

PREFÁCIO A “MANUAL DE ARBITRAGEM” DE MANUEL BARROCAS*

Que, posto que em cientes muito cabe,/Mais em particular o experto sabe, escreveu Luís de Camões nos “Lusíadas”. Esta frase exprime historicamente o choque que a expansão marítima portuguesa e as suas descobertas geraram no mundo científico que as antecedeu. Desde então a História da Humanidade ficou fortemente marcada por uma nova orientação: os saberes adquiridos e herdados nunca mais puderam ser apresentados como auto-justificados pelo simples facto de terem sido ditados por autoridades indiscutidas. Fernão Mendes Pinto (apesar de exageros da sua “Peregrinação”), Diogo Couto e o seu “Soldado Prático”, Damião Gois, Pedro Nunes, Luis Froes, são mais exemplos do que Portugal por esses tempos soube a partir da experiência dar ao Mundo.

Como é evidente a evolução histórica não é um contínuo e em cada momento ou situação existem fermentos de registos culturais que não são coincidentes e nem sequer muitas vezes coerentes. Por isso é que a expressão “magister dixit” – que está ideológica e culturalmente nos antípodas destas estrofes finais dos “Lusíadas” – ainda hoje não está total e definitivamente afastada do nosso mundo.

Foi para o Século XVI que o meu espírito voou quando fui convidado pelo meu Amigo Manuel Barrocas para prefaciá-lo seu “Manual de Arbitragem”. Registemos a honra, justificada pela Amizade – que não pelo meu saber. E passemos à empatia que senti perante este trabalho: porque também eu sou um prático do Direito que há tempos decidiu concentrar nas arbitragens o essencial da vida profissional.

Manuel Barrocas neste seu livro demonstra que é um “experto”, uma pessoa com experiência, que saiu para o mar e voltou com informações e saberes que podem alterar o que – pelo menos em Portugal – os teóricos, os “cientes”, julgavam saber. Estes últimos, atolados como estão com muito coisa, pois neles sem dúvida que “muito cabe”, perdem vezes mais o sentido do mundo real.

Com certeza que aos que se formaram no mundo da vida prática, não se lhe pode pedir que escrevam, como na “Suma Teológica” fez Tomás de Aquino, o resumo do estado do saber na sua época. Nem será exigível que da sua labuta intelectual saia um grande fresco que – como o fizeram Hegel, Karl Marx ou Oswald Spengler - prenuncie as linhas de rumo da Ciência Jurídica nos tempos que hão-de vir. Do que se trata é de falar do “particular”; e disso o “experto” sabe mais.

O Direito da Arbitragem é um campo por excelência para demonstrar a importância dos trabalhos de reflexão intelectual feitos pelos práticos. Por várias razões que valerá a pena sumariar brevemente. Em primeiro lugar porque esta área jurídica é uma zona de tensão ou uma terra de combate entre os especialistas em Direito Internacional Privado e os que ao Direito Processual Civil dedicaram o melhor da sua investigação jurídica. Depois, porque é uma zona de confluência entre o Direito e a Economia. Finalmente, porque é um espaço de acção da Comunidade Internacional em processo gradual e complexo de construção.

Direito Internacional Privado ou Direito Processual Civil são o território de onde chegam, em regra, ao Direito da Arbitragem os seus cultores científicos. E esse processo genético marca indelevelmente a forma como olham para o instituto. Cada um traz na sua bagagem os paradigmas em que estruturou a sua formação e, naturalmente, olha

para o Direito da Arbitragem como um território para onde estender os seus direitos adquiridos. Para uns, a arbitragem é o espaço do conflito de leis e da construção de um sistema normativo e omnicompreensivo, com certeza que não esquecendo que se trata de um conjunto sistémico pensado para ser actualizado em procedimentos de aplicação do direito com força vinculativa. Para outros, a arbitragem é tributária do processualismo e deve ser normalizada como uma ciência adjectiva que procura o procedimento perfeito, quando muito pensado de uma forma internacional e nessa constatação capaz de ousar afastar-se dos formatos do direito processual interno.

Mas sendo assim, os que no mundo real têm de se confrontar - como árbitros, advogados ou consultores jurídicos - com processos arbitrais, cedo percebem que a sua acção deve ser feita pela fuga aos excessos de cada uma das perspectivas antinómicas mencionadas, procurando desse modo construir um terreno científico-prático que se liberte dos constrangimentos dos institutos, dos métodos e dos sistemas que caracterizam as áreas científicas de onde afinal nasceu. E isso é bem visível no facto de o Direito da Arbitragem ser tributário como nenhum outro do esforço doutrinário de cultores que partem da realidade para a investigação ou que numa fase da sua vida passaram a ser muito mais práticos do que teóricos.

O Direito e a Economia são mundos científicos e práticos que se cruzam nos processos arbitrais com uma intensidade e evidência que nem sempre surge no mundo da justiça estatal. A arbitragem é geneticamente uma justiça de comerciantes, que pretende que a resolução de litígios da vida empresarial provoque a pacificação das tensões de um modo em que prevaleça a dimensão micro sobre a vertente macro. Na lógica do sistema arbitral está menos presente a moral prática kantiana do que tem de ocorrer na justiça estatal. As características de confidencialidade e de irrecorribilidade, a escolha dos árbitros pelas partes em conflito, a internacionalidade dos conflitos e a plurinacionalidade dos julgadores, são factores que - colocando embora nas mãos dos árbitros o dever de agir como se a sua decisão pudesse ser eticamente tornada em juízo universal - em todo o caso não lhes dá a ambição de influenciar a normalização e previsibilidade das futuras decisões.

Neste sentido, o processo de decisão arbitral tem sempre uma dimensão equitativa muito mais forte do que o seu parente próximo judicial. Do que se trata é de fazer justiça para o caso concreto, gozando os árbitros na prática de uma capacidade conformadora muito superior à que possui o juiz becado, quanto mais não seja pelo facto de em regra as suas decisões não terem recurso e por terem sido escolhidos pelas partes, o que quiçá paradoxalmente dá aos árbitros uma liberdade e uma responsabilidade maiores.

Mas sendo assim, o direito da arbitragem exige para os que o cultivam uma imersão na vida prática e pede uma experiência muito grande da realidade empresarial e dos sectores industriais em que se insere. O Direito é uma Ciência formal, mesmo quando se consegue evitar que seja uma ciência formalista e conceitual. Por isso os que à arbitragem chegam a partir da investigação jurídica tendem muito para olhar os litígios procurando a solução pela aplicação automatizada dos preceitos jurídicos descarnados e formais. Só que o mundo empresarial não é disso que precisa. Os litígios entre empresas nascem as mais das vezes de estruturas factuais que se afastaram dos procedimentos e formas com que a Ciência Jurídica foi ao longo dos séculos tentando formatar regras e procedimentos. Nas arbitragens deve sempre aplicar-se o direito que as parte

escolheram livremente, mas nessa aplicação deve o decisor olhar para a realidade factual da relação juridico-prática que enfrenta e não hesitar em ousar interpretações normativas menos comuns se com isso for capaz de fazer a mais adequada justiça para o caso concreto. Por isso também a teorização no campo da arbitragem deve ser – usando o exemplo que fui buscar aos tempos de Quinhentos – uma teorização pós-Descobertas, e assim analítica, e não uma teorização pré-moderna e dedutiva. Ora, ao longo dos séculos se sabe ser o método dedutivo o adequado para a Ciência Jurídica, o que leva muitas vezes e com razão a comparar o Direito e a Matemática como sendo duas ciências metodologicamente muito próximas.

Finalmente, o Direito da Arbitragem vive como nenhum outro na realidade concreta da comunidade internacional. Não será preciso recordar a Convenção de Nova Iorque, a Lei Modelo da Uncitral, o direito criado para e nas instituições que se dedicam à arbitragem internacional, como a ICC, a LCIA, a AAA, a SCC ou a NAI. Basta pensar que o mundo natural para esta forma de resolução de litígios é o das relações empresariais entre unidades ou grupos económicos situados em diferentes jurisdições, formados em sistemas normativos distintos, tributários de culturas tão diversas como a “civil law” e a “common law”.

Dirigir um processo arbitral e escrever um laudo arbitral é muitas vezes ter de ponderar regras deontológicas diferentes de cada um dos advogados, estilos de interrogatório de testemunhas que são inconciliáveis, modelos de apresentação de peças processuais muito variados, terminologia jurídica contratual que se revela equívoca por razões nacionais, idiomas diversos para os trabalhos processuais, culturas jurídicas muito diferentes entre os árbitros. Só quem nunca passou por essa experiência poderá ter a ilusão de que o funcionamento arbitral e o método decisório podem sair como Minerva da cabeça de Júpiter já adulta e preparada; que é possível ir buscar um bordão à ciência processual em que o prático se formou e daí deduzir as soluções concretas indispensáveis.

Neste sentido, o Direito da Arbitragem é um Direito da Comunidade Internacional em processo de gestação e de auto-gestação. O aplicador do direito numa arbitragem vive o fascinante e terrível dever de decidir com a consciência perfeita que não pode encontrar em nenhum manual a solução para o problema que enfrenta, se não for capaz de se libertar do que leu, do que aprendeu e até daquilo a que aderiu, para desse modo adequar as suas decisões às necessidades do caso concreto ... mesmo que acabe por concluir que a solução testada e divulgada cientificamente é a mais correcta.

Mas sendo um direito que se faz em cada decisão, com a consciência de que com toda a probabilidade as soluções não farão escola e até não serão conhecidas fora de cada processo arbitral, exige-se uma abordagem muito prática e pragmática e, sobretudo, uma modéstia intelectual que se ganha sobretudo nas dores de parto da criação do direito no caso concreto.

Como se isto tudo não bastasse para saudar e agradecer a ousadia de Manuel Barrocas em abordar cientificamente o Direito da Arbitragem a partir da sua experiência prática, recorde-se que este é primeiro manual global sobre arbitragem feito em Portugal. Ser pioneiro é, sempre, dar o peito às balas. Não irão faltar – Portugal é assim, e não é por acaso que a última palavra dos “Lusíadas” é “enveja” – os que descobrirão onde catar uma ou outra pulga que lhes faça comichão.

Mas até nisso estarão errados. Tenho passado os últimos anos a ler as obras de Redfern e Hunter, de Derains e Schwartz, de Carmona, de Pedro Batista, de Fouchard Gaillard e Goldman e de alguns outros. O “Manual de Arbitragem” que têm agora à vossa disposição ficará na minha estante ao lado desses textos indispensáveis. Aconselho que façam como eu e que partilhem comigo o orgulho de presenciar aquiolo a que um advogado português conseguiu subir.

José Miguel Júdice
Lisboa, Agosto de 2009

* Publicado em “Manual de Arbitragem”, Livraria Almedina, 2010, pág. 3 a 7