

EM TORNO DO ÁRBITRO

Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 28/2011 | p. 47 - 63 | Jan - Mar / 2011
 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2/2014 | p. 681 - 698 | Set / 2014
 DTR\2011\1296

Carlos Alberto Carmona

Professor Doutor do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP. Advogado.

Área do Direito: Arbitragem

Resumo: Neste artigo, o autor revisita as peculiaridades da arbitragem como meio de solução de controvérsias e suas diferenças em relação ao processo civil, ressaltando os riscos de sua "processualização" excessiva. Nesse contexto, analisa algumas particularidades procedimentais, bem como algumas de suas principais características, como a neutralidade, a imparcialidade, a independência e a especialidade do árbitro.

Palavras-chave: Arbitragem - Processo - Características - Diferenças - Árbitro.

Abstract: In this article, the author revisits the peculiarities of arbitration as a method for dispute resolution and its differences in comparison to civil procedure. He also highlights the risks of excessively applying civil procedure to arbitration. In this context, he approaches some procedural particularities of arbitration, as well as some of its main characteristics, as the arbitrators' neutrality, impartiality, independence and speciality.

Keywords: Arbitration - Civil procedure - Characteristics - Differences - Arbitrator.

"Honest arbitrators do not manifestly disregard the Law. But they may well misconstrue the law, or misapply it, or get the facts wrong. So, of course, may judges, administrative agencies, tax assessors, and other decision-makers. But whereas in virtually every judicial system a losing party has at least a chance to challenge the outcome of a legal proceeding, arbitration is different" (Andreas Lowenfeld. *Can arbitration coexist with judicial review? Lowenfeld on International Arbitration. Collected Essays over Three Decades.* Nova Iorque: Juris Publishing, 2005. p. 191).

Sumário:

1. ARBITRATION IS DIFFERENT - 2. PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA - 3. PROCESSUALIZAÇÃO DA ARBITRAGEM - 4. INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE - 5. NEUTRALIDADE - 6. ÁRBITRO E JUSTIÇA - 7. ARBITRAGENS E ORNITORRINCOS

1. ARBITRATION IS DIFFERENT

Sistema – e peço perdão pela simplificação rasteira – é uma reunião ou combinação orgânica de proposições, princípios e métodos coordenados de molde a formarem um todo científico ou um corpo de doutrina, tudo voltado à produção de um certo resultado. Se assim é, não vejo problema algum em reconhecer que a arbitragem constitui um verdadeiro sistema, com características próprias, a distinguir este método de solução de litígios de outros meios heterocompositivos de solução de controvérsias, como o processo ordinário estatal ou como os juizados especiais.

O reconhecimento de que a arbitragem forma um sistema, com métodos próprios e proposições específicas, justifica em grande parte seu sucesso recente no Brasil, muitas vezes atribuído – erroneamente – à grave crise do Poder Judiciário e ao descompasso de nosso processo estatal (envelhecimento do sistema processual fornecido pelo Estado). A *crise do Poder Judiciário* não explica, por si só, o crescimento galopante da arbitragem em nosso país: é verdade que a educação dada aos juízes não os prepara para a *arte de julgar bem* (as faculdades não preparam adequadamente os bacharéis para a judicatura, as escolas da magistratura ainda não decolaram, os juízes que ingressam na magistratura são cada vez mais jovens e inexperientes); é verdade que os juízes *não têm tempo* (cada magistrado lida com alguns milhares de processos, os julgadores não conseguem atender os advogados em seus gabinetes, acumulam funções que não conseguem desempenhar a contento); é verdade que os juízes não dispõem da

estrutura necessária para decidir e fazer implementar suas decisões (os cartórios continuam a manter arcabouços funcionais arcaicos, faltam máquinas, equipamentos e pessoal adequados). Mas também é verdade que os contendentes não escolhem a arbitragem para poder fugir deste horror, e sim porque querem um *método diferente* de julgar, mais arejado, mais técnico, menos burocrático. Se é verdade incontestemente que o Poder Judiciário tem sérias dificuldades no Brasil, ¹ também é fato sabido que em países desenvolvidos, nos quais o Judiciário anda muito bem, a arbitragem desenvolve-se à larga.

Quanto à *crise do processo* (o sistema processual, desnecessário dizer, apresenta disfunção evidente), não creio que seja essa a causa do sucesso da arbitragem: o que as partes querem da arbitragem não é a superação das falhas do processo (deste, claudicante, que aí está ou de qualquer outro que o Estado venha a nos ofertar). ² Querem os contendentes outro método, outras proposições, outros princípios. Querem um outro sistema.

A arbitragem, portanto, compõe uma estrutura *diferente* daquela oferecida pelo Estado para a solução de controvérsias.

Diferente não quer dizer *oposto*, não significa avesso. Arbitragem e processo (estatal) não se repelem. Completam-se, amoldam-se, amalgamam-se. Mas são diferentes.

Tenho insistido – para espanto de muitos, especialmente daqueles que não estudam o Direito Processual com a necessária profundidade – que o Código de Processo Civil não se aplica à arbitragem. Parece heresia. Não é. Se os princípios do processo civil orientam e permeiam o processo arbitral (como também permeiam o processo constitucional, o processo administrativo, o processo tributário) o Código de Processo Civil tem utilização bem mais restrita e deve ser consultado no âmbito dos tribunais estatais. Princípio é uma coisa, lei é outra, de modo que os princípios gerais do processo são aplicáveis, é claro, a todos os processos, entre eles o arbitral, sem que haja necessidade de recorrer às normas processuais codificadas que regem o processo estatal.

Isto significa que o processo arbitral encontra um ambiente aberto à flexibilidade, o que não acontece em nossas abafadas cortes estatais. Esta flexibilidade procedimental, como é natural, torna os árbitros muito menos engessados que o juiz togado, permitindo-lhes experimentar novos e variados meios de descobrir fatos e aumentar sua capacidade de entender o direito que devem aplicar.

Este ambiente de liberdade que permeia a arbitragem põe em realce seu protagonista: o árbitro.

2. PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

São muitos os caminhos da Justiça, e múltiplas as formas de participação social na sua administração. Conciliadores, juízes leigos (os antigos pretores do Rio Grande do Sul), jurados, árbitros, todos participam, de algum modo, da administração da Justiça em nosso país, legitimando-a democraticamente. Estas fórmulas democráticas, abertas e modernas de exercitar a jurisdição provocam uma reflexão necessária: jurisdição ainda é uma função estatal?

É arraigada em nossa doutrina nacional a ideia de que a jurisdição é função do Estado, e de mais ninguém. O poder de julgar – diziam os nossos antigos – “pertence à nação, que o exerce por meio de seus juízes”. ³ Assim, o *judicial* apropriava-se do *jurisdicional*, criando um bloco difícil de separar, e todos nós criamo-nos e crescemos à sombra deste ajuntamento artificial e impreciso. Chegado o terceiro milênio, não há mais como manter a liga.

Se jurisdição é poder, função e atividade (*poder* de impor uma decisão, *função* de promover a realização do direito e *atividade* desenvolvida por meio de um processo), ⁴ não é possível que só o juiz estatal a exerça. O árbitro, juiz privado indicado pelas partes em litígio, decide a contenda vinculando as partes, dita a regra para o caso concreto e faz tudo isso mediante um procedimento em contraditório (processo, portanto). Não vejo diferença ontológica entre uns (os juízes) e outros (os árbitros).

Todos conhecem os termos da discussão sobre a jurisdicionalidade da arbitragem: para um grupo, salta aos olhos a natureza contratual do poder dos árbitros; para outros, a atividade dos julgadores é a mesma dos juízes, pouco importando a forma de investidura (os juízes são investidos de seus poderes pelo Estado; os árbitros são investidos de seus poderes diretamente pelas partes).

A lei brasileira – isso o que mais importa – claramente optou pela vertente jurisdicional. E não fez isso por acaso: fê-lo, bem ou mal, de caso pensado.

Somente após 1996, com a edição da Lei 9.307, a arbitragem floresceu em nosso país. O motor deste desenvolvimento, é claro para mim, foi a proteção legal dada à arbitragem, proteção essa que equiparou o árbitro ao juiz e o laudo à sentença.

Estas equiparações, bem pensadas, incomodaram muito e muitos. Árbitro não é juiz, é árbitro! Equiparar um ao outro é criar confusão desnecessária, trazendo ranço do Estado para atividade privada. Se não existe a profissão de árbitro, por que afirmar que o árbitro “no exercício de suas funções” fica equiparado aos funcionários públicos para os efeitos da legislação penal (art. 17 da Lei 9.307/1996)? Como afirmar, em sã consciência, que o árbitro é juiz de fato e de direito (art. 18 da Lei 9.307/1996)? A mesma lógica deveria repelir a ideia de que a decisão dos juízes privados pudesse ser denominada de sentença.

Estas e muitas outras perplexidades formaram um núcleo de riscos calculados quando a Lei de Arbitragem foi editada. O legislador imaginou que a aproximação do juiz e do árbitro emprestaria (como de fato emprestou!) maior força à arbitragem; o mesmo pode ser dito da equiparação das sentenças estatais e arbitrais.

A afirmação de que o árbitro é juiz de fato e de direito, a bem da verdade, não foi do legislador de 1996. O Código de Processo Civil de 1973 já dizia isso (art. 1.078 do CPC – revogado pela Lei 9.307/1996).⁵ Entendia a doutrina de então que a afirmação deveria ser entendida como a atribuição de poderes ao árbitro para apurar os fatos em que as partes se embasaram para pedir o reconhecimento de seus direitos e decidir a lide aplicando o direito. O art. 18 da Lei 9.307/1996 faz lembrar a ideia de que em alguns juízos separam-se as decisões de fato das decisões de direito: no julgamento pelo júri há apenas apreciação dos fatos, enquanto em determinados recursos (recurso especial, recurso extraordinário) a matéria em questão é apenas de direito. Talvez o legislador de 1973 (imitado pelo de 1996) tenha querido reforçar a ideia de que o árbitro – tal qual o juiz – julgará o fato e aplicará a lei ao caso concreto (concretização da norma). Estas fórmulas legislativas, repetidas, acabam reforçando ideias; creio que tenha sido esta a intenção do legislador: reforçar a aproximação entre juízes e árbitros, deixando à mostra a identidade dos respectivos poderes, funções e atividades.

O mesmo pode ser dito do art. 17 da Lei 9.307/1996, que em certa medida evoca o que dispunha o art. 1.083 do CPC (revogado pela Lei 9.307/1996).⁶ A ideia do legislador certamente foi a de robustecer a confiança das partes no árbitro escolhido para resolver-lhes o litígio, pois o Estado ameaça e pune aquele que agir de modo temerário no exercício da função jurisdicional. A punição só alcançará aquele que estiver exercendo a função jurisdicional (enquanto a estiver exercendo): cessada a investidura, a equiparação aos funcionários públicos deixa de ter sentido.

Lembro-me, quanto à expressão *sentença arbitral*, das críticas que rondavam o então projeto de lei de arbitragem, que tramitava nos anos 90 no Congresso Nacional. Houve proposta de emenda (no plenário da Câmara), no sentido de que em todos os dispositivos do projeto o termo “sentença arbitral” fosse substituído por “laudo arbitral”, pois as decisões arbitrais não poderiam ter os mesmos efeitos das sentenças judiciais. Por que não? Simplesmente porque os árbitros não faziam parte do Poder Judiciário...

Recebi o encargo, à época, de fornecer subsídios para a rejeição da emenda. Disse então – e digo hoje – que “a conveniência de manter a terminologia do projeto é evidente, eis que a população deve estar certa de que a sentença arbitral terá a mesma eficácia da sentença produzida pelo Poder Judiciário. E se assim não for, será inútil modificar a legislação, pois um dos grandes entraves para o desenvolvimento da arbitragem no Brasil é – e sempre foi – a necessidade da prévia homologação para ‘oficializar’ a decisão do árbitro (ou seja, revesti-la da mesma autoridade e eficácia da sentença judicial)”.⁷ A emenda – já se sabe – foi rejeitada.

Concluo, portanto, que a concepção do mecanismo arbitral como um método que aumentasse a participação democrática na administração da Justiça deveria vir acompanhada de uma considerável proteção do Estado, sem o que não haveria avanço. O legislador teve sucesso. A jurisdicionalização da arbitragem, paradoxalmente, funcionou como verdadeira armadura, protegendo-a contra ingerências estatais.

3. PROCESSUALIZAÇÃO DA ARBITRAGEM

A jurisdicionalização da arbitragem é um bem; a processualização da arbitragem é um mal, que precisa ser combatido. O paladino deste combate será necessariamente o árbitro.

Como já disse, o processo arbitral – por ser processo – necessariamente está informado pelos seus princípios gerais. A própria Lei de Arbitragem encarregou-se de ressaltar os princípios mais relevantes que devem sustentar a arbitragem, mostrando que a imparcialidade e o contraditório são valores que não podem ser violados, seja qual for a escolha das partes acerca do procedimento a ser adotado.

É natural, porém, que os advogados – seja por vezo profissional, seja por conta do interesse de seus clientes – queiram impor ao processo arbitral o mesmo ritmo do processo estatal. Trata-se, não é preciso dizer, de uma verdadeira contradição em termos: se as partes optaram por um sistema diferente

(arbitragem) não faz sentido a tentativa de usar mecanismos de outro sistema (o processo estatal). Muitas vezes o árbitro acaba enredado nas teias traçadas pelos advogados de uma ou de outra parte (quando não das duas, cada qual com um interesse diverso, esperando um resultado diferente).

Na arbitragem interna, a grande ameaça é o Código de Processo Civil, cujos dispositivos vem invocados sem cerimônia, ainda que haja regras expressas em contrário no regulamento adotado. É comum que os advogados insistam em preclusões típicas do processo estatal: quem já não viu a insistência histórica de advogados requerendo o desentranhamento deste ou daquele documento por conta de excesso de prazo? Quantas vezes já não se ouviram brados (acompanhados das ameaças de anulação de todo o procedimento) por conta de determinação dos árbitros de oitiva de testemunhas cujo rol foi apresentado tardiamente? Durante a instrução processual estes *ruídos processuais* são mais intensos: é comum ver advogados insistindo na limitação do número de testemunhas e na ordem de inquirição delas, bem como no afastamento de depoentes suspeitos ou impedidos (como se o simples fato de a testemunha comprometer-se a dizer a verdade produzisse no espírito do julgador maior certeza sobre a ocorrência do fato!).

Arbitration is different: os árbitros, dependendo da hipótese, podem querer ouvir todas as testemunhas arroladas, em ordem que pode não coincidir com aquela apresentada no Código de Processo Civil; por outro lado, a prática da arbitragem tem demonstrado que os árbitros raramente afastam uma testemunha impedida ou suspeita, preferindo ouvi-la (como informante, para usar a linguagem do Código!) e avaliar seu depoimento no momento de julgar.

Uma outra variante do tema “Código de Processo Civil *versus* Arbitragem” pode ser notada na flexibilidade do procedimento arbitral, que permite ao árbitro usar métodos (especialmente na instrução processual) que a lei estatal não predispõe. Assim, os brasileiros já estão se acostumando ao *cross questioning*, às *expert witnesses*, aos *opening statemens*. Não vejo mal algum na incorporação (*cum grano salis*) de algumas contribuições dos sistemas anglo-saxões. O importante é que o árbitro não surpreenda as partes, incorporando técnicas não contempladas no regulamento aplicável. Nada melhor do que usar da primeira reunião (entre árbitros, partes e advogados) para anunciar quais serão as armas permitidas e em que medida poderão ser usadas pelo contendentes. Para isso serve a *primeira ordem processual*, técnica usada com muita frequência para informar os litigantes sobre a forma em que se desenrolará o processo.

Se na arbitragem nacional, a utilização de algumas técnicas não constantes do ordenamento trazem modernização e agilidade, na arbitragem internacional a “americanização” do processo vem trazendo consequências nefastas. As *soft laws* que paulatinamente veem à luz sofrem poderosíssima influência norte-americana. Não poderia ser diferente: o que acontece na música, na política e na literatura está acontecendo também com a arbitragem. Assim, árbitros latino-americanos, por exemplo, veem-se às voltas com *discoveries* e *RedfernSchedules*, participando de um procedimento bem distante dos modelos a que estão acostumados. Por outro lado, a *lei aplicável*, quando eleita contratualmente pelas partes, tem sido entendida como a lei material, nunca a processual: quando os contratos afirmam que será aplicada a lei brasileira *tout court* numa arbitragem administrada por uma entidade arbitral internacional, não ocorre a ninguém que as partes possam estar se referindo também à moldura procedimental indicada na Lei de Arbitragem brasileira. No exemplo indicado, os árbitros sentem-se livres para interpretar o regulamento adotado, e o processo resultante costuma ser algo muito distante do processo brasileiro. Pior que isso, percebe-se que os árbitros estão cada vez mais permeáveis (em matéria de direito processual) aos conceitos da *lex fori*, o que produz distorções consideráveis, especialmente quando a “sede da arbitragem” (não tenho simpatia por este conceito, daí as aspas) situa-se em lugar neutro, sem qualquer ligação com as partes, com o contrato ou com a execução das obrigações.

É preciso reconhecer que os diferentes sistemas processuais – de *Civil Law* e de *Common Law* – evocam diferentes comportamentos dos árbitros. Aqueles provenientes de ambientes anglo-saxões estão acostumados ao *adversarial system*, de modo que esperam que as partes se esforcem para produzir as provas do que alegaram, controlando a batalha entre os advogados dos contendentes, mas sem participarem diretamente do confronto. Já os árbitros ligados aos sistemas de *Civil Law* estão afeiçoados à ideia de que precisam participar mais intensamente da experiência probatória (*inquisitorial system*) o que possivelmente os tornará mais flexíveis na produção e na avaliação das provas. Tudo isso é mera possibilidade, calcada nas grandes linhas dos ordenamentos jurídicos. A grande verdade é que os árbitros internacionais estão cada vez mais ligados aos conceitos ilusórios de um “processo transnacional” – que não existe e que não passa de um *alter ego* das práticas processuais norte-americanas. O que se pode dizer de concreto é que os advogados que atuam na arbitragem dita internacional estão cada vez mais preocupados em estipular de forma precisa como será organizado o procedimento arbitral, sabendo de antemão que os árbitros tenderão a evitar qualquer desvio de rota para manter a *paridade de armas* convencionalmente pelos contendentes.⁸

4. INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE

A jurisdição – seja qual for o órgão dela encarregado (arbitral ou judicial) – só pode ser exercida por julgador independente e imparcial.

A independência é a isenção do órgão julgador de qualquer pressão ou coação que possa intimidá-lo no exercício de sua função; a imparcialidade é a desvinculação do julgador em relação às partes em litígio e aos seus respectivos interesses.

Simples e claro, não? Não.

Para que o árbitro seja *independente* parece razoável que não esteja sujeito, em razão de sua atuação, a riscos de sofrer um mal, um prejuízo, em sua esfera de interesses. Penso, então, na responsabilidade do árbitro por eventuais erros que possa cometer no exercício da função. Se não houver uma quase (quase!) completa imunidade, é razoável pensar que poucos aceitarão o encargo, com medo de sofrer as consequências na hipótese de o vencido conseguir, mercê de demanda anulatória, destruir a sentença arbitral. Note-se que pelo sistema adotado pela Lei de Arbitragem, não se permite a anulação do laudo por conta de erro do árbitro na aplicação do direito ou na compreensão do fato, o que me parece completamente razoável. Esta blindagem não atinge, porém, os *error in procedendo* cometidos pelo árbitro, que estão arrolados no art. 32 da Lei 9.307/1996. Os motivos que levam à anulação da sentença arbitral são erros do árbitro. Nem por isso o árbitro responderá por perdas e danos toda a vez que a sentença arbitral for anulada!

A conclusão sustentável acerca deste tema parece ser admitir a responsabilização do árbitro apenas por *dolo* (ou culpa grave, que ao dolo deva equivaler). São, portanto, hipóteses teratológicas as que permitiriam atingir o árbitro: a corrupção (*lato sensu*) do julgador, sempre imperdoável, será o emblema desta bandeira; o excesso de prazo, embora não seja falta tão grave, também pode levar à responsabilização dos julgadores; os demais erros, porém – que dependem sempre da percepção dos tribunais – não podem levar à responsabilização do árbitro, como não levam à responsabilização dos juízes togados.⁹

A linha de pensamento conduz imediatamente a outro ponto, o da *imparcialidade*, que também provocará discussão acerca da responsabilização do árbitro, como já estamos todos assistindo nas recentes batalhas travadas em nossos tribunais, na imprensa, nos órgãos de classe e na Internet. *Imparcialidade* significa que o julgador deve manter equidistância em relação às partes, tendo então obrigação de revelar às partes qualquer fato que possa – aos olhos delas, partes – comprometer de alguma forma a capacidade de isenção do julgador.

A subjetividade deste enunciado é imensa: como pode o árbitro saber o que, aos olhos da parte, pode comprometer sua imparcialidade? A susceptibilidade e a sensibilidade de cada um são difíceis de serem mensuradas. Se o árbitro é amigo de algum dos advogados das partes, deve revelar tal fato? Se pertencerem ao mesmo clube, à mesma congregação religiosa ou a uma mesma agremiação, tal fato precisa ser declinado? Se os filhos do árbitro e do advogado de alguma das partes estudam na mesma escola, o fato é relevante? Se árbitro e advogado de alguma das partes frequentaram a mesma faculdade, isso precisa ser revelado? Se o árbitro já prestou algum tipo de assessoria a uma subsidiária ou acionista da parte, deve declarar o fato? Se o árbitro já emitiu parecer jurídico a pedido da esposa do advogado de uma das partes devem declarar o fato? Será que o árbitro tem condições de conhecer quem são as empresas de que participam os contendores? Será que a memória do árbitro deve ser tão prodigiosa? Faço estas perguntas baseadas em relatos que tenho ouvido (diretamente dos envolvidos ou acompanhando os noticiários).

Não preciso dizer que as “luzes” do *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* parecem piscar todas ao mesmo tempo, e a cromoterapia propiciada pela poderosa *International Bar Association* – com claro predomínio anglo-saxão e apoio irrestrito dos países desenvolvidos da Europa Ocidental – tende a deixar doentes os latino-americanos, que leem com espanto e preocupação alguns dos itens daquela conhecida *soft law*.¹⁰ Para os brasileiros, creio que algumas das recomendações do guia acabem sendo pesadas demais e não parece que a nossa comunidade arbitral esteja disposta a impor tantos sacrifícios especialmente ao relacionamento entre advogados e árbitros.

Para se proteger de acusação sobre falta de revelação (o árbitro tem que ser imparcial e parecer imparcial), um dos comportamentos possíveis é a revelação de tudo, absolutamente tudo, o que possa ter relação, ainda que remota, com as partes, com os advogados e com a causa de que o árbitro haverá de se encarregar. Tarefa difícil e perigosa: se o árbitro afirma que revelou tudo, minuciosamente, e – infelicidade! – esquecer algo, ainda que não muito relevante, o fato não poderia ser utilizado pelo vencido para levar a sentença arbitral aos tribunais? Finda a arbitragem alguém (o vencido, é claro!) possivelmente ficará

menos satisfeito (ou completamente insatisfeito). Neste momento, a parte infeliz com o resultado do processo arbitral possivelmente contratará um novo advogado, agora da área contenciosa, para *preparar* uma demanda anulatória e o fato eventualmente não declarado (ou, pelo menos, não declarado por escrito) pode dar margem a uma infundável arenga, muitas vezes armada para que a parte vencida possa melhor posicionar-se para a celebração de um acordo.

Outro comportamento possível é a revelação estritamente dos fatos relevantes (aos olhos do árbitro!) que poderiam ligá-lo às partes. Comportamento perigoso: se o árbitro deixa de revelar algo que a parte (vencida) entenda relevante, o fato não poderia ser utilizado para levar a sentença arbitral aos tribunais?

Qualquer um dos dois comportamentos tenderá a criar padrões de revelação bastante complicados: o primeiro, exaustivo, fará com que os árbitros tenham que fazer verdadeiras *due diligences* antes de aceitar o encargo, perquirindo participações acionárias (ainda que remotas), prestações de serviços perdidas no tempo, laços sociais pouco relevantes. O árbitro tenderá a tornar-se um eremita e provavelmente abandonará sua profissão para tornar-se... árbitro! Espero que isto não aconteça.

Na outra ponta da linha está a revelação apenas dos fatos estritamente relevantes aos olhos do próprio árbitro. A conduta pode levar à instabilidade da arbitragem e podem ser omitidos, por força de sensibilidade pessoal, fatos importantes que, se sabidos pelas partes, teriam afastado um determinado julgador.

In medio virtus: o tema precisa ser mais discutido, sem imaginar que as regras da IBA tenham resolvido o tema. Nós, os brasileiros, não participamos da elaboração destas regras e nossos costumes sociais parecem repudiar algumas delas. Nossa comunidade arbitral ainda é pequena e isso causa um intenso intercâmbio entre todos os que atuam neste meio: ora integramos um mesmo painel, ora, como advogados, defendemos clientes em polos opostos, ora somos árbitros e advogados, ora somos advogados e árbitros. Isto não nos causa, aos brasileiros, qualquer constrangimento. Será que causará algum desconforto aos estrangeiros? Nosso jeito afável – mas sério – precisa ser considerado e as regras de convivência entre partes, advogados e árbitros precisam ser adaptadas ao ambiente cultural em que serão aplicadas.

Os regulamentos e os regramentos internacionais que procuram identificar normas para a manutenção da imparcialidade dos árbitros preocupam-se muito com a relação entre árbitros e advogados: a ligação entre eles pode ser relevante para detectar falta de imparcialidade? Se o padrão a ser adotado é o dos impedimentos e suspeições que afetam o juiz togado, não faz sentido tentar estabelecer vínculos entre árbitro e advogado para afastar o primeiro do processo arbitral. O tema da imparcialidade deve ser medido pela proximidade entre parte e árbitro.

É claro que comportamentos patológicos (como a indicação seguida e frequente de um mesmo árbitro por determinado advogado ou escritório de advocacia) devem ser reprimidos, da mesma forma que ninguém imagina que um advogado possa indicar seu sócio para figurar como árbitro. Mas nenhuma tese resiste à patologia. Temo, portanto, meditar sobre o assunto imaginando situações usuais, fisiológicas.

É preciso também averiguar uma nova variante deste tema sobre imparcialidade e independência: muitas vezes a parte, percebendo derrota iminente (ou já tendo sido derrotada, com a prolação de sentença parcial) acaba provocando seguidos incidentes com o árbitro, indispondo-o propositadamente, o que acaba inexoravelmente provocando sua renúncia. Com efeito, a simples acusação do árbitro de não ter revelado esta ou aquela circunstância periférica de ligação remota com a parte, formulada de modo rústico e pernóstico, causa tamanho mal-estar que acarreta o afastamento do árbitro. Lembro que, em princípio, é o próprio árbitro quem deve responder e julgar os questionamentos ligados à sua independência e imparcialidade; eventualmente, se assim dispuser o regulamento adotado (em arbitragens administradas), serão formadas comissões (ou a questão será remetida a um órgão administrativo da entidade encarregada de organizar o procedimento), mas em qualquer um dos casos o constrangimento do árbitro será inevitável e dependendo do tom da acusação, o árbitro poderá até sentir-se ofendido, subindo-lhe o sangue aos olhos e... a parte impugnante terá conseguido exatamente o que queria. O árbitro, como se vê, terá que mostrar habilidade, tranquilidade e preparo para lidar com a delicada situação.

5. NEUTRALIDADE

Qualquer julgador, por viver em sociedade, está envolvido pelas circunstâncias que o rodeiam no dia a dia. Jornais, televisão, propaganda, Internet, *outdoors*,¹¹ boatos, tudo serve para bombardeá-lo com informações variadas sobre tudo e todos. Quem vive em grandes centros sabe bem o que é isso e é natural receber esta carga midiática inevitável, que nos forma e deforma. Esta plethora de informações produz consequências naturais sobre o ânimo do julgador: seja ele árbitro ou juiz togado, sua decisão será

influenciada pelo meio em que vive e as opiniões que emitir serão sempre marcadas por tudo que o cerca. Neste sentido, o juiz ou o árbitro não são *neutros*.

Creio que o juiz nunca será neutro: como julgará seus concidadãos no âmbito de seu tribunal, seu convencimento será sempre influenciado fortemente por tudo o que ouve, lê, vivencia e absorve. O juiz está ligado, portanto, às mesmas circunstâncias das partes. As decisões que tomar estarão sempre permeadas por toda esta carga de informações a que está sujeito, embora nem sempre tais influências possam ser detectadas na motivação externada pelo julgador. Explico: os *motivos* de julgar por vezes ficam ocultos, e o processo mental de decisão resta soterrado pelo raciocínio lógico cuidadosamente tecido com as provas e os fatos constantes dos autos (*motivação* ou *fundamentação* da decisão).

Se no âmbito nacional os julgadores (juízes ou árbitros) estão umbilicalmente ligados às circunstâncias dos seus jurisdicionados, parece que o mesmo não ocorre quando as fronteiras são atravessadas e o processo estatal cede passo ao processo consensuado (arbitral).

Na arbitragem internacional ¹² a neutralidade é um valor importante, especialmente quando as partes são de nacionalidades diferentes: nenhuma delas ficará satisfeita em ver presidido o painel, por exemplo, por um árbitro da mesma nacionalidade do adversário. Tem início, então, uma tormentosa procura por um *chairman* neutro, ou seja, alguém que não esteja ligado às circunstâncias que rodeiam as partes. Nomeia-se então um belga para presidir uma arbitragem entre uma empresa norte-americana e uma companhia brasileira. A língua, possivelmente, será o inglês. O local? Suíça, outro paraíso de neutralidade (o leitor já notou que estou usando estereótipos). A lei aplicável? Imagine-se que seja a brasileira. Aí os problemas tornam-se ainda mais agudos: estaria o árbitro belga habilitado a lidar com a lei brasileira?

Todos sabem perfeitamente que desembocaremos num beco sem saída, pois a busca da neutralidade acaba abafando uma das características mais desejáveis da arbitragem, qual seja, a especialidade do julgador (competência). Conhecer a lei brasileira significa ter acesso a textos, jurisprudência, doutrina, com capacidade de gerenciar todas estas fontes adequadamente. Ainda que o árbitro belga conheça bem o nosso idioma, estará ele à altura das expectativas das partes no quesito conhecimento do direito aplicável? Se o idioma da arbitragem é o inglês, não seria necessário exigir do árbitro o domínio do português (sem o que o julgador não terá acesso às fontes que o informarão sobre a lei aplicável?). O problema não se coloca, naturalmente, apenas para o presidente do painel, mas para todos os seus integrantes. É esperável que a parte norte-americana, neste exemplo que figurei, nomeie um conacional para integrar o painel que tenha alguma vivência nos sistemas de *Civil Law* (mas não necessariamente um conhecimento profundo e necessário da lei material que deverá aplicar). O resultado final, portanto, pode não ser o esperado e a aplicação da lei escolhida pelas partes, por estrangeiros, pode gerar grande frustração, mesmo com a utilização de *experts* (juristas) que venham depor exatamente sobre algo que os árbitros deveriam conhecer muito bem (a lei aplicável ao caso concreto). Dois valores, portanto, acabam por se defrontar: a neutralidade do julgador e o conhecimento (competência) acerca do direito a ser aplicado ao caso: o primeiro normalmente se sobrepõe ao segundo.

É preciso examinar a situação exposta com serenidade. Ninguém imagina que a arbitragem seja a forma *perfeita* de resolver litígios. A perfeição é divina, a arbitragem não é. Comparando, porém, a situação que descrevi com o que aconteceria no Poder Judiciário – onde um juiz que não seria neutro aplicaria eventualmente uma lei estrangeira que não conhece – percebe-se com facilidade que a solução arbitral tende a ser superior à estatal em termos de qualidade.

6. ÁRBITRO E JUSTIÇA

A expectativa acerca da qualidade do trabalho dos árbitros é alta, já que, sendo especialistas, espera-se sempre uma decisão de ótimo padrão. Expectativa justa, mas nem sempre preenchida.

É preciso, antes de tudo, temperar a ideia de que o árbitro é o especialista na matéria em discussão. Se a disputa diz respeito à construção civil, provavelmente o árbitro será um advogado; se a disputa versa sobre acertos decorrentes de contingências fiscais ou contábeis, o árbitro provavelmente será um advogado; se a contenda decorre de erro médico, o árbitro será advogado; se a questão gira em torno de terras, demarcações ou incorporações o árbitro provavelmente será... um advogado. Não é possível que o advogado saiba tanto de tudo, mas a massacrante maioria das arbitragens aponta a composição de painéis formados apenas por advogados. Isto significa que já ficou bem entendido pelos operadores que os litígios gravitam ao redor de relações jurídicas, contratos e documentos, que os advogados são capazes de decifrar, valendo-se de peritos sempre que necessário para melhor compreender o fato técnico.

Não estou afirmando que não advogados não devam integrar painéis arbitrais; estou apenas constatando que são poucos os painéis de que participam técnicos de outras áreas e são pouquíssimos os casos em que os painéis sejam constituídos exclusivamente por profissionais de outras áreas.

O advogado provou ser, portanto, um interlocutor válido para as partes, capaz, pela sua vivência profissional, de compreender razoavelmente o fato técnico e interpretar com percuciência os contratos que o cercam, os documentos produzidos ao longo da relação jurídica e as práticas de certos mercados. Isto não dispensará, normalmente, a produção da perícia técnica, apenas fará com que a prova seja dirigida a quem consegue entendê-la corretamente.

Compreendida esta qualidade – a especialidade do árbitro – outro problema deve ser também gerenciado: seria de esperar que o árbitro decida a causa de modo diferente do que faria um juiz? Entro agora no tema da previsibilidade da decisão. Muitos imaginam que o processo de decisão do árbitro deva ser diverso daquele empregado pelo juiz togado. Não é assim: a arbitragem não permite julgar por equidade (a não ser que haja autorização neste sentido) e as leis, de maneira geral (e a brasileira de maneira especial) não autorizam o árbitro a interpretar as leis com maior largueza ou com a utilização de critérios diferentes daqueles colocados à disposição do juiz togado. Em síntese: em termos ideais de *previsibilidade*, o resultado da atividade de investigação de um juiz bem preparado e de um árbitro deveria ser rigorosamente igual: ambos devem aplicar a lei atendendo aos fins sociais a que se dirige; ambos devem aplicar a lei tendo em conta as exigências do bem comum; ambos estão obrigados a aplicar a lei, não podendo afastá-la para dar ao caso concreto uma solução que lhes pareça mais justa.

7. ARBITRAGENS E ORNITORRINCOS

Há alguns anos assisti no Rio de Janeiro interessante exposição de jurista argentino que terminava sua palestra sobre o processo arbitral mostrando ao auditório incrédulo a fotografia de um ornitorrinco. Ao encerrar este ensaio, quero evocar a figura bizarra do ornitorrinco para lembrar que a arbitragem é assim mesmo: parece uma montagem composta pela superposição de contratos, processos, princípios, equidade, liberdade, limitações, poderes e deveres, mas forma um todo muito particular e único, com vida própria e características bem definidas. Pode parecer um conjunto estranho, mas é apenas *diferente*.

É assim que entendo deva a arbitragem ser estudada: como um *sistema*, apartado daquele oferecido pelo Estado. Isto vai causar uma série de perplexidades e interpretações duvidosas. Quem vê um ornitorrinco pela primeira vez pode imaginar que se depara com uma lontra com bico de pato; quem maneja a arbitragem sem conhecimento pode pensar estar lidando com um processo igual àquele oferecido pelo Estado, que corre perante juízos privados. Duas imagens erradas, dois erros grosseiros.

Espero ter convencido o leitor, em conclusão, de que *arbitration is different*.

1 Para uma melhor localização dos problemas que atingem o Poder Judiciário, nada melhor que a leitura do *Diagnóstico do Poder Judiciário*, trabalho preparado pelo Ministério da Justiça em 2004 a partir de consultoria contratada pela Secretaria da Reforma do Judiciário junto à FGV-SP, com o objetivo de realizar um mapeamento de recursos humanos e materiais com todas as instituições que compõem o Poder Judiciário brasileiro. Apesar de já estarem superados os dados colhidos à época, o material serve para mostrar quais são os *gargalos* de nossas cortes.

2 No momento em que escrevo este ensaio, está em plena atividade uma comissão de juristas nomeada pelo Senado da República para apresentação de anteprojeto de um novo Código de Processo Civil para o Brasil. Francamente, não creio que o país precise de um novo Código; precisa, isto sim, de mais investimentos na estrutura judiciária.

3 GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 53. João Mendes de Almeida Junior (*Direito judiciário brasileiro*. Rio de Janeiro: Typographia Baptista de Souza, 1918. p. 31) já pregava esta antiga lição no início do século passado: "A Jurisdição, função de declarar o direito applicavel aos factos, é a causa final especifica da actividade do Poder Judiciario. Assim como é função própria e exclusiva do poder Legislativo a de fazer leis (*jus dare*, como diziam os Romanos), – a do Poder Executivo executar as leis, *jus exequi*, – é função própria e exclusiva do Poder Judiciario dizer a lei existente applicavel a um facto occorrente nas relações entre individuos, *jus dicere*".

4 Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco já diziam isso desde a primeira edição de seu emblemático *Teoria geral do processo* (São Paulo: Ed. RT, 1974. p. 81), embora fixassem a jurisdição como uma das funções do Estado. Ada e Cândido tiveram oportunidade, nos anos seguintes, de voltar ao tema da jurisdição, amenizando as posturas rígidas (fruto da época em que, de modo pioneiro, lançaram a ideia de uma matéria dedicada ao estudo da teoria geral do processo nas Arcadas). Ada Pellegrini Grinover escreveu, anos mais tarde (*A conciliação extrajudicial*. In: _____;

DINAMARCO, Cândido R.; WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988. p. 293), que a atividade conciliativa extrajudicial também estaria compreendida na acepção mais ampla de jurisdição; Cândido, ao prefaciá-la, minha tese de doutoramento sobre arbitragem (*A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 7-8), declara, em sua apresentação de amigo e de tutor, que "(...) se o poder estatal é exercido, *sub specie jurisdictionis*, com o objetivo de pacificar pessoas e eliminar conflitos com justiça, e se afinal a arbitragem também visa a esse objetivo, boa parte do caminho está vencido, nesta caminhada em direção ao reconhecimento do caráter jurisdicional da arbitragem (ou, pelo menos, da grande aproximação dos institutos, em perspectiva teleológica)".

5 "Art. 1.078. O árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso, salvo se o contrário convencionarem as partes."

6 "Art. 1.083. Aplicam-se aos árbitros, no que couber, as normas estabelecidas neste Código acerca dos deveres e responsabilidades dos juízes (art. 133)."

7 O texto foi reproduzido no volume *Operação Arbitrer* (MUNIZ, Petronio R. G. Recife: Instituto Liberal, 2005. p. 285-288).

8 Bruno Oppetit (*Teoría del arbitraje*. Trad. Eduardo Silva Romero et. al. Bogotá: Legis, 2006. p. 49-50) chama a atenção dos estudiosos para um fenômeno curioso: a arbitragem doméstica parece hoje mais fiel à ideia original da arbitragem do que a arbitragem internacional, vítima de debates processuais múltiplos, que fazem com que se perca de vista a solução de fundo do litígio.

9 Julian D. M. Lew, em seu estudo *The immunity of arbitrators* (Londres: Lloyd's of London Press, 1990. p. 4) chega à conclusão (depois de apreciar os relatórios nacionais encartados no volume que coordenou) de que apenas nos Estados Unidos a imunidade concedida ao árbitro seria absoluta. Por outro lado, não haveria jurisdição em que os árbitros seriam totalmente responsáveis por qualquer erro que cometessem. Entre estes dois extremos, haveria graus qualificados de responsabilidade do árbitro, técnica adotada pela Alemanha, Inglaterra, Áustria e Noruega, onde o árbitro gozaria de ampla imunidade em relação ao exercício de sua função; França, Espanha e Suécia, por outro lado, não teriam regras limitadoras do direito de ação das partes em relação aos árbitros. Embora o estudo já tenha mais de 20 anos, trata-se de indicativo relevante dos diversos critérios que os Estados podem adotar em relação à arbitragem: quanto maior a blindagem do árbitro, maior o grau de independência do julgador.

10 O grupo de trabalho que organizou as *guidelines* era composto por 19 membros, de 14 países distintos. Dentre eles havia apenas um latino-americano (o mexicano Emilio Gonzales de Castilla).

11 Na cidade de São Paulo já não temos mais os famigerados *outdoors*, placares enormes contendo propaganda e informação de todo o gênero, poluição visual dissonante, cacofônica e cromatizada que estonteava e entorpecia os milhões de habitantes da metrópole bandeirante.

12 Não sei ao certo o que significa a locução *arbitragem internacional*, expressão volátil que a Lei de Arbitragem evitou. Uso-a neste ensaio apenas para identificar uma arbitragem em que haja algum elemento de conexão estrangeiro (qualquer um).