

OCTÁVIO FRAGATA MARTINS DE BARROS

COMO JULGAM OS ÁRBITROS
Uma leitura do processo decisório arbitral

 Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

PREFÁCIO

Credite-se, logo na largada, a coragem de Octávio Fragata Martins de Barros em incursionar por tema dos mais sensíveis e abstratos que permeia o inconsciente do julgador – e, por que não, o imaginário daqueles afetados pelas suas decisões –, ciente e consciente ele, autor, da “*ausência de textos jurídicos*” sobre a matéria. No entanto, a ousadia rende frutos que não devem ser olvidados pelos estudiosos, tanto no plano subjetivo dos elementos que formam a convicção do árbitro quanto no plano pragmático da análise do conjunto probatório.

Conquanto pulse a intuição, o árbitro a ela não pode capitular frente às provas recolhidas no curso do devido processo legal. Os fatos, efetivamente provados, são soberanos. *Sua Excelência, o fato*, há de ser muito bem “administrado” em arbitragens, pois é ele o elemento principal a ser enfrentado e desafiado no ambiente do contraditório e que, ao fim e ao cabo, testada e atestada sua falsidade ou veracidade, deverá conduzir a convicção do julgador ao resultado final.

Contrariamente ao que ocorre nas instâncias dos recursos judiciais, quando os fatos sucederam-se há anos, ou mesmo décadas, em arbitragem eles estão “vivos” e gerando desgastes, o que, por um lado, introduz componente maior de pressão e sensibilidade no trato das questões e, de outro, permite às partes compreendê-los e organizá-los de modo a otimizar a prova a ser produzida na futura demanda.

Entretanto, não é o que se apresenta. Ainda se observa certo desprezo na centralização da disputa nos fatos e correspondentes meios de prova, em notada exacerbação das regras legais como parâmetro superior de convicção do árbitro. Falha o árbitro que não verifica, primeiramente, os fatos para, daí então, perseguir os elementos de convicção. Nesse ponto, sobra razão a Octávio Fragata, ao afirmar que “os fatos são primordiais para a convicção do árbitro; mais relevantes que a própria lei aplicável, se diria. Assim, caminharão bem aqueles profissionais, árbitros, advogados ou peritos, que focarem nos fatos”.

E bem assim caminharão ainda quando não desponte sublime e cristalina-mente a decantada verdade material, pois, de tão mitificada, tocá-la será ventura própria de semideuses. Aos que discordam, sugiro um passar d'olhos no texto do autor, que discorre com fineza sobre os sistemas adversarial e inquisitorial e a angústia no processo de busca pela verdade. São várias as “verdades” sustentadas pelas partes em uma única controvérsia. Ou, sob outros prismas, verdades e verdades; verdades e inverdades; verdades e desvios da verdade; verdades e mentiras; cinismo, emulações, falsidades, meias-verdades e um pouco de verdade. Enfim, qual a verdade alcançável em processo permeado por desconfianças?

Se não responde, visão estratégica dos advogados na fase que antecede a arbitragem e, por suposto, no trânsito do procedimento, é de enorme valia. Surpreendentemente, não é o que se verifica com a frequência desejável. Briga-se pela briga. Por tudo, e por mais ainda. O racional vagueia a deriva. A tese lustra o ego que, por óbvio, esnoba os fatos. Laudas e laudas são escritas, em textos deveras repetitivos, sem qualquer freio de acomodação. Sem visão objetiva e pragmática do que se quer, se pode ou se vai obter. Estratégia, zero. Essa ausência de visão estratégica desponta com clareza na dilação probatória, notadamente na audiência para oitiva de testemunhas, justamente no ápice da arbitragem, quando, por vezes, as “verdades” pronunciam-se e a simetria se faz notar.

Essa circunstância, por certo, dificulta sobremaneira a entrega da tutela jurisdicional pelo árbitro, que deve expressar o seu livre convencimento. Convicção essa cujo processo intelectual que a precede – e encerra – é objeto de rigor, qualificação e expectativa por parte de Octávio Fragata. Os desvios e desencontros são, sem embargo, analisados sob o ângulo do tecnicismo das provas desautorizadas, da insuficiência probatória, da inferência negativa e da sensibilidade do diálogo entre árbitro e partes.

O autor trafega com ponderação e pertinência nos temas das provas oral e pericial, tratando de matérias caras à arbitragem, tais como o depoimento de advogado, a entrevista prévia com testemunhas, os depoimentos escritos, o chamado *cross-examination*, a credibilidade dos depoimentos de testemunhas e técnicos e a precaução na inquirição dos peritos. Por certo, o ônus da prova é tarefa tão penosa quanto encantadora.

Como alerta Octávio Fragata, ao citar Jeremy Bentham, no descortino de seu texto, a arte do processo nada mais é do que, essencialmente, a arte de administrar as provas. E quantas são as vezes em que o direito aparenta indicar a vitória de uma das partes, mas a prova lhe furta esse privilégio. *Sua Excelência, os fatos*, alegados e provados. Prova é o antídoto à intuição. É elemento substantivo orientador do convencimento do julgador.

Está-se na seara da análise e deliberação sobre os rumos da sentença arbitral, momento esse – processamento de informações – onde Octávio Fragata traça importantes comparações e conclusões entre os sistemas *reflexivo* (intuitivo) e

refletivo, este mais exaustivo por exigir grau maior de concentração, o que implica em limitação temporal ou capacidade de trabalho e absorção inferior ao sistema *reflexivo*, de uso mais costumeiro e, portanto, mais fácil de manejar.

Por isso mesmo, acentua Octávio Fragata, com inteira razão, “o problema com o sistema *reflexivo* é que, como ele está constantemente funcionando, da mesma maneira que se buscam modelos de solução que tenham funcionado para aqueles fatos, também se analisam os fatos buscando enquadrá-los nesses modelos de solução. E isso afeta sobremaneira a possibilidade de uma análise imparcial e que cumpra efetivamente o múnus do árbitro, qual seja resolver a controvérsia que as partes estão colocando naquele momento”.

Objetivamente, cumpre ao julgador, a par do conhecimento que detém e daquele que angariou na análise do caso concreto, ter noção de suas naturais limitações e despir-se de pretensas lúreas intelectuais. Escutar, ponderar, refletir, visitar os fatos e ter dúvida. Admitir a possibilidade de estar equivocado, de não ter percebido certa nuance. Enfim, e acima de tudo, desapegar-se do seu *eu*, pois o ego é o ópio dos maus julgamentos.

Em síntese, este trabalho de Octávio Fragata transgride naquilo que é imperativo à inovação. Elaborado com coragem e a dose certa de ousadia – imprescindíveis ao avanço do conhecimento jurídico – há de estar sempre ao alcance dos estudiosos e arbitralistas.

Lisboa, Abril de 2016.

Pedro A. Batista Martins

SUMÁRIO

Prefácio – PEDRO A. BATISTA MARTINS	7
Introdução	15
1. Os efeitos do inconsciente na convicção do árbitro	23
2. A finalidade do processo arbitral e o seu efeito sobre a convicção do árbitro	53
2.1 Introdução.....	53
2.2 A teoria da prova na arbitragem.....	57
2.3 Arbitragem como justiça distributiva ou comutativa?	59
2.4 O que é a verdade? – Francis Bacon	68
2.5 A busca pela verdade e a epistemologia do processo.....	74
2.6 A busca pela verdade e o devido processo legal	82
3. A convicção do árbitro e o ônus da prova	85
3.1 Introdução.....	85
3.2 Sistemas legais: a prova legal e a prova moral.....	87
3.3 A instrução probatória e a determinação da lei aplicável sobre ela	89
3.4 O ônus da prova na arbitragem.....	100
3.4.1 O ônus subjetivo: quem deve provar	103
3.4.2 O ônus objetivo: quem deve prevalecer	111

3.5	A convicção do árbitro e o ônus de provar um direito	115
3.6	A convicção do árbitro diante da insuficiência de provas	125
4.	Os meios de prova e a sua influência na convicção do árbitro.....	135
4.1	Introdução.....	135
4.2	Prova oral	138
4.2.1	Quem pode depor	140
4.2.2	A reunião prévia com o depoente	145
4.2.3	Depoimento escrito a anteceder o oral.....	147
4.2.4	A técnica da inquirição de testemunhas (o Direct e o Cross-Examination).....	153
4.2.5	A credibilidade da testemunha e a impugnação do seu depoimento	157
4.2.6	A convicção do árbitro e credibilidade da testemunha	164
4.3	Prova pericial.....	169
4.3.1	Cálculo de prejuízo.....	171
4.3.1.1	Quantificação dos prejuízos: métodos, probabilidade de retorno, riscos e questões afins	174
4.3.2	A credibilidade do perito	182
4.3.2.1	As premissas do parecer	184
4.3.2.2	O risco do empreendimento	184
4.3.2.3	A concorrência do setor.....	186
4.3.2.4	Atribuição de taxa de retorno	187
4.3.2.5	Mitigação de prejuízo.....	188
4.3.3	A convicção do árbitro e a credibilidade do <i>expert</i>	190
5.	A expressão da convicção do árbitro: a sentença arbitral	193
5.1	Introdução.....	193
5.2	A deliberação do Tribunal Arbitral	196
5.3	A sentença arbitral.....	210
5.3.1	Relatório.....	212
5.3.2	Fundamentação	213
5.3.3	Dispositivo	221

5.3.4 Data e lugar em que foi proferida	222
5.3.5 Assinatura.....	224
5.4 Sugestões para a fundamentação de uma sentença	226
5.5 A avaliação da sentença arbitral pelo processo decisório ou pelo seu resultado	229
Conclusão.....	233
Referências bibliográficas.....	239

INTRODUÇÃO

*There are more things in heaven and Earth, Horatio,
Than are dreamt of in your philosophy.*
(William Shakespeare)

O escritor inglês, William Shakespeare, retratou, muito antes de seu fundador, os principais conceitos da psicopatologia da vida cotidiana. Além da psicologia, William Shakespeare expôs com igual proeza, por toda a extensão de seus textos e suas peças, diversos dos principais conceitos da ciência jurídica.¹

Em *Medida por medida*, por exemplo, descreveu (e as contrapôs brilhantemente) três concepções do ato de julgar:² uma que valoriza excessivamente a empatia, levando à erosão do Estado de Direito;³ uma que falha no sentido oposto, pedindo a “interpretação rígida” da “letra da lei”;⁴ e, finalmente, uma que percebe que o ato de julgar é algo muito mais complexo do que qualquer um dos outros dois extremos indicaria.⁵

1. Para um estudo acerca do direito em Shakespeare, ver CASTRO NEVES, J. R. *Medida por medida: o Direito em Shakespeare*. 2. ed. Rio de Janeiro: GTZ, 2013.

2. YOSHINO, K. *Mil vezes mais justo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 66.

3. O primeiro sentido advém do Sermão da Montanha: “Não julgueis, para que não sejais julgados. Pois, com o critério que julgardes, sereis julgados; e com a medida com que tiverdes medido, vos medirão também. Por que vês tu o argueiro no olho de teu irmão, porém não reparas na trave que está no teu próprio? Ou como dirás a teu irmão: Deixa-me tirar o argueiro do teu olho, quando tens a trave no teu? Hipócrita, tira primeiro a trave do teu olho e, então, verás claramente para tirar o argueiro do olho de teu irmão”. *Bíblia*, Evangelho de Mateus, Capítulo 4-7, versículo 23.

4. O segundo sentido advém do *Velho Testamento*, no qual a punição é proporcional ao crime.

5. O terceiro sentido é pagão, tendo sua origem na temperança de Aristóteles ou no meio-termo de Arquimedes.

Embora Shakespeare tenha nos mostrado as três concepções do ato de julgar, *Medida por medida* pouco ajuda no sentido de auxiliar o julgador – da vida real – a encontrar parâmetros práticos para situar-se no espectro que o caso concreto lhe demanda.

A doutrina jurídica tampouco o faz.

Talvez – é preciso sempre dizer talvez quanto à justiça – em função da necessidade de estabelecer as bases processuais do processo justo, a doutrina tem, quanto ao julgador, concentrado os seus esforços nas questões processuais do ato de julgar, isto é, se o árbitro detém poderes instrutórios para proceder de uma determinada maneira, quais os limites do poder discricionário do árbitro, os requisitos da motivação na sentença, entre outros. Além disso, quando se debruça sobre o convencimento do árbitro, pouco expõe a doutrina jurídica sobre como se dá esta convicção, limitando-se a discorrer sobre a perspectiva processual do ato e da proteção que oferece ao juiz (e, de certo modo, às partes) o princípio do livre convencimento motivado.⁶

Se essa é uma tendência do processo judicial, tão numeroso, o mesmo se aplica ao processo arbitral.

E desde a promulgação da Lei de Arbitragem em 1997, o número de profissionais a atuarem como árbitros expandiu-se drasticamente. Diferentemente dos juízes de direito, contudo, os árbitros não *são* árbitros, eles *estão* árbitros. E, em assim sendo, não têm acesso a uma série de treinamentos pelos quais passaram os juízes de direito, para o bem e para o mal, e tampouco tem instâncias revisoras (recursos) a corrigir-lhes eventuais equívocos quanto ao mérito ou mesmo quanto à condução do processo.

A experiência nos mostra, no entanto, que não obstante a ausência de treinamento específico para o exercício do ato de julgar, a maioria dos árbitros, talvez em função da experiência que carregam dos anos de vida forense, tem se portado com a lisura que o cargo exige. No entanto, se isso é verdade para a maioria dos árbitros, não o é para todos.

Sem embargo, pouco se pode culpá-los. Não existe na vasta doutrina arbitral, nenhum texto que analise de maneira profunda e sistemática o processo decisório do árbitro e que, sob a perspectiva interna, avalie não apenas como o árbitro alcança a sua convicção, mas como ele *deveria* alcançar a sua convicção.

6. Algumas tentativas nesse sentido foram as empreendidas por SUSSMAN, E. “Arbitrator Decision Making: unconscious psychological influences and what you can do about them”. *Revista Brasileira de Arbitragem do Comitê Brasileiro de Arbitragem*, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 76-103, abr.-jun. 2014 e REED, L. “Arbitral Decision-Making: art, Science or sport?” *The Kaplan Lecture 2012*, Hong Kong, dez. 2012. Disponível em <http://www.arbitration-icca.org/media/1/13581569903770/reed_tribunal_decision-making.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2015.

O presente trabalho busca suprir esse vácuo; corrigir a ausência impunida. Para tanto, focou-se no ato de julgar do árbitro, na sua convicção, a perspectiva interna de quem julga.

Convicção tem sua origem epistemológica na palavra *convictio*, que, por sua vez, advém de *convincere*, formada por *con-vincere*: vencer, derrotar por meio de provas, refutação, suplantar decisivamente. Ao recorrer, por exemplo, ao “Dicionário dos Sinônimos – Poético e de Epítetos da Língua Portuguesa”, nos deparamos com a seguinte explicação:

“Exprimem estas duas palavras [persuasão e convicção] o acto pelo qual a nossa alma aquiesce àquilo que se lhe propõe como verdade, com a ideia acessória duma coisa que a determinou a este acto. A convicção é uma aquiescência fundada em provas duma evidência irresistível e vitoriosa. A persuasão é uma aquiescência fundada em provas menos evidentes, posto que verosímeis, porém mais próprias a interessar o coração que a ilustrar o espírito. Aquela é filha da razão, e do domínio da inteligência; esta obra mais sobre o coração, e depende da sensibilidade. A convicção, sendo o efeito da evidência, não pode enganar; assim que, não pode ser falso aquilo de que estamos legitimamente convencidos. A persuasão é o efeito de provas morais, que podem enganar; e assim podemos estar muitas vezes persuadidos dum erro mui real, que tenhamos por verdade mui segura.

Um raciocínio exacto e rigoroso produz a convicção nos ânimos rectos; a eloquência e a arte oratória podem produzir a persuasão nas almas sensíveis. As almas sensíveis, diz Duclos, têm uma grande vantagem para a sociedade, a de estarem persuadidas de verdades de que não está convencido o ânimo; a convicção é muitas vezes somente passiva; a persuasão é activa, dá impulso e faz obrar.”⁷

Convicção é, portanto, o estado psicológico de convencimento causado por um raciocínio exato e rigoroso, pautado em fatos e evidências, que leva o julgador (no caso, o árbitro) a decidir acerca de uma proposição de fato ou de direito.

Nesse sentido, além dos aspectos psicológicos e de formação (ou até mesmo religiosos) que levam um árbitro a julgar em favor de uma ou de outra parte, existem diversas questões técnicas importantíssimas que passam pelo processo decisório do árbitro: (i) o convencimento do árbitro deve ser pautado pela busca da verdade ou no discernimento dos fatos que, no âmbito do processo, perfazem a realidade?; (ii) como se molda (ou deveria se moldar) a convicção do julgador? E se ela deve ser, invariavelmente, atrelada aos fatos do processo, qual deve ser o critério do ônus da prova a pautar o convencimento do árbitro? Deve ele ser subjetivo, de modo que, mudando a composição do Tribunal Arbitral, mudar-se-á o critério? Ao definir o ônus da prova, deve o árbitro levar em consideração o contexto do litígio, as suas circunstâncias, ou deve ele ser fixo, permanente,

7. ROQUETE, J. I.; FONSECA, José da. *Dicionário dos sinônimos – poético e de epítetos da língua portuguesa*. Porto: Lello e Irmão Editores.

estável, independentemente da matéria tratada?; (iii) a influência dos meios de prova e o peso que cada prova deve ter sobre a convicção do árbitro, entre outras. Além disso, a maneira como o árbitro expressa a sua convicção é uma questão igualmente delicada e que contribui à legitimidade e autoridade que a sua sentença exercerá sobre as partes.

As questões que se colocam acima buscam, em essência, responder a uma grande pergunta: como alcança (ou deveria alcançar) o árbitro a sua convicção?

A convicção do árbitro, portanto, é distinta do ato de julgar. Enquanto a convicção é interna, o ato de julgar é externo. Ambos, no entanto, comportam diversos desdobramentos.

A começar, quanto ao ato de julgar, há a discussão da natureza jurídica da jurisdição arbitral. Por ser um instituto análogo ao judiciário, mas cuja sentença foi equiparada por lei àquela do juiz, a discussão é se, no exercício da sua função, a natureza jurídica da arbitragem conferiria ao árbitro os mesmos poderes que detém o juiz de direito. A discussão não é nova.

De um lado, há aqueles doutrinadores que entendem que, por a lei ter equiparado o árbitro ao juiz de direito (art. 18, Lei de Arbitragem), detém o árbitro poderes jurisdicionais tais quais os do juiz, conferindo-lhe ampla liberdade para instruir o processo e ‘innovar’ no direito, entre outros. Do outro, há aqueles que entendem que a jurisdição arbitral nasce de um contrato que define as suas fronteiras, criando-se, outrossim, limites à liberdade do árbitro, seja no que diz respeito à instrução do processo, seja no que diz respeito a inovações quanto ao direito. A natureza contratual da arbitragem conferiria aos árbitros apenas os poderes previstos pelas partes na cláusula compromissória, termo de arbitragem ou outros instrumentos balizadores do processo, mas nada além disso. Por fim, há aqueles que buscam situar-se entre os dois extremos, sustentando que a arbitragem nasce de um contrato (tendo origem contratual, portanto), mas, uma vez constituído o Tribunal Arbitral, este deteria os poderes típicos da jurisdição, fazendo a natureza jurídica da arbitragem migrar para jurisdicional. A mistura de sua origem contratual com a sua essência jurisdicional faria a sua natureza jurídica mista. Há, ainda, aqueles que entendem que, por faltar ao árbitro alguns elementos da jurisdição (poder de coerção, por exemplo), porém, acima de tudo, por ter os seus poderes moldados e submetidos à autonomia da vontade das partes, a arbitragem detém natureza jurídica contratual, mas, por força de lei, os efeitos da sua sentença são equiparados àqueles da sentença judicial.

Embora pareça antiga a discussão, o seu efeito sobre o ato de julgar do árbitro é direto. A depender da natureza jurídica da arbitragem e o seu propósito, poderá o árbitro, se jurisdicional, por exemplo, tomar iniciativas probatórias, inovar quanto ao direito aplicado, chamando ao caso artigos de lei e teses jurídicas não contempladas pelas partes. Por outro lado, caso se considere que a sua natureza é contratual, os poderes instrutórios dos árbitros e mesmo aqueles disci-

cionários encontram-se limitados à autonomia da vontade das partes. Neste caso, apenas no caso de as partes lhes conferirem tal liberdade, poderão os árbitros assim caminhar. Do contrário, extrapolam os limites estabelecidos na convenção de arbitragem e, posteriormente, no Termo de Referência / Ata de Missão.

Mais, o problema de identificação, interpretação e justificação do direito aplicado consiste em tema de maior importância para os que militam com o direito e, ainda mais, para aqueles que entendem que a natureza jurídica da arbitragem é jurisdicional. Em assim sendo, o árbitro teria maior liberdade em interpretar o direito da maneira como melhor lhe convir, enquanto que, na natureza contratual, o direito encontra-se ali, estático, tal qual apresentado pelas partes.

Por fim, cabe-nos destacar, entre tantos outros temas que poderiam surgir ao discorrer sobre o ato de julgar, a instrução probatória. A prova é tema extremamente delicado porquanto não apenas serve à convicção do árbitro como auxilia na própria definição do direito aplicado e sobre a incidência de determinada norma jurídica à circunstância fática suscitada.

Nesse particular, as provas perfazem tema que, tal qual o direito aplicado, merece amplo e aprofundado estudo no âmbito da arbitragem. As discussões a ele relacionadas vão desde a sua admissibilidade e relevância, aos meios pelos quais se apresenta nos autos, como, por exemplo, a necessidade de depoimento escrito de uma testemunha a anteceder o seu depoimento oral, até o espinhoso tema da valorização das provas e os limites que detêm os árbitros (ao contrário dos juízes) na sua produção. Por exemplo, os árbitros não detêm poderes sobre pessoas, naturais ou jurídicas, que não sejam parte da arbitragem ou signatárias da convenção de arbitragem.

Porquanto todos esses temas sejam de primordial importância no estudo da arbitragem e do processo arbitral, focamos o presente trabalho na perspectiva interna: como deve o árbitro portar-se diante de um caso concreto. Como deve ela chegar à sua convicção? *Pode* ele inovar seja com relação aos fatos, seja com relação ao direito? E mais, se ele pode, *deve* ele?

As páginas que seguem buscam responder a essas perguntas. Buscam mais; buscam demonstrar que independentemente da natureza jurídica que se estende à arbitragem, o árbitro, embora possa deter poderes instrutórios ou discricionários, não deve ele exercê-lo.

Em defesa deste entendimento, expõe-se, primeiramente, sobre as condições para o exercício da convicção, qual seja que o árbitro seja imparcial e independente. Mas, a imparcialidade e a independência são palavras que comportam diversos significados e desdobramentos, entre os quais a, em seguida explorada, (im)parcialidade inconsciente, que o próprio árbitro não percebe, mas que atua tanto para desviar dos argumentos que as partes lhe apresentam como interfere na sua avaliação das provas, cegando-lhe aos fatos que contradizem a sua intuição inicial.

Justamente neste particular encontra-se uma das questões mais delicadas do presente trabalho. Enquanto se pretende que o árbitro e o juiz possuam tarefas distintas, árbitro e juiz atuam na mesma seara: a de, provocado pelas partes, aplicar o seu saber jurídico a uma determinada questão litigiosa sobre a qual se aplicam normas de direitos. Em assim sendo, na ausência de estudos quanto à influência do inconsciente no processo decisório dos árbitros, buscamos utilizar as pesquisas disponíveis quanto aos juízes de direito, por lhe serem análogos. Tais pesquisas, oriundas notadamente dos Estados Unidos, analisam os diversos fatores conscientes ou inconscientes que afetam, de maneira perversa, a imparcialidade do julgador (sejam eles árbitros ou juízes). Delineada a base empírica das influências psicológicas sobre a convicção do árbitro e a *parcialidade* que as suas iniciativas podem carregar, buscaremos demonstrar como o processo, aqui sim arbitral, apoia e embasa o que ora se sustenta.

Se a discussão da convicção dos árbitros passa necessariamente por aquela das provas e dos fatos que lhe são subjacentes, é natural que se busque responder, no presente trabalho, antes de entrar em questões mais técnicas a respeito da instrução probatória, a função do árbitro durante a instrução probatória: deve ele buscar a verdade ou será suficiente que ele busque a realidade, que aparece por meio das diferentes versões das partes?

Nesse particular, recorda-se a metáfora de Calamandrei usada para explicar a relação entre os advogados e os juízes. Ele menciona um quadro de Philippe de Champaigne que retrata três poses do Cardinal Richelieu. No meio, temos o Cardinal Richelieu de frente, na qual podemos ver a sua face nos mirando. Em cada lado, encontramos o Cardinal Richelieu de perfil, olhando ao centro, de modo que o retrato do lado esquerdo nos mostra a face direita do Cardinal, e o do lado direito, a face esquerda. Calamandrei diz então que o que ocorre no quadro acontece nos processos judiciais: “The lawyers present the two profiles of truth, but only the judge in the center look it full in the face”.⁸ E acrescenta:

“(...) place two painters side by side before the same landscape, each with his own easel, and return an hour or so later to see what each has on his canvas. You will find two landscapes so different that it will seem impossible that they were drawn from the same model.

Would you say that one of the artists has betrayed truth?”⁹

Adiciona-se a isso a influência nas arbitragens, mesmo aquelas puramente domésticas, de fatores culturais estrangeiros, notadamente aquelas do direito comum relativas à prova oral e pericial. Não raro se vê, nas arbitragens, mesmo aquelas puramente domésticas (a saber, aquelas que todas as partes, árbitros, instituição, sede e direito aplicado são nacionais), as partes utilizando-se de técnicas

8. CALAMANDREI, P. *Eulogy of Judges*. Princeton: Princeton University Press, 1942. p. 37.

9. CALAMANDREI, P., *op. cit.*, p. 39.

ditas estrangeiras na instrução probatória, como, por exemplo, o uso do *cross-examination*. Conquanto o *cross-examination* tenha nascido nos países de tradição anglo-saxônica, ele encontrou campo fértil em arbitragem e tem sido usado por toda parte.

O multiculturalismo que ocorre em arbitragem e a ampla discricionariedade que possuem as partes e os árbitros para definir o procedimento pode nos levar a crer, por exemplo, que não há lei aplicável às provas em arbitragem, o que não é o caso. Embora as partes e os árbitros detenham ampla liberdade para estabelecer o procedimento a ser seguido, há diversos aspectos da instrução probatória que devem continuar a ser regulados pela lei aplicável. Em assim sendo, qual a lei aplicável no que diz respeito às provas em arbitragem e como deve o árbitro proceder nesse sentido? E se é verdade que os árbitros detêm – por manifestação da própria autonomia da vontade das partes ao escolher um determinado Regulamento a aplicar-se sobre a arbitragem – relativa discricionariedade no que diz respeito ao procedimento, isso não se inclui o ônus da prova, que diferentemente, é regulado pela lei substantiva. E dada a importância deste elemento à convicção dos árbitros, afinal, é o ônus da prova que servirá de guia para que o árbitro saiba a quem cabe e qual o nível de convencimento que ele deve alcançar, faz-se fundamental analisar qual o ônus da prova que se aplica sobre o árbitros.

Caminhando, nos deparamos então com a conclusão e objetivo final da função do árbitro: a sua sentença. A importância da sentença arbitral se revela não apenas como expressão da convicção do árbitro, mas também como meio de se afirmar e, porque não, assegurar a autoridade da arbitragem.

Nesse sentido, para que possa surtir efeitos perante as partes, a convicção do árbitro necessita ser fundamentada e justificada à luz do contexto do caso concreto e deve referir-se tanto aos fatos, favoráveis e desfavoráveis, como ao discurso trazido pelas partes. A sentença perfaz dentro do contexto de autoridade e legitimidade da arbitragem o principal regulador do cumprimento da sua função do árbitro.

A convicção do árbitro é, como se esperou apresentar nesta introdução, tópico delicado, que incorpora tanto questões íntimas, subjetivas, como questões técnicas, sendo que em todas elas, o árbitro irá bem se concentrar-se nos fatos.

Nesse particular, os fatos muitas vezes são lidados de maneira separadas nos casos concretos; quase como uma obrigação que os árbitros e os advogados cumprem por requisito lógico da aplicação da lei, mas incomparável quando diante da paixão com que os árbitros e os advogados falam sobre o direito e os princípios jurídicos que regulam aquela situação concreta. Nada mais ingênuo. Os fatos são primordiais para a convicção do árbitro; mais relevantes que a própria lei aplicável, se diria. Assim, caminharão bem aqueles profissionais, árbitros, advogados ou peritos, que focarem nos fatos. Ou, como ponderou Calamandrei:

“[T]he man who sticks to facts, be he judge or lawyer is a good man. He is modest, perhaps, but honest; he is more concerned with finding the just solution most adequately covering the facts at hand than in cutting a fine figure as a contributor to a law journal. Placing the good of his clients above his own, he undertakes a laborious examination of their files, a task which requires abnegation and yields no glory.”¹⁰

Em assim sendo, buscou-se expor de maneira sistemática e fundamentada um entendimento – o de seu autor – sobre como deve o árbitro proceder à sua convicção quando analisando um caso concreto. E, embora elaborada sob a ótica do árbitro e a instrução probatória arbitral, algumas das suas conclusões poderiam igualmente ser apostas à figura do juiz de direito, principalmente quando se analisa a liberdade que se lhes oferece o Código de Processo Civil, sancionado em 16 de março de 2015.

Ao final, tem o presente trabalho objetivo de, analisando o processo decisório do árbitro, agregar à legitimidade do instituto da arbitragem e à autoridade da sua sentença.

10. CALAMANDREI, P., *op. cit.*, p. 54.

OS EFEITOS DO INCONSCIENTE NA CONVICÇÃO DO ÁRBITRO

Decidir litígios é uma atividade que acontece a toda hora em cada canto do mundo. As estatísticas demonstram que, apenas no ano de 2012, mais de 1.4 milhão de ações judiciais foram distribuídas aos juízes de primeira instância do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. No Estado de São Paulo, esse número duplica, com 3.033.542 de casos novos no ano de 2012. No tribunal de segunda instância, o de recursos, já com a implementação das novas regras do agravo retido, esse número é de quase 200.000. No Superior Tribunal de Justiça, apesar de todos os mecanismos de restrição aos recursos àquela corte, 261.382 recursos foram distribuídos no ano de 2012 para processamento e julgamento, sendo que, nesse mesmo ano, aproximadamente 350.000 decisões foram proferidas, incluindo aqui as monocráticas.¹

Apesar do opressivo número de processos, o acesso a estudos acadêmicos que analisam o processo decisório dos juízes sob um ponto de vista sistêmico é escasso.

Além dos aspectos psicológicos e de formação (ou até mesmo religiosas) que levam um juiz a julgar em favor de uma ou de outra parte, existem diversas questões técnicas importantíssimas que passam pelo processo decisório do juiz.

1. Dados obtidos do Relatório “Justiça em Números”, apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 16 mar. 2015.