, normalmente com base em elementos objetivos, mas determinados elementos subjetivos também podem ser objeto de questionamentos e talvez impugnações (como, por exemplo, relação de amizade íntima).

A indicação, ainda, depende, como é de praxe nas principais câmaras arbitrais, do preenchimento de um questionário pelo candidato a árbitro, conforme formulário padrão feito pelas próprias câmaras. Essa fase se termina com uma declaração do árbitro de independência e imparcialidade.

Ao contrário das causas de impedimento, que admitem, em tese, um juízo de verificação objetiva do fato impeditivo, nas causas de suspeição há prevalência de elementos abertos, subjetivos, como “amigo íntimo” ou “interesse na causa”. A confirmação da suspeição, nesses casos, pressupõe um julgamento *ex post factum* realizado, por óbvio, por terceiro equidistante do excipiente e do excepto, e que, a rigor, dificilmente será capaz de traduzir uma realidade - se A é amigo íntimo de B -, porém antes, extrair dos fatos apresentados um juízo quanto à probabilidade de A ser capaz de julgar B, ou causa por ele patrocinada, de maneira imparcial e independente.

Cuida-se, pois, fundamentalmente menos de confirmar a suspeição em si, porém antes de se atribuir normativamente um juízo quanto à falha, ou bem de revelar fato que ensejaria indagações quanto à suspeição, ou bem a de dar-se por suspeito.

As fontes primárias desse dever - e as únicas capazes de confirmar eventual tipicidade - são o Código de Processo Civil e a Lei de Arbitragem. Todavia, diante da opacidade dos textos legais, há relevante fonte de *soft law* quanto às recomendações no campo do se recusar como árbitro: as Diretrizes da International Bar Association sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional, de 2014 que podem e devem ser empregadas como elementos a excluir o âmbito de incidência da norma penal incriminadora.

3. Natureza dúplice da omissão em dar-se por impedido, para fins penais

A tomada de decisão de omitir-se no dever de se dar por impedido admite uma clivagem, para cotejo com as normas penais incriminadoras: a) por ser exteriorização do exercício de cargo ou função, pode ser entendida como ato de ofício; e b) por se concretizar em suporte material que represente um fato juridicamente relevante, pode ser entendida como documento.

O primeiro grupo invoca a questão se a omissão em se recusar diante de impedimento guarda relevância típica *ex vi* crimes próprios a envolverem atos de ofícios praticados, genericamente, em contrariedade à lei - notadamente o de prevaricação¹ -; o segundo, a aptidão de dar corpo aos delitos de falso.

3.1. Prevaricação como crime de dever e subsidiariedade²

A tutela penal é necessariamente fragmentária, bastando para verificá-lo um lançar d'olhos pela Parte Especial do Código Penal. Coloca-se, como exercício de poder punitivo, na contra mão de outros ramos do Direito vocacionados a regular de maneira compreensiva determinados campos da vida social, tanto assim que dependentes, em certos casos concretos, do recurso à analogia ou à equidade, vedados na interpretação das leis penais, quando em desfavor do indivíduo.

Entrelaça-se à fragmentariedade o postulado da subsidiariedade, ou da intervenção mínima, que sustenta, em síntese, que o remédio mais amargo na cartela de sanções jurídicas deve ser reservado às condutas mais socialmente lesivas. Certo que o alcance do que seja mínimo depende de um horizonte político-criminal que, por ser político, variará conforme o ordenamento e as demandas temporais por ordem. Fixe-se, assim, pela necessidade de objetividade desta análise, ao estatuto da subsidiariedade na prática forense brasileira.

O Supremo Tribunal Federal (STF) emprega amplamente o conceito, a exemplo das avolumadas decisões reconhecendo a insignificância penal das infrações penais irrisórias ao patrimônio, sempre que não violentas (por todos, RHC 190.315, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 23.2.2021); no reconhecimento de atipicidade nos crimes contra a honra na troca de descortesias em ambiente político-eleitoral (PET 6587, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 18.8.2017; INQ 3925, Red. p/ acórdão Min. Edson Fachin, DJe 25.4.2016); etc.

De particular interesse ao caso em debate, a compreensão de que, havendo cominação de *astreintes* à desobediência a ordem judicial, há atipicidade para o crime de desobediência, salvo se houver ressalva expressa autorizando a criminalização. Essa posição, sustentada há várias décadas por Nelson Hungria, foi

1 Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

2 Para maior clareza do quanto se debate, exclua-se, desde logo, a figura da corrupção passiva, perfeitamente possível de ser praticada por árbitro. Isso porque, nesses casos, a solicitação ou o recebimento de vantagem indevida em razão da função pública, torna de menor importância o tema do impedimento. A vantagem indevida prometida ou recebida não apenas abala a imparcialidade, mas a fulmina, garantido um comprometimento com a resolução da causa de modo convergente ao interesse da parte corruptora.

amplamente acolhida pela jurisprudência do STF, a exemplo do *Habeas Corpus* n. 88.572, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 8.9.2006.

Há marcada semelhança entre a tese fixada no caso de crime de desobediência com o tipo de prevaricação, considerado o caso concreto: ambos tutelam a Administração e, em que pese formalmente apenas a desobediência guardar relação direta com a Administração da Justiça, eventual prevaricação de árbitro atrairia o tema para o mesmo marco de análise.

Igualmente relevante: há previsão cominatória expressa para a manifesta suspeição - na dicção do Código de Processo Civil - ou proveniente de erro inescusável - na dicção do Código de Processo Penal -, a saber, condenação nas custas.

Com efeito, o Código de Processo Civil prevê duas ordens de consequências diante da constatação de impedimento ou de suspeição: no plano intra-processual, o deslocamento do julgamento para o substituto legal e, se o caso, a nulidade dos atos praticados, desde que já presentes, ao tempo das decisões, o motivo do impedimento ou da suspeição (art. 146, § 7º, CPC); no plano extraprocessual, o Tribunal condenará o juiz nas custas, quando houver impedimento ou **manifesta** suspeição (art. 146, § 5º, CPC). O último cenário pressupõe, por óbvio, decisão do juízo excepto afastando seu impedimento ou sua suspeição, posterior reforma pelo Tribunal e, no caso da suspeição, o entendimento de que ela era manifesta. O Código de Processo Penal tem previsão congênere, preferindo a expressão “erro inescusável” (art. 101). A Lei de Arbitragem atrai o mesmo racional, por remissão normativa, do tema ora em análise.

Dito de maneira direta: o legislador ponderou a gravidade da decisão do juiz togado que, diante de impedimento ou manifesta suspeição, mantém-se como julgador: incidência nas custas. Houvesse a compreensão de que a ofensividade à Administração da Justiça houvesse suplantado aquela punível para além das custas, teria se valido de expressões usuais nesses casos, a exemplo de “sem prejuízo da sanção criminal”. A reforçar essa compreensão, o fato de o artigo 40 do Código de Processo Penal determinar ao juiz que tome ciência de fato criminoso que encaminhe cópias ao Ministério Público, dever esse que não foi alocado ao Tribunal ao reconhecer a suspeição por erro inescusável. Por fim, no âmbito do Processo Civil, as hipóteses autorizadas de ação rescisória distinguem claramente, de um lado, a decisão proferida “por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz”, daquela “proferida por juiz impedido” (art. 966, I e III), de outro, o que permite ao intérprete a conclusão de que, em princípio, a decisão de juiz impedido não se confunde com prevaricação. A suspeição, aliás, é figura ainda menos ofensiva ao bem jurídico Administração: para além de passível de preclusão, sequer autoriza rescisória.

Também socorrem à conclusão da subsidiariedade os efeitos intra-processuais conferidos da suspeição e do impedimento empregado, pelos Tribunais, a órgãos colegiados, como é o caso dos painéis arbitrais.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no *Habeas Corpus* n. 112.444/SP, debruçou-se sobre caso bastante pertinente ao debate presente. Cuidava-se de julgamento de Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, de cuja composição participava magistrado que respondia a ação penal, o que levou a defesa do réu a suscitar sua suspeição. Um dos argumentos do STJ para não acolher a nulidade do julgamento foi o fato de o voto do excepto não ter alterado “o resultado final do decisum” (Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 13.10.2009). De maneira ainda mais eloquente, decisão da Corte Especial do mesmo Tribunal: “a participação no julgamento de magistrado impedido consubstancia irregularidade que não tem o condão de, por si só, anular o julgamento dos embargos declaratórios, pois consoante fora registrado no resultado do aresto, a rejeição do recurso foi unânime, denotando que a participação do nobre Ministro não foi decisiva para a obtenção do resultado” (EDcl nos EDcl no MS 15.741/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 02/09/2015, DJe 21/09/2015).

Em resumo: (a) há julgados que sequer anulam a decisão colegiada quanto o voto do juízo impedido não alterar o resultado final; (ii) a suspeição, por si só, é passível de preclusão e não autoriza rescisória; (iii) apenas a manifesta suspeição gera sanção, a saber, custas; (iv) não há ressalva, nem no Código de Processo Civil, nem no de Processo Penal, a sugerir prática delitiva; (v) logo, de se aplicar o mesmo racional jurisprudencial consolidado em torno do crime de desobediência, com bem jurídico idêntico à hipótese fática em debate: a Administração da Justiça.

3.2. Declaração de ausência de impedimento ou suspeição e crime de falso³

O quanto esboçado acima teria, a rigor, aplicação direta ao delito de falsidade ideológica.

A decisão de imparcialidade e independência, nos casos judiciais, alcança-se implicitamente - quando o juiz não se dá por impedido ou suspeito -, ou explicitamente, quando, arguido o fato a gerar impedimento ou suspeição,

³ Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, se o documento é particular. Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

manifesta-se pela não ocorrência do fato. Nem a legislação, tampouco a jurisprudência, reconhecem nessa decisão judicial nenhum fato delitivo, como visto.

Poder-se-ia, porém, arguir que sentença não é documento, de modo que haveria um *distinguish* no caso dos árbitros, que assinam um termo de independência, que pode ou não coincidir com costumeiro formulário padrão das câmaras arbitrais de aferição de impedimento, suspeição, imparcialidade e independência. Referido termo é documento para fins penais.

Ainda que não se admitisse que decisões sejam documentos, o mesmo racional da subsidiariedade aplica-se ao crime de falso. Menos relevante do que a disputa quanto ao conceito de documento há de ser o potencial de ofensividade a bens jurídicos igualmente importantes como a Administração da Justiça e a fé-pública.

Se a danosidade do juiz togado que não se declara impedido ou manifestamente suspeito é sancionável com incidência nas custas, não há razão para conferir maior gravidade ao árbitro que não o faça em termo de independência.

De toda sorte, há ainda outros aspectos típicos relevantes a serem discutidos, abaixo, a partir dos requisitos do delito de falsidade ideológica, a saber: (*primeiro*) alteração da verdade sobre fato juridicamente relevante, (*segundo*) imitação da verdade, (*terceiro*) potencialidade de dano e (*quarto*) dolo (AMARAL, Sylvio. **Falsidade documental**. 4. ed. Campinas: Millenium, 2000, p. 60).

Potencialidade de dano

Nesse ponto, é preciso fazer uma rápida consideração quanto ao termo resultado.

Diz-se, com acerto, que os crimes formais - a exemplo do crime de falsidade ideológica - são formais quando a superveniência de um resultado lhe é tipicamente indiferente, a exemplo do efetivo recebimento da propina pelo funcionário público, ou mesmo a subsequente quebra de dever como decorrência dela. Basta a oferta da vantagem indevida para fins de caracterização do delito de corrupção ativa.

Já o artigo 13 do Código Penal afirma que o resultado “de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa”.

Há, então, uma aparente contradição: o artigo 13 exige resultado de todo e qualquer tipo, e os crimes formais prescindem de resultado. Apenas aparente, já que o registro legal de resultado, do artigo 13, guarda relação com a tipicidade objetiva material, ao passo que o conceito empregado na definição de crime formal tem relação com a tipicidade objetiva formal.

Dito de outro modo: prepondera que a missão do Direito Penal seja a proteção de bens jurídicos relevantes por meio da imposição de uma pena. Logo, não havendo ofensividade a bem jurídico, não há falar em crime. O exemplo mais eloquente dessa lógica é a impunibilidade do crime impossível, cf. art. 17 do Código Penal, precisamente porque nesses casos o bem jurídico nunca poderia ter estado em perigo, pela inidoneidade absoluta do meio ou do objeto - como no surrado exemplo de se atirar em um morto. Sob esse prisma, resultado é o dano ou a exposição a perigo ao bem jurídico, conforme figurino pré-estabelecido pelo tipo, análise no âmbito da tipicidade objetiva material.

Na confecção dos tipos, porém, pode o legislador dar ênfase, na reprovação penal, ora ao resultado, ora à conduta. No crime de homicídio, a ênfase está claramente no resultado, tanto assim que a conduta é amplíssima: matar; já no de corrupção ativa, na modalidade oferecer, a ênfase está na conduta, sendo de menor relevância o desdobramento causal a ela atribuível, notadamente, no caso, a quebra de dever do corrompido. Sob esse prisma, resultado é a alteração no mundo sensível atribuível à conduta, que terá diferente relevância típica conforme o figurino legal da norma incriminadora.

O primeiro prisma está na origem na classificação dos crimes como de dano ou de perigo, ao passo que o segundo, na clivagem entre crimes materiais e formais.

Essa rápida colocação teórica se justifica para a correta interpretação da seguinte afirmação: o crime de falsidade ideológica é formal, porém o falso deve ter potencial de ofensividade à fé-pública, bem jurídico subjacente ao tipo.

Assim, não é preciso haver indagação entre a conduta de falsificar e a efetiva colocação em perigo da conduta (juízo *ex post factum*), porém não se pode abdicar - nos termos do artigo 13 do Código Penal, inclusive - de se aferir a potencialidade da falsificação em ofender a fé-pública em juízo *ex ante*.

Quem confeccionar notas de R\$ 8,00 reais, em papel adesivo, sem o brasão da República, em tamanho A4, jamais colocará em perigo a fé-pública, por absoluta inidoneidade *ex ante*; já quem confeccionar notas críveis de R\$ 50,00 estará colocando em perigo o bem jurídico, ainda que determinado destinatário, arguto, não caia na esparrela.

Parece extreme de dúvida que não há potencialidade de perigo no termo de independência antes da efetiva aceitação do árbitro. Matiza-se, abaixo, referido potencial ao longo do tempo do processo de arbitragem.

3.1. Especial fim de agir e retorno ao *status quo ante*

O Direito penal oferece ao agente diversas pontes de ouro, nomenclatura que os antigos usavam para denominar verdadeiras sanções premiais àquele que, tomando o caminho da virtude, retornam à legalidade.

A testemunha que faz afirmação falsa em juízo, por exemplo, se se retratar antes da prolação da sentença, resta impune, bem assim aquele que retirar a afirmação caluniosa ou difamatória (cf. art. 342 do Código Penal).

Em todos esses casos, resultado já houve, mas o Estado deve gerir a máquina punitiva não sob premissas morais absolutas, porém antes em delicado equilíbrio na causação do menor dano, com a obtenção do maior ganho. Mais interessa uma sentença justa do que a condenação da testemunha mentirosa; prepondera a arrecadação do tributo devido diante da falsidade empregada pelo sonegador, etc.

O Código Penal também premia aquele que, embora podendo perseguir na empreitada criminosa, deixa de fazê-lo voluntariamente (desistência voluntária), ou, então, em que pese esgotada a ação delitativa, evita, com sucesso, a superveniência do resultado (arrependimento eficaz). Em ambos os casos, conforme o art. 15 do Código Penal, responde apenas pelo ato praticado.

Qual é o resultado típico objetivo no crime de falsidade ideológica? São aqueles buscados pelo agente, também referido como especial fim de agir, desdobrados em “prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”.

O árbitro que dolosamente confecciona declaração falsa de independência altera verdade sobre fato juridicamente relevante, mas cuja finalidade não se esgota em si mesma: é passo necessário para um resultado final: prejudicar direito de parte (por vezes pela via de criação de obrigação à outra).

O resultado, pois, de quem comete a modalidade de falso ora em análise é a de prejudicar direito de uma parte, tendo por requisito lógico, primeiro, falsear sua independência. Do contrário, seria crime logicamente impossível: quem está certo de que será imparcial e, assim, não prejudicará direito da parte, ao contrário de mentir no termo, registra a verdade. Não há potencial lesivo a terceiros em termo falso desconectado da atividade jurisdicional.

Assim, não é bastante, para fins de tipicidade subjetiva, a sensação subjetiva da parte quanto à possibilidade abstrata de determinado árbitro ser concretamente suspeito em caso específico; é preciso, antes, haver amparo probatório no sentido de que (i) ele o sabia suspeito; e (ii) de que escondeu essa condição com vistas a prejudicar direito da parte. O tema será aprofundado abaixo.

Embora, para fins típicos a superveniência desse resultado seja irrelevante, ela não é para fins de aferição das sanções premiais, como visto.

Há um deslocamento temporal entre o termo de independência falso e a superveniência do prejuízo a direito de parte; e há instrumento jurídico a provocar a interrupção do *iter criminis* por decisão voluntária do árbitro: a arguição de suspeição ou de impedimento.

Ainda que se tenha aceito a nomeação imbuído de parcialidade, a posterior recusa diante de arguição de suspeição ou impedimento é clara hipótese de desistência voluntária, ou, argumentativamente, de arrependimento eficaz, se se considere exaurida a conduta na confecção ideologicamente falsa do termo de independência.

Não havendo figura delitiva para o mero declarar-se independente, sem interligação com a posterior e efetiva posição de árbitro, tomada a ponte de ouro, não há falar em crime.

3.2. Estabilização da lide, nulidade de algibeira e justa causa

Como é amplamente conhecido, a sentença arbitral nasce imutável e apenas excepcionalmente pode ser anulada, desde que ajuizada a ação no exíguo prazo de noventa dias.

É absolutamente possível que a parte derrotada se depare com fato a ensejar impedimento, suspeição, parcialidade ou não independência nesse interregno. É, porém, muito plausível que entre a nomeação do árbitro e prolação da sentença arbitral haja tido tempo suficiente tempo para a devida diligência quanto à lisura do árbitro, servindo antes a exceção de suspeição como uma tentativa de cavar uma nulidade popularmente conhecida como de algibeira.

Aloca-se, assim, ao agente de persecução criminal um particular ônus de aferição de justa causa, assim entendida “a existência de elementos de convicção que demonstrem a viabilidade da ação penal” (BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. São Paulo: RT, 4a ed., p. 171).

Em jogo, fundamentalmente, a plausibilidade de que o conhecimento do fato a amparar a suspeição tenha sido efetivamente adquirido após o deslinde desfavorável ao noticiante no âmbito da arbitragem, sob pena de a esfera criminal tornar-se porta *sui generis* de instância revisional de decisões arbitrais.

O fato, porém, de o árbitro já não mais ter espaço para se recusar após o trânsito em julgado afeta apenas a possibilidade de desistência voluntária ou de arrependimento eficaz, não se afastando, por óbvio, em absoluto, a necessidade de verificação dos demais componentes do crime.

4. Dolo, dúvida e erro

Todas as figuras típicas aqui debatidas são punidas na forma dolosa, isto é, quando o agente agiu de maneira consciente, orientando a conduta à consecução do resultado. Por demandarem especial fim de agir, não há falar em dolo eventual.

Como já adiantado acima, suspeição não é um sentimento, porém uma circunstância fática, ainda que fugidia empiricamente: uma determinada relação com a parte ou com a causa que torna improvável um julgamento independente pelo árbitro.

Ao contrário das hipóteses objetivas de impedimento ou de suspeição, em que o legislador criou verdadeira presunção *juris et de jure* de parcialidade, aquelas de contornos subjetivos não de ser aferidas caso a caso.

O próprio desenho legislativo, pois, desloca a aferição das hipóteses subjetivas de suspeição para o caso concreto, isto é, será preciso que a parte amealhe amparo probatório que as demonstrem presente em determinado caso *sub judice*.

Quando se está a falar do dolo, para fins criminais, isso se traduz da seguinte forma: *primeiro*, é preciso mostrar que o árbitro conhecia o vetor apontado como viciante de sua independência. Conhecimento, importante frisar, não é mero sinônimo de ocorrência do vetor detonador da suspeição; é preciso que o evento-vetor esteja presente na memória do árbitro, já que, *segundo*, dolo é o alinhamento (pela vontade) da conduta, conforme esse conhecimento, rumo à realização do fato típico. Assim, o simples fato, por exemplo, de um árbitro ter atuado em uma causa ao lado de um advogado não é sinônimo de ele conhecer esse vetor. O decurso do tempo, a proeminência do referido advogado na condução do caso concreto e a relevância da causa em que atuaram, entre outros fatores, tornam mais ou menos memorável o vínculo.

Mesmo nas causas objetivas de recusa, é perfeitamente possível que, por exemplo, o agora Desembargador poderá ter substituído ocasionalmente o juiz natural do feito, quando na primeira instância, e disso não se dar conta sem provocação; o consanguíneo de terceiro grau a postular em júízo pode ser, de fato, distante do julgador, ou fazê-lo de forma tão episódica naquela jurisdição a ponto de passar despercebido o impedimento.

No campo das causas de suspeição, abre-se margem maior para dissenso, já que presentes figurar abertas tais como “amigo íntimo” ou “interessado no julgamento do processo”, a permitir compreensões dissonantes conforme o intérprete.

O tema articula-se, pois, de maneira direta com as figuras que permitem o retorno ao *status quo ante*.

A possibilidade de que o vetor detonador de suspeição ou de impedimento possa ser arguido pelas partes abre avenida para a tomada de consciência, atualizando a *fortiori* a memória do árbitro.

Em termos práticos, ao árbitro a quem a memória não socorreu por ocasião do termo de independência, dá-se a oportunidade de, diante da tomada de consciência provocada pela arguição de impedimento ou de suspeição, adotar duas possíveis condutas: a) acolher o argumento, recusando-se, ou b) refutá-lo e, assim, submeter a resolução da controvérsia a um painel *ad hoc*.

A arguição extemporânea, isto é, após o trânsito em julgado, já não mais permite tais alternativas.

A aferição, seja antes, seja após o trânsito em julgado, quanto à parcialidade do árbitro será forçosamente um julgamento *ex post*, que dificilmente será capaz de traduzir uma realidade - se A é amigo íntimo de B -, porém antes, extrair dos fatos apresentados um juízo quanto à probabilidade de A ser capaz de julgar B, ou causa por ele patrocinada, de maneira imparcial e independente. Nesse sentido, a propósito, o Princípio 2, b, das Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional, de 2014.

Insiste-se neste aspecto, por dois motivos: a) intimamente, ambas as percepções podem coexistir sem contradição: A não se ter por suspeito e C, inobstante, afirmar a suspeição; b) a convergência quanto ao fato ensejador da suspeição será tão mais possível quanto mais claros forem os parâmetros de aferição. O primeiro motivo convida ao tema do erro no Direito penal; o segundo, à fonte do dever de se recusar por suspeição.

O artigo 20 do Código Penal prevê que o erro - falso juízo da realidade - quanto a elemento constitutivo do tipo, enseja a exclusão do dolo, abrindo-se a possibilidade da criminalização a título de culpa. Como não há prevaricação ou falsidade ideológica culposas, desnecessárias maiores incursões no tema da invencibilidade do erro de tipo.

O tema articula-se, diretamente, no caso concreto, com os parâmetros da suspeição, a partir de um observador externo, equidistante do excipiente e do

excepto. A fonte normativa direta, evidentemente, são o Código de Processo Civil, nas causas de impedimento ou de suspeição, e a Lei de Arbitragem, notadamente em seu artigo 14. Para fins de formação de culpa, no âmbito penal, são as únicas fontes admissíveis nesse particular.

Por, sobretudo no campo da suspeição, haver importante margem de subjetividade, de se trazer à baila ao menos um documento extra-legal, verdadeira expressão de *soft law*, oriunda da International Bar Association (IBA): as Diretrizes sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional, de 2014. Podem e devem ser empregadas em exercício de exclusão do poder punitivo, na medida em que parametrizam um âmbito de atuação jurídica fortemente orientado pelas referidas Diretrizes e, assim, dão corpo ao que referido árbitro inquinado de suspeito usou como fonte para não se dar por suspeito. Em outras palavras, pode dar corpo à dúvida razoável quanto à suspeição e, assim, no campo penal substantivo, retirar-lhe o dolo, ou, no campo penal adjetivo, fazer incidir a meta regra de interpretação da dúvida em favor do indivíduo.

Esse plano de análise, insista-se, só ganha relevo após o trânsito em julgado da sentença arbitral. Isso porque, como muito repetido, a arguição de suspeição no curso da arbitragem, ou bem será acolhida, ou bem será fundamentadamente descartada por julgadores *ad hoc* estranhos à controvérsia. Com isso, ou bem se retornará ao *status quo ante*, ou bem a suspeição será afastada, ambas confluindo para a irrelevância penal do fato.

Em resumo: no campo do dolo, além do conhecimento do fato ensejador de impedimento ou suspeição, alcançável com maior clareza após a arguição da parte, é preciso, ainda, o reconhecer-se suspeito à luz do fato. Em servindo pouco a fonte normativa direta para as causas mais subjetivas, de se ler, apenas para fins de exclusão da criminalização, fontes referenciadas de *soft law*, a exemplo das citadas Diretrizes da IBA. A dúvida razoável gera erro de tipo, cujo ângulo processual traduz-se no *in dubio pro reo*.

Havendo, por fim, confirmação do dolo, tanto a prevaricação como a falsidade ideológica requerem, adicionalmente, um especial fim de agir: no primeiro, “para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”; no segundo, “para alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”.

5. Conclusão:

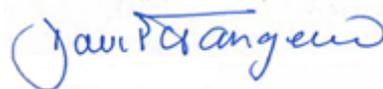
Dar-se por independente em termo específico, de modo geral, ou não revelar, diante de pergunta específica, fato que ensejaria suspeição, exceto nos casos de corrupção, não têm relevância penal.

A resposta jurídica ao impedimento e à manifesta suspeição está desenhada tanto no Código de Processo Civil e no Código de Processo Penal: no plano intraprocessual, deslocamento de juízo e eventual nulidade de decisões; no plano extraprocessual, a incidência em custas. A existência de sanção própria, sem ressalva de aplicação de pena, a exemplo do crime de desobediência, enseja atipicidade, considerando, inclusive, a identidade de bem jurídico, a Administração da Justiça.

Sob outro ângulo, a potencialidade de dano de eventual árbitro suspeito, em órgão colegiado, passa pelo filtro da exceção de suspeição. Cuida-se de oportunidade com duplo sentido: a) dar corpo a eventual dolo, diante da explicitação, agora concretamente apontada - em oposição a perguntas em formulários, geralmente de alcance aberto -; e b) abrir espaço para a restauração do *status quo ante*. Via de consequência, arguições posteriores à sentença arbitral devem ser lidas com bastante cuidado, para que se afira o concreto conhecimento extemporâneo do fato ensejador do impedimento ou da suspeição, em oposição à manobra de cavar nulidade de algibeira, em desvirtuamento do sistema punitivo.

O desenho da suspeição dolosa deve valer-se de fontes o mais objetivas possível, a exemplo das Diretrizes da IBA, para dar a necessária segurança - eis que se fala de criminalização - para elementos vagos e abertos comuns nas causas de suspeição. A dúvida razoável milita em favor do erro de tipo, com exclusão do dolo, e, à míngua de figuras culposas, do crime. Por fim, é requisito típico a presença do especial fim de agir, ou bem o de satisfazer sentimento ou interesse pessoal (na prevaricação), ou bem prejudicar direito da parte (na falsidade ideológica).

Esse o parecer.



Prof. Dr. Davi de Paiva Costa Tangerino

Adjunto da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da USP, com estágios doutoral e pós-doutorais na Universidade Humbolt em Berlim e no Instituto Max Planck (Alemanha)