

A ARBITRAGEM NO BRASIL. NOTAS DE UM ÁRBITRO PORTUGUÊS

Arbitration in Brazil: a Portuguese arbitrator point of view
Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 67/2020 | p. 295 - 300 | Out - Dez / 2020
DTR\2020\14764

José Miguel Júdice

Membro da lista de árbitros da ICSID (Banco Mundial), da Corte Permanente de Arbitragem (Haia) e de 10 centros de arbitragem no Brasil. Professor Convidado da Faculdade de Direito (Nova Law) e da Faculdade de Economia (BSE) da Universidade Nova de Lisboa. Árbitro Internacional. jmj@josemigueljudice-arbitration.com

Área do Direito: Arbitragem

Resumo: Transcrição da palestra em conferência feita (virtualmente) para a reunião do Corpo de Árbitros da Câmara de Arbitragem do Mercado em Brasília, que teve lugar em 10 de setembro de 2020.

Palavras-chave: Arbitragem no Brasil – Árbitro – Arbitragem em Portugal

Abstract: Transcript of the lecture delivered (virtually) in the conference organized for the roster of arbitrators of the Market Arbitration Chamber (Câmara de Arbitragem do Mercado) meeting in Brasília, which took place on September 10, 2020.

Keywords: Arbitration in Brazil – Arbitrator – Arbitration in Portugal

Quero antes do mais cumprimentar e agradecer à Direção da Câmara de Arbitragem do Mercado, ao Presidente do Corpo de Árbitros (Dr. Roberto Teixeira da Costa, à sua Secretaria Geral e à equipa jurídica, na pessoa da Dr^a Grasiela Cerbino e do Dr. Felipe Vêras), pela honra de ter sido convidado para esta reunião de uma muito prestigiada câmara de arbitragem, que é uma peça exemplar do mercado de capitais brasileiro, e para falar perante uma plêiade de grandes nomes do Direito, muitos dos quais fazem o favor de ser meus amigos.

Ainda decorria o passado século quando presidi a minha primeira arbitragem no Brasil. Eram co-árbitros – e desde então meus queridos amigos – os Professores Arnaldo Wald e Carlos Silveira Lobo. Com eles comecei o processo de aprendizagem do que é arbitrar no Brasil e sobre o País Irmão. Depois também muito aprendi no Brasil sobre o que existe de melhor em comum no mundo da resolução de litígios.

Desde então, tenho sido bafejado com a sorte da confiança de colegas e empresas e acumulei experiência como co-árbitro e presidente de tribunais no Brasil e/ou com partes brasileiras, nos quatro idiomas em que sou capaz de trabalhar.

A lista de árbitros e advogados com quem trabalhei, e com quem tanto aprendi, é extensa demais para a referir, e, por isso, a todos agradeço nas pessoas dos dois primeiros já mencionados.

Quando iniciei essa caminhada internacional, no final do passado século, estava convicto de três coisas, que a vida me confirmou estarem corretas:

A primeira é que não é possível decidir litígios em nenhum país sem que se tenha alguma percepção do modo de ser dominante do povo que nele vive.

Vivemos tempos de globalização. Bem o sabemos, até porque a língua portuguesa esteve ligada à primeira globalização, no âmbito da qual Pedro Álvares Cabral chegou em 1500 a um paraíso (e por isso se compreende melhor que o primeiro nome do Brasil fosse “Terra da Vera Cruz”) que Pero Vaz de Caminha logo descreveu na famosa carta a D. Manuel.

Mas ilude-se quem pense – como tantos no Século XIX europeu e ainda hoje alguns, sobretudo nos Estados Unidos da América ou em Inglaterra – que há uma cultura ou

uma civilização paradigmática de que todas as outras sejam corruptelas ou estádios inferiores.

Não é assim, as culturas nacionais são distintas e ainda mais num país continente como o Brasil. Por isso, e apenas como um exemplo, testemunhas brasileiras, norte-americanas, árabes ou japonesas nunca reagem nem se exprimirão da mesma maneira numa audiência. Esquecer isso pode ser o caminho para uma má decisão arbitral.

Em segundo lugar, o Brasil e Portugal partilham o mesmo idioma. Como é natural, há expressões não equivalentes de cada lado do Atlântico (ainda hoje me lembro da primeira vez que li a palavra "oitiva" ...). E, além disso, a evolução cultural dos dois povos foi sempre diferente: um amarrado ao passado, envelhecido, país que manda embora os seus melhores como emigrantes, pequeno território; o outro virado para o futuro, pleno de juventude, país de imigrantes e diversidade, vasto território.

Por isso, para um árbitro português existe um risco constante de cair num perigoso equívoco: pensar o idioma comum como uma autorização ou alvará para a ilusão de que como portugueses percebemos a "alma brasileira" melhor do que os outros povos. Pode ocorrer exatamente o contrário, se o idioma comum nos levar a fazer menos esforço para o conhecimento e para a empatia.

Em terceiro lugar, como gostava de dizer um grande advogado e homem de cultura do Porto que era meu querido amigo, Miguel Veiga, "um advogado que só sabe Direito sabe muito pouco do que precisa".

Por tudo isso, para ser melhor árbitro no Brasil, há bem mais de 20 anos que leio e estudo os grandes juristas brasileiros. E, além de acompanhar o fluir do País pela mídia, também li antropólogos culturais e historiadores, como Sérgio Buarque d'Holanda, Gilberto Freire, Raimundo Faoro, Darcy Ribeiro ou Lilia Schwarcz; romancistas como Machado de Assis, Guimarães Rosa ou Nelida Piñon (sublime e essencial a sua "República dos Sonhos"); cronistas como Nelson Rodrigues e poetas como Cecília Meireles; biografias dos que fizeram o Brasil, desde José Bonifácio ao Barão de Mauá, desde Getúlio a Juscelino, e de Chatô a Carlos Lacerda, para além da "Biografia do Brasil". E, evidentemente, precisei de perceber o que foi ou é o patrimonialismo, a inflação, a luta contra a corrupção, a agricultura intensiva de exportação, as várias origens do povo brasileiro.

Finalmente, e em quarto lugar – mas isso foi algo que só percebi quando comecei a conviver com colegas brasileiros – fui capaz de ir entendendo cada vez melhor a dualidade de um país-continente em que existe a sofisticação, o cosmopolitismo, a contemporaneidade e os conhecimentos científicos das grandes metrópoles do Norte, paredes meias com zonas em que uma outra realidade nos olha, fascina e por vezes, nos interpela.

Quando digo a colegas brasileiros que a qualidade da advocacia brasileira está entre as melhores que tive oportunidade de conhecer neste mundo, é habitual que me contem histórias diferentes e que os incomodam profissionalmente. Terão razão, e eu tenho tido sorte. Mas, seja como for, ser árbitro no Brasil exige que se perceba de modo interiorizado esse dualismo cujas fronteiras nem sempre são perceptíveis.

Para um português, ser árbitro no Brasil exige (mais do que quando se trata de alguém que não conheça o nosso idioma comum), evitar a armadilha da falta de humildade. E exige uma percepção da realidade imensa e multifacetada que é a vossa terra.

Dito isso, chegou a altura de falar da minha experiência como árbitro no Brasil, sobretudo realçando o que possa ser útil para todos vocês. Essa foi aliás a motivação do vosso convite.

Por muito que goste de dizer – pois é verdade – parafraseando Vinícius, que me

considero o português mais brasileiro do mundo da arbitragem, nunca serei tão brasileiro como vocês.

O meu olhar é, por isso, forçosamente um "olhar do outro". Mas cheio de empatia e não de distância, de modéstia e não de arrogância, de respeito e não de ridícula ilusão de qualquer estatuto a valorizar.

Vamos a isso, então. Usarei agora um método de comunicação mais tónico e menos discursivo, até pela necessidade de não abusar da vossa boa vontade para me ouvir. E este método de expor que cansa menos, pelo seu lado problemático propicia e favorece a reflexão posterior a ser feita por cada um de vocês.

Para esse efeito selecionei oito tópicos em que o Brasil está acima do benchmark internacional e outros oito em que não está ainda nesse patamar.

Começamos então por tópicos em que seria bom que a experiência brasileira fosse copiada noutras paragens, a começar pela "terrinha". E que nunca se perca no Brasil:

a) a cordialidade (que Sérgio Buarque d'Holanda definiu de modo imorredoiro) entre advogados de ambas as partes e os seus efeitos na valorização da arbitragem pelo mercado empresarial além da eficiência que produz;

b) o respeito do Judiciário pelo sistema arbitral e a solução legal para as medidas cautelares antes e depois da constituição do tribunal arbitral;

c) a muito rara exploração (sobretudo se comparada com outras latitudes) de táticas de guerrilha processual pelos advogados, evitando custos acrescidos e o desfoque do essencial do caso;

d) a independência e imparcialidade dos co-árbitros em relação às partes que os nomearam, o que além de prestigiar o instituto arbitral torna muito mais fácil e eficaz o trabalho coletivo do tribunal;

e) a opção quase absoluta por sistemas de arbitragem institucional em vez da ad hoc;

f) a bifurcação dos processos entre fase de méritos e de quantum;

g) a qualidade média muito elevada que existe quanto ao domínio de outros idiomas, cada vez mais essencial até em arbitragens domésticas;

h) a existência de apoios logísticos aos processos arbitrais de nível e qualidade internacionais (como, por exemplo, transcrições muito rápidas pelo uso de estenografia, tradução simultânea etc.).

No que a minha experiência revela do que seria útil para acentuar tendências já existentes, mas ainda não tão disseminadas como seria de esperar, sendo que em quase todas as fragilidades em Portugal são semelhantes, diria:

(i) existe, por vezes, uma tendência para que os memoriais das partes sejam prolixos e não haja sempre a preocupação de separar a descrição de factos dos argumentos e muitas vezes se não indique em cada afirmação factual qual o meio de prova que a confirme;

(ii) como questão relacionada, existe por vezes uma resistência contra que as testemunhas de factos apresentem depoimentos escritos, sendo depois a oitiva feita em audiência pela outra parte;

(iii) a questão da prova técnica ainda está muito influenciada pelo modelo do Código de Processo Civil, e a imparcialidade dos peritos de partes (ou assistentes técnicos) será inferior ao que seria útil e até sobretudo para as partes que os nomearam;

(iv) a menor eficiência dos procedimentos em termos de prazo, devido em alguma medida ao excesso de arbitragens por árbitro;

(v) O demasiado peso e importância dado à prova do Direito através de pareceres de juristas e, quando existem, a resistência a que os juristas se submetam ao crivo do contraditório em audiência;

(vi) a tendência para o outsourcing das decisões em aspetos técnicos, devido ao caráter excessivamente jurídico da formação dos players, em regra pouco versados em “corporate finance” e em temas de avaliação de bens ou direitos futuros;

(vii) os constrangimentos que por vezes o direito material não modernizado pretende fazer à liberdade de soluções em que os danos sejam calculados como devem ser com o apelo a outras áreas científicas;

(viii) a fraca internalização de instrumentos de gestão de processos e de aspetos ligados à teoria económica do direito na formatação do procedimento arbitral em cada caso concreto.

Antes de concluir, gostaria de partilhar convosco a minha experiência quanto à perceção do que pode ter motivado a minha escolha e de outros colegas estrangeiros.

De facto, não oferece dúvida que a qualidade dos árbitros brasileiros é muito elevada e por isso nada justifica ir buscar fora o que existe em quantidade e qualidade no Brasil.

Não penso que esteja em condições de apresentar uma teoria geral e abstrata, pois não fiz qualquer investigação que não seja lançar-me a adivinhar porque fui sendo escolhido no meu caso. Penso que os fatores relevantes foram sobretudo os seguintes:

– arbitragens com forte dimensão internacional em que uma das partes se possa sentir mais confortável com a escolha de alguém mais afastado do mercado jurídico brasileiro;

– quando apenas um dos coárbitros é brasileiro, as instituições arbitrais internacionais (ou as próprias partes) preferirem nomear presidente que não seja da mesma nacionalidade das partes e dos outros árbitros;

– em litígios com muita sensibilidade política ou social, em que possa ser desejado que seja árbitro alguém que possa estar menos sensível à atmosfera dominante a nível da mídia;

– quando uma das partes é um grupo gigantesco no mercado nacional, como forma de evitar riscos ou sensação de conflitos de interesse potenciais;

– em arbitragens bilingues em que poucos potenciais presidentes brasileiros têm a experiência da sua complexidade ou a vontade de se submeterem ao trabalho acrescido que provoca para quem presida.

Estou a terminar. Peço desculpa por o entusiasmo que me causou o convite não ter permitido que fosse mais breve.

Se algum êxito poderei ter tido junto dos árbitros, advogados, juristas e peritos com quem trabalhei no Brasil nos últimos 20 anos, isso se deve à simpatia de todos, e ao meu esforço de empatia com este grande País.

Mas há mais e lembro a expressão Think globally, act locally. Ela nasceu no universo do urbanismo, mas depois fez o seu percurso para outras áreas e em concreto para as teorias da gestão empresarial e do desenvolvimento.

Creio que faz todo o sentido importar o conceito para o Direito e a prática arbitral. Foi o que tentei fazer aqui e agora.



Sobreviver é o segredo dos que sabem adaptar-se. Por isso, algum "succès d'estime" que possa ter tido, talvez se deva a alguma capacidade de em cada caso concreto trazer a experiência multifacetada que em décadas de trabalho árduo fui acumulando e juntar a isso a crescente compreensão do que o Brasil e os brasileiros têm talvez de único e seguramente de diferente de outros países e povos.

Muito obrigado.

Sumário: