XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E TEORIAS DA JUSTIÇA II

WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR

FABRÍCIO VEIGA COSTA

SÍLZIA ALVES CARVALHO

Copyright © 2023 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

P963

Processo, Jurisdição e Teorias da Justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fabrício Veiga Costa; Sílzia Alves Carvalho; William Paiva Marques Júnior. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-826-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo. 3. Jurisdição e Teorias da Justiça. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E TEORIAS DA JUSTIÇA II

Apresentação

A presente coletânea é composta dos artigos aprovados, apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho: "Processo, Jurisdição e Teorias da Justiça II", no âmbito do XII Encontro Internacional do CONPEDI, realizado entre os dias 12 a 14 de outubro de 2023, na cidade de Buenos Aires/Argentina, na Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires (UBA), e que teve como temática central "Derecho, democracia, desarrollo y integración".

Os trabalhos expostos desenvolveram de forma verticalizada diversas temáticas atinentes ao Processo, Jurisdição e Teorias da Justiça, especialmente na relação dialogal com os Direitos Fundamentais, as novas tecnologias e a consequente constitucionalização do processo, da jurisdição e da justiça. As pesquisas ora apresentadas funcionam como canais indispensáveis nos debates e propostas das pendências existentes nos campos indicados e na busca de soluções efetivas para as problemáticas indicadas.

Wilian Zendrini Buzingnani e Luiz Fernando Bellinetti abordam o contexto de o Incidente de Assunção de Competência, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o Recurso Especial e Extraordinário Repetitivo, com fulcro nas teorias: procedimentalistas, substancialistas, ao proporem uma teoria intermediária, eclética, para resolução de casos excepcionais, onde a mera subsunção da norma ao fato não é suficiente para de atender à pretensão deduzida.

Beatriz da Rosa Guimarães, Gabriely Vivian Vieira e Guilherme da Rosa Guimarães investigam os possíveis impactos do populismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal, a fim de garantir decisões em que prevaleça a independência e a imparcialidade deste órgão, zelando pela real garantia dos direitos fundamentais. Concluem que o problema do populismo pode se relacionar com o excesso de ativismo judicial e da judicialização da política quando a jurisdição constitucional é vista como o principal meio para a solução dos conflitos políticos e morais mais relevantes da sociedade, na medida em que esta postura configura uma atuação antidemocrática por parte do Supremo diante do risco de desequilíbrio entre os poderes.

Renata Apolinário de Castro Lima , Érica Jaqueline Dornelas Concolato e Lorena Hermenegildo de Oliveira refletem sobre os critérios pelos quais se pode caracterizar os

conceitos jurídicos indeterminados e diferenciá-lo da linguagem determinada habitual. Foram também abordados conceitos da filosofia, pelos quais se pode identificar critérios de determinação na linguagem em geral, por meio da doutrina aristotélica e também de elementos da filosofia analítica. Ao fim, foi estudada a análise judicial de pedido fundado em lei que contenha conceito juridicamente indeterminado e a discricionariedade do magistrado para o deferimento ou indeferimento assim como na fundamentação em suas decisões, considerando o disposto no art. 489, § 1º, II, do CPC.

Gabriela Fonseca De Melo investiga a fórmula "Estado de Direito" e sua transformação para o Estado Constitucional de Direito para asserir que neste último estágio, quando se deu o processo de constitucionalização do Direito, houve o despontar do Direito e Processo do Trabalho – igualmente constitucionalizados – que se desenvolveram e se consolidaram imbuídos de princípios e regras próprios, bem como de normas-precedentes a clamarem por respeito e consideração por parte da corte constitucional. O segundo momento da pesquisa analisa três julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal – ADIs. 5.766, 1.721 e 1.770 e RE 760.931 – com o desiderato de refletir sobre os limites de sua atuação, seja no âmbito do trabalho hermenêutico, seja no âmbito processualístico. O primeiro e o segundo casos envolveram o problema em torno da interpretação judicial e o terceiro caso abarcou a não observância de norma processual fundamental voltada à fase preliminar que antecede o julgamento – a repercussão geral.

Luana Carolina Bonfada examina quais as principais vulnerabilidades que assolam a sociedade brasileira, num todo, quanto à concretização de seus direitos por meio do acesso à justiça. Para além, se busca evidenciar como os institutos da Justiça Itinerante e da Assistência Judiciária Municipal, que adveio ao ordenamento jurídico brasileiro a partir do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 279 no ano de 2021 podem auxiliar no fortalecimento do exercício da cidadania através do acesso à justiça. Quanto à cidadania, utiliza-se por embasamento o conceito de cidadania deliberativa de Habermas, no sentido de evidenciar a possibilidade que há de se efetivar os direitos fundamentais do homem, nesse caso, excepcionalmente através da justiça, justamente caso se tenha cidadãos ativos e participativos.

Fernanda Resende Severino e Lilian Mara Pinhon tratam das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações Embargos Declaratórios na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3.106 de Minas Gerais; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.792 do Rio Grande do Norte e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.241, objetivam constatar se há coerência e respeito ao permissivo legal e excepcional da modulação dos efeitos temporais. A CF/88 prevê o Controle de Constitucionalidade, ao passo que a

modulação de efeitos temporais está prevista na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Contudo, este instituto é excepcional e deve ser aplicado apenas por razões de segurança jurídica e excepcional interesse social. Com a análise de tais decisões é possível compreender como o órgão de cúpula do Poder Judiciário vem aplicando a modulação dos efeitos temporais. E, consequentemente, se há a observância ou não dos respectivos pressupostos para sua aplicabilidade.

Ivan Martins Tristão e Luiz Fernando Bellinetti analisam que o acesso à Justiça não é compreendido apenas como admissão ao juízo, vai além e exige que o Estado promova a prestação jurisdicional de forma célere, efetiva e adequada (acesso à ordem jurídica justa). E nessa reformulação da compreensão de acesso à Justiça, passando pelas ondas renovatórias, demonstra-se que atualmente os obstáculos e soluções devem ser repensadas diante da virtualização da Justiça. Demonstram que há necessidade de buscar novos paradigmas mais eficientes, sendo a Análise Econômica do Direito um importante vetor interdisciplinar que pode auxiliar a concretizar melhores soluções, de forma eficiente a equalizar o sistema de Justiça, usando menos recursos ao mesmo tempo em que se pode alcançar resultados práticos efetivos, com o fim último de pacificação social, com realização da justiça.

José Bruno Martins Leão e Albino Gabriel Turbay Junior propõem uma análise sistêmica dos aspectos processuais à luz dos valores e das normas constitucionais. No âmbito do julgamento conjunto das ADI nº 5.492 e 5.737, o Supremo Tribunal Federal examinou determinadas questões relevantes ao processo civil ante a estrutura estatal conformadora do federalismo brasileiro e dos princípios processuais na Constituição Federal. No julgamento foram analisados vários dispositivos do CPC/2015, exemplificativamente, a concessão liminar da tutela de evidência fundada em prova documental associada a precedente vinculante, a aplicação supletiva e subsidiária do CPC aos processos administrativos, o foro competente para a execução fiscal e para as ações em que estados e Distrito Federal figurem como partes, entre outros dispositivos impugnados nas referidas ações diretas de inconstitucionalidade. Destacam que os argumentos utilizados nos votos tiveram como fundamento o fato de que o CPC/2015 é resultado de um modelo constitucional de processo, que busca a efetiva realização dos direitos, influenciado pela força normativa da Constituição e pela proteção dos direitos fundamentais, neste sentido, o STF analisou a constitucionalidade dos diversos dispositivos processuais envolvidos nas ações.

Michel Elias De Azevedo Oliveira , Nair de Fátima Gomes e Bruno Martins Neves Accadrolli investigam, sob a ótica do Direito e da Psicologia, que a legislação vigente que trata sobre o tema impõe como regra que a guarda seja exercida de forma compartilhada. Em um relacionamento harmonioso em que os pais são de fato respeitosos, essa modalidade

poderá ser eficiente. Contudo, não havendo essa relação harmoniosa, evidente que a guarda compartilhada será prejudicial. De outro lado, notam-se acordos e decisões judiciais de guarda compartilhada, mas que apenas um dos pais exercerá o poder. Embora a regra seja a guarda compartilhada, se um dos pais exerce um poder, anulando o do outro, como busca de filho na escola, dentre outros, a modalidade é e será a guarda unilateral, pois do contrário será danoso e prejudicial.

Para Agatha Gonçalves Santana , Nicoly Souza Araujo e Carla Noura Teixeira, existe a necessidade da estruturação de um Devido Processo Legal Digital, partindo-se de pesquisa teórica, por meio de uma abordagem qualitativa de natureza aplicada, por intermédio de procedimento de pesquisa bibliográfica e documental e, em um segundo momento, utilizando-se da pesquisa empírica, por meio de análise de decisões, com o objetivo de conferir maior respaldo ao usuário de ambientes virtuais, examinando a evolução da informatização do processo judicial, ao traçar as diferenças básicas entre um processo informatizado e um processo automatizado e os aspectos lógicos distintos entre eles a fim de demonstrar os problemas resultantes desta informatização, e de que forma podem afrontar o princípio do devido processo legal.

Helena Patrícia Freitas e Danúbia Patrícia De Paiva, a partir do método de revisão bibliográfica se faz pela racionalidade ético-crítica, abordam uma nova teoria do processo, qual seja, a teoria dos Processos Pluriversais, assim entendido como garantia de direitos fundamentais e direitos da natureza. Referida teoria apresenta-se como alternativa contemporânea às teorias do processo moderno-cartesianas, que trazem uma perspectiva limitada com relação às garantias do contraditório e da ampla defesa para a construção de decisões, o que, de modo inevitável, compromete a cognição. Este é, portanto, o problema que se aponta na pesquisa. O deslinde da questão passa por aferição a partir do marco teórico eleito, qual seja, a racionalidade ambiental e o diálogo de saberes elaborado por Enrique Leff.

Sergio Nojiri , Vitor Gustavo Teixeira de Batista e Frederico Favacho, traçam um panorama quanto ao histórico, aos fundamentos e ao conceito da perspectiva realista de tomada de decisões judiciais para entender se é possível estendê-la ao instituto da arbitragem. Como resultado, verificam que a perspectiva realista, isto é, a ideia de que não é - ou não é apenas - o pensamento lógico-racional jurídico o principal fator determinante para a tomada de decisão dos juízes, tem se mostrado cada vez mais válida, por meio de métodos empíricos de áreas distintas ao Direito como: Psicologia, Economia, Biologia e Ciência Política, e que a arbitragem também pode (e deve) ser enxergada sob esta perspectiva.

Lincoln Mattos Magalhaes e Jânio Pereira da Cunha defendem a cláusula constitucional do devido processo, indagando sobre possíveis inconsistências teóricas que decorrem do publicismo processual e da concepção de processo como relação jurídica de direito público. Indaga-se, no ponto, de que modo, o conceito ou a compreensão do processo como um instrumento da jurisdição à serviço da realização de escopos jurídicos e metajurídicos compromete a democraticidade da atuação judicial, alçando os juízes ao papel de protagonistas do sistema, e de intérpretes oficiais do ordenamento jurídico. A título de testar a hipótese e examinar a tese de não-alinhamento do Código de Processo Civil brasileiro ao modelo constitucional de processo plasmado na Constituição Federal de 1988, escrutina-se o art. 370 daquele estatuto.

Rafael Rodrigues Soares e Daniel Barile da Silveira consideram a aplicação das tutelas provisórias de urgência no âmbito do processo jurisdicional perante os Tribunais de Contas, que tem como corolário os princípios regentes da administração pública. Neste diapasão, as tutelas provisórias de urgência são como instrumentos de preservação do direito material ou mesmo processual, sendo que seus institutos e sua aplicação supletiva e subsidiária estão previstas tanto na legislação processual civil quanto nas normas de direito administrativo. Em razão dos procedimentos multifacetados adotados no processo administrativo, as tutelas provisórias de urgência são instrumentos importantes no acesso à justiça no âmbito da jurisdição dos Tribunais de Contas. Com o objetivo de promover a efetividade das tutelas provisórias, o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso passou a adotar o seu próprio Código de Processo de Controle Externo, ao sistematizar os procedimentos e promover maior segurança jurídica aos envolvidos nos processos de contas.

Paulo Roberto Pegoraro Júnior e Bruno Fernando Gasparotto constatam que a adoção de novas tecnologias pelo Poder Judiciário brasileiro, sobretudo a partir da vigência da Lei nº 11.419/2006 – a qual informatizou o processo judicial inclusive no âmbito dos juizados especiais -, vem se traduzindo em impactos significativos não apenas no tocante à celeridade, mas também em aspectos qualitativos importantes. As novas ferramentas advindas de tais iniciativas registram impressões empíricas, não apenas em seu contexto positivos quanto ao ganho de eficiência da prestação jurisdicional, mas provoca reflexões acerca da assimetria informacional em relação às partes, em especial naquelas causas em que se dispensa a assistência de advogado, perante o juizado especial (Lei nº 9.099/1995). O artigo se propõe a discorrer acerca das dificuldades enfrentadas pelos “analfabetos digitais” para o pleno acesso à justiça e o exercício da ampla defesa.

Paulo Roberto Pegoraro Júnior e Valdir Alberto Krieger Junior revelam o impacto da aplicação de elementos do Legal Design no direito processual brasileiro, especificamente na

editoração e utilização de peças processuais no âmbito do juizado especial. A linguagem dos atos e provimentos judiciais é relevante para a eficiência do processo, pois permite que as decisões sejam compreendidas pelos próprios cidadãos. O sistema de justiça brasileiro não tem padrão de linguagem na fundamentação, porém, há um movimento, atualmente, que tem defendido a utilização do visual law.

Paulo Cezar Dias , Marlene de Fátima Campos Souza e Ana Cristina Neves Valotto Postal desenvolvem pesquisa em torno dos diversos formatos de meios adequados de resolução de conflitos; atual modelo multiportas adotado pelo Judiciário, com utilização de dois métodos sendo a ADR - Alternative Dispute Resolution e o ODR - Online Dispute Resolution, em especial, nesta última, acerca de a contribuição das inovações tecnológicas, principalmente no que tange a realidade virtual e realidade aumentada. Desta forma, o presente trabalho, utilizando-se do método bibliográfico de pesquisa, estudo doutrinário, estudos legislativos, sem, contudo, esgotar o tema, objetiva demonstrar como as novas tecnologias podem contribuir para o acesso da sociedade a novos meios de audiências, as quais indo além do uso da internet, telefonia móvel e computadores, podem efetivamente vir a realizar uma audiência no Metaverso e contribuir para que o indivíduo tenha o acesso efetivo à justiça. Pretende-se contribuir na propagação de informações, principalmente com relação a evolução da tecnologia desde a WEB 1.0 até a WEB 3.0, a realidade aumentada e realidade virtual, inclusive sobre o uso dos óculos de realidade virtual, como um meio utilizado para imersão em 3D no ambiente do Metaverso, algo novo que desponta para a sociedade, agora, como mais um mecanismo para agregar aos métodos existentes na busca de uma prestação de serviços de qualidade ao jurisdicionado.

Paulo Cezar Dias e Marisa Sandra Luccas investigam sobre a Justiça Restaurativa Brasileira. Primeiramente, apresenta-se uma abordagem conceitual sobre Justiça Restaurativa e os principais princípios que a caracterizam; em um segundo momento é realizada uma análise de sua evolução histórica, pesquisando seus desdobramentos ao longo do tempo, de acordo com autores diversos em diferentes ambiências. Na sequência, são realizadas algumas reflexões acerca do conflito presente nas relações humanas, suas possíveis origens, caracterizações e a sua conexão com a Justiça. Por fim é feita a abordagem sobre o sagrado e o seu elo com justiça restaurativa, sua importância, suas possibilidades.

Com grande satisfação coordenamos e apresentamos a presente obra, agradecendo aos autores (as)/pesquisadores(as) envolvidos(as) em sua produção pelas profícuas reflexões surgidas e debatidas, bem como reiteram e louvam a dedicação e competência de toda a equipe do CONPEDI pela organização e realização do exitoso e arrojado evento, realizado em Buenos Aires/Argentina.

Reiteramos a esperança que a obra ora apresentada sirva como parâmetro acadêmico para a compreensão dos problemas da complexa realidade social sob a óptica do processo, da jurisdição e da justiça. Desejamos leituras proveitosas na construção de uma nova perspectiva para os desafios impostos ao Direito Processual no contexto contemporâneo pós-pandêmico de utilização dos mecanismos dos Direitos Fundamentais como força motriz da constitucionalização e democratização do processo, da jurisdição e da justiça.

Profa. Dra. Sílzia Alves Carvalho - UFG (Universidade Federal de Goiás)

Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa – Universidade de Itaúna/Minas Gerais

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior- UFC (Universidade Federal do Ceará)

UMA ANÁLISE DA PERSPECTIVA REALISTA ESTENDIDA À TOMADA DE DECISÕES ARBITRAIS

AN ANALYSIS OF THE REALISTIC PERSPECTIVE EXTENDED TO ARBITRATION DECISION-MAKING

Sergio Nojiri [1]
Vitor Gustavo Teixeira de Batista [2]
Frederico Favacho [3]

Resumo

Embora a perspectiva realista no Direto apresente-se de modo tímido no território nacional em razão da enraizada instrução jurídico-formalista brasileira, ela demonstra crescente interdisciplinaridade, alcançando resultados que a solidificam contemporaneamente nas áreas que a aplicam. O presente artigo objetiva analisar o histórico, os fundamentos e o conceito da perspectiva realista de tomada de decisões judiciais para entender se é possível estendê-la ao instituto da arbitragem. Para isso, utiliza-se do método de revisão bibliográfica narrativa, bem como da análise documental da legislação correlata. O artigo é estruturado em três capítulos, além da introdução e da conclusão, por meio dos quais, inicialmente, é apresentada a origem da perspectiva realista, em seguida, a sua contemporaneidade e, por fim, a sua extensão à tomada de decisão arbitral. Como resultado, verifica-se que a perspectiva realista, isto é, a ideia de que não é - ou não é apenas - o pensamento lógico racional jurídico o principal fator determinante para a tomada de decisão dos juízes, tem se mostrado cada vez mais válida, por meio de métodos empíricos de áreas distintas ao Direito como: Psicologia, Economia, Biologia e Ciência Política, e que a arbitragem também pode (e deve) ser enxergada sob esta perspectiva.

Palavras-chave: Realismo jurídico, Arbitragem, Tomada de decisão, Vieses

Abstract/Resumen/Résumé

Although the realistic perspective in Law is timidly presented in the national territory due to the deep-rooted Brazilian legal-formalist instruction, it demonstrates a growing interdisciplinarity, achieving results that solidify it contemporaneously in the areas that apply

[1] Professor Associado da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Juiz Federal.

[2] Mestrando pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Bacharel em Direito pela FD-RP/USP. Advogado.

[3] Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP). Mestre e Bacharel pela FD /USP. Advogado, árbitro e professor universitário

it. This article aims to analyze the history, foundations and concept of the realistic perspective of judicial decision-making to understand whether it is possible to extend it to the arbitration institute. For this, the method of narrative bibliographical review is used, as well as the documental analysis of the related legislation. The article is structured in three chapters, in addition to the introduction and conclusion, through which, initially, the origin of the realist perspective is presented, then its contemporaneity and, finally, its extension to arbitral decision-making. As a result, it appears that the realist perspective, that is, the idea that it is not - or is not just - the legal-rational logical thinking the main determining factor for judges' decision-making, has proven to be increasingly valid. , through empirical methods from areas other than Law such as: Psychology, Economics, Biology and Political Science, and that arbitration can (and should) also be seen from this perspective.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal realism, Arbitration, Decision making, Biases

1. Introdução

O presente artigo analisa os fundamentos no Realismo jurídico norte-americano sobre a tomada de decisão judicial, com especial atenção no campo da arbitragem.

De modo geral, a perspectiva realista, embora sofra com a falta de difusão e de reconhecimento no território brasileiro em boa parte por conta da enraizada educação jurídico-formalista, tem sido construída desde o final da década de 1920, principalmente, nos Estados Unidos. De lá para cá, algumas ideias realistas vêm se consolidando em algumas outras áreas do saber, como Economia, Sociologia, Ciência Política, Psicologia e Neurociência.

Isso se dá cada vez mais por conta do interesse dos pesquisadores em métodos empíricos que buscam compreender *como* se dá, de fato, o processo de tomada de decisões. Nesse sentido, a ciência jurídica também é evidentemente afetada por esses estudos, em especial, quando se diz respeito às decisões judiciais.

Na medida em que o árbitro também é investido de poder jurisdicional (OPPETIT, 2009, p. 23-24) justifica-se estender os mesmos estudos no campo da arbitragem, afinal, encontra-se na perspectiva realista, interdisciplinar e empírica, uma forma de se desmistificar não só a figura do juiz, visto tradicionalmente como "*oráculo da lei*", mas também do árbitro.

Dito isso, questiona-se: i) quais são os ideais da abordagem realista, ii) como eles são retratados atualmente e iii) se a perspectiva realista pode ser aplicada à arbitragem. Portanto, o artigo objetiva, de modo geral, conceituar a perspectiva realista de tomada de decisões, analisá-la sob o ponto de sua aplicação e em que medida ela pode ser estendida à arbitragem.

Quanto à estrutura, em primeiro lugar o artigo analisa o Realismo jurídico norte-americano por uma perspectiva histórica. No segundo momento, apresenta alguns posicionamentos que podem ser enquadrados na perspectiva estudada, extraindo-se disso algumas de suas formas contemporâneas. Em terceiro lugar, relaciona a tomada de decisão arbitral sob o ponto de vista principiológico da Lei de Arbitragem à luz da perspectiva realista.

2. Origem e conceituação da *perspectiva realista* de tomada de decisão judicial

O Realismo jurídico é um movimento precursor na análise, de fato, da tomada de decisões judiciais. Seus posicionamentos foram muito criticados por conta de uma suposta radicalização de ideias, que, certa forma, é exagerada por seus opositores (SCHAUER, 2013, p. 750). Como movimento, opõe-se ao pensamento jurídico-formalista que, da mesma forma, tampouco pode ser entendido como um método racional puro. Entre uma escola e outra, Vitalius

Tumonis (2012, p. 1363) aponta acertadamente que: "*Not all formalists think of courts as giant syllogism machines; not all realists are in love with notions of judging by hunching"*[1].

Do Realismo jurídico norte-americano destacam-se dois predecessores, ambos juízes,: Oliver Wendell Holmes Jr. e Benjamin Cardozo. Uma das frases famosas de Holmes, que inspirou os realistas, foi: "*The life of the law has not been logic: it has been experience*"[2] (2000, p. 01). Holmes, já em sua época, desconfiava da aplicação de uma racionalidade matemática no Direito e, por consequência, da tomada de decisão judicial a partir de uma construção puramente lógica. Ele compreendia o Direito como uma construção empírica das decisões. A decisão de casos concretos, nesse sentido, não se dá por proposições gerais, mas por proposições legais específicas, as únicas que poderiam determinar como os juízes decidem seus casos (TUMONIS, 2012, p. 1369).

Benjamin Cardozo, na mesma linha de Holmes, afirmava que as questões legais que chegam ao juiz não são facilmente deduzidas de um sistema de regras conceitual e ordenado. As tarefas que o juiz enfrenta são complexas, difíceis e repletas de confrontos entre opostos aparentemente irreconciliáveis. Na opinião de Cardozo, tudo é "penetrado com casuística e dialética". Para ele, e depois também para os realistas, a visão então predominante do juiz oracular, cujo papel era percebido como meramente encontrar e pronunciar a lei existente está equivocada. De acordo com Cardozo, a natureza do processo judicial não é de descoberta, mas de criação (SIMON, 2000).

Vitalius Tumonis (2012, p. 1369-1370) menciona, ainda, outros predecessores tão importantes quanto Holmes e Cardozo:

> **"Theodore Schroeder**, for example, **was one of the first to analyze the psychology of judicial decision-making**. He noted that 'judicial opinion necessarily is the justification of the personal impulses of the judge' and that 'the character of these impulses is determined by the judge's life-long series of previous experiences, with their resultant integration of emotional tones'.[3] would not impress contemporary psychologists, at that time this was a novel outlook on judicial decision-making.
>
> **Max Radin**, already in 1925, argued that judges do not process facts and legal rules logically or rationally. Essentially, **he argued that judges respond to the clusters of fact situations** (the so-called situation type of judging) - judges

[1] Em tradução livre: "*Nem todos os formalistas pensam nas cortes como máquinas gigantes de silogismo; nem todos os realistas são apaixonados pelas noções do julgamento por meio do palpite*".
[2] Em tradução livre: "*A vida do Direito não tem sido a lógica: tem sido a experiência"*.
[3] A obra aqui citada por Vitalius Tumonis é: Schroeder, T. The Psychologic Study of Judicial Opinion. California Law Review. 1918.

> make instant decisions once a "generalized situation of this sort is in the judge's mind and is immediately called up".[4] (grifo nosso)

O nascimento do Realismo jurídico norte-americano, propriamente dito, se deu em razão de um artigo apresentado na reunião da Associação Americana de Ciência Política em dezembro de 1929, por Karl Llewellyn, que foi posteriormente publicado sob o título *A Realistic Jurisprudence-The Next Step*. Nele, foi apontado que a análise tradicional dos problemas jurídicos, concebendo o Direito como um corpo de regras, é "um bloqueio para pensar claramente sobre as coisas jurídicas". Llewellyn argumentou que a centralidade na regra, uma formulação verbal, evita a referência aos fatos, além de trazer confusão de significados, já que uma regra pode significar ambivalentemente uma prescrição de conduta ou a descrição dela. Foi proposto, então, que os aspectos mais significativos das relações entre o Direito e a sociedade encontram-se no campo do comportamento, que os juristas deveriam se preocupar com os atos e não com as palavras, ou seja, com o Direito concebido como comportamento humano em vez do tradicional corpo de regras e conceitos (YNTEMA, 1960).

Para Llewellyn, o Realismo não era uma nova escola de jurisprudência, mas representava os esforços complementares de um número de indivíduos em vários campos, com técnicas variadas, e com diversas predisposições, para ampliar o conhecimento do Direito pela investigação crítica ou factual. Mas, mesmo com essa diversidade de perfis, é possível apontar para alguns pontos em comum: a concepção do Direito e da sociedade em fluxo, com a lei tendo uma importância secundária; a noção da criação judicial do Direito; a concepção do Direito como um meio para se alcançar fins; um estudo mais objetivo dos problemas jurídicos; desconfiança das regras jurídicas como descrições de como o Direito opera prognósticos de decisão. Em suma, o programa (implícito) do Realismo jurídico consistia no estudo detalhado e objetivo do Direito como um instrumento para alcançar os fins desejados no contexto de uma sociedade em transformação (YNTEMA, 1960).

Para os fins deste trabalho, que possui foco no processo de tomada de decisão, oportuna a menção do artigo de Joseph Hutcheson, *Judgment Intuitive: the function of the "Hunch" in Judicial Decision,* que nos traz uma ideia de *como* se dá tomada de decisão judicial para além das concepções jurídico-formalistas. Hutcheson alega que, ao se tornar um juiz mais familiarizado com a prática da decisão judicial e por meio da *observação e da experiência*, passou a entender que, quando se trata de um caso fácil, a decisão é tomada de forma imediata e espontânea. Por outro lado, quando se trata de um caso difícil, é preciso analisar todo o

[4] A obra aqui citada por Vitalius Tumonis é: Radin, M. The *Theory of Judicial Decisions*: Or How Judges Think. American Bar Association Journal. 1925, 11: 357.

material e meditar sobre a causa para só então receber um sentimento de palpite (*hunch*): "*um flash intuitivo de entendimento para iluminar a tomada de decisão que permite a conexão entre a questão e o resultado"* (HUTCHESON, 1928, p. 277-278).

Portanto, sob esse prisma, os juízes não decidem casos difíceis por um senso abstrato de Justiça ou de Direito, eles apenas justificariam suas decisões em leis ou jurisprudência em relação às quais o caso se encaixaria. Para Hutcheson, essa justificativa teria três finalidades: i) a aprovação dos pares; ii) se assemelhar a um resultado justo, ou; iii) evitar qualquer confusão de ordem moral. Nesse sentido, as melhores justificativas podem consagrar opiniões infundadas de Direito sem que ninguém questione o veredito (HUTCHESON, 1928, p. 282-284).

Jerome Frank, considerado um expositor mais radical do movimento (TUMONIS, 2012, p. 1370-1371), reintroduziu a discussão realista em 1947 ao escrever, dentre outras coisas, sobre a interpretação dos fatos. Frank, ao criticar a análise simplista da decisão como mera subsunção do fato à norma, colocou em xeque a credibilidade das provas testemunhais e depoimentos pessoais e apresentou a ideia de subjetividade sobre o fato apresentado em sua obra (FRANK, 1947, p. 922-925).

Na visão de Frank, os fatos não são objetivos, mas subjetivos - inclusive de modo *involuntário* - tanto pela perspectiva de quem os conta (emissor) quanto pela perspectiva de quem os ouve/lê (receptor). No último caso, os juízes. De acordo com Frank, nem as normas e tampouco os fatos poderiam ser considerados objetivos, uma vez que sofrem com as interpretações individuais de seus emissores e receptores em razão da inerente fragilidade da linguagem (FRANK, 1947, p. 925-933).

O movimento realista, em sua crítica a uma abordagem jurídica tradicional, destacou a importância do método empírico no estudo do Direito. Críticos de uma lógica racional para tomada de decisões judiciais, os realistas apontaram para uma pesquisa de recorte experimental, seja sociológico, seja econômico, seja psicológico. Essa proposta realista, como veremos, contribuíram para a construção de um modelo que procura antever como um juiz, ou uma corte, pode vir a decidir um caso.

O Realismo jurídico norte-americano buscou, assim, demonstrar que o Direito não é formado *apenas* pelo pensamento lógico racional e que ele não é fator determinante para a tomada de decisão dos juízes, existindo diversos outros elementos não jurídicos, cuja existência e aplicação são variáveis e manipuláveis (SCHAUER, 2013, p. 754; OSTINI, NOJIRI, 2019).

2. Aplicações contemporâneas da perspectiva realista

O realista jurídico Joseph Hutcheson, como vimos, afirmou que as decisões judiciais são influenciadas por um "flash intuitivo de entendimento", que foi chamado de *hunch*. Somente após o *hunch* é que o juiz buscaria razões, na lei, para justificar sua decisão.

A visão de Hutcheson parece encontrar uma ressonância, décadas depois, nos estudos de tomada de decisão realizados por Daniel Kahneman, psicólogo israelita ganhador do Nobel de Economia em 2002. No livro "*Rápido e Devagar: duas formas de pensar*", ele apresentou dois sistemas[5] da mente humana que são usados corriqueiramente nas pesquisas sobre tomada de decisão:

> O Sistema 1 opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário.
>
> O Sistema 2 aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos. As operações do Sistema 2 são muitas vezes associadas com a experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração.
>
> [...], os Sistemas 1 e 2 estão ambos ativos sempre que estamos despertos. O Sistema 1 funciona automaticamente e o Sistema 2 está normalmente em um confortável modo de pouco esforço, em que apenas uma fração de sua capacidade está envolvida. O **Sistema 1** gera continuamente sugestões para o Sistema 2: **impressões, intuições, intenções e sentimentos**. Se endossadas pelo **Sistema 2**, impressões e intuições se tornam **crenças**, e impulsos se tornam **ações voluntárias**. **Quando tudo funciona suavemente, o que acontece na maior parte do tempo, o Sistema 2 adota as sugestões do Sistema 1 com pouca ou nenhuma modificação**. Você geralmente acredita em suas impressões e age segundo seus desejos, e tudo bem — normalmente. Quando o Sistema 1 funciona com dificuldade, ele recorre ao Sistema 2 para fornecer um processamento mais detalhado e específico que talvez solucione o problema do momento. O Sistema 2 é mobilizado quando surge uma questão para a qual o Sistema 1 não oferece uma resposta, [...]. **Em resumo, a maior parte do que você (seu Sistema 2) pensa e faz origina-se de seu Sistema 1, mas o Sistema 2 assume o controle quando as coisas ficam difíceis, e normalmente ele tem a última palavra**. A divisão de trabalho entre o Sistema 1 e o Sistema 2 é altamente eficiente: isso minimiza o esforço e otimiza o desempenho. O arranjo funciona bem na maior parte do tempo porque o Sistema 1 geralmente é muito bom no que faz: seus modelos de situações familiares são precisos, suas previsões de curto prazo são em geral igualmente precisas e suas reações iniciais a desafios são rápidas e normalmente apropriadas. **O Sistema 1 tem vieses, porém, erros sistemáticos que ele tende a cometer em circunstâncias específicas**. [...] Uma limitação adicional do Sistema 1 é que ele não pode ser desligado. [...] (KAHNEMAN, 2012, p. 25) (grifo nosso)

[5] Embora sejam apresentados dois sistemas insta destacar que essa dualidade não representa dois locais distintos e definidos do cérebro, sendo apenas uma maneira didática e abstrata de se entender o funcionamento da mente humana.

Ademais, Kahneman é responsável por popularizar os termos "heurísticas" e "vieses" – o último, por vezes, acompanhado da qualificante "*cognitivos*". O primeiro tem como definição técnica: "um procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis*"* (KAHNEMAN, 2012, p. 110). Já o segundo é entendido como *erros sistemáticos* que são originados durante o processo mental e que podem afetar decisões e julgamentos (KAHNEMAN, 2012, p. 456). Atualmente, existem inúmeros estudos que analisam os vieses cognitivos, listando-os e categorizando-os, dentre eles, podemos citar o viés da ancoragem[6] e o viés da confirmação[7].

Nesse sentido, Kahneman também é um importante crítico da tomada de decisão nos moldes da perspectiva jurídico-formalista. Isso porque o autor defende que as heurísticas e vieses são inerentes aos processos mentais, ocorrendo de modo automático pelo Sistema 1. Desse modo, a tomada de decisão seria completamente influenciável por, e indissociável de, fatores externos à razão lógica, tais como, as percepções individuais do julgador e as influências do ambiente.

Introduzidos esses conceitos buscados da Psicologia, oportuno apresentar pesquisas realizadas pelo psicólogo social estadunidense, Jonathan Haidt. Apesar dele não escrever corriqueiramente sobre temas de Direito, Haidt já chegou a afirmar que há muito mais de intuição e de vieses cognitivos nas decisões judiciais do que se imagina (HAIDT, 2013, p. 01). Além do mais, ele é crítico de uma racionalidade para tomada de decisão da forma como se tem tradicionalmente pensado (p. 35, 2013):

> Em conclusão, há uma ilusão espreitando a academia. [...] É a crença de que existe uma capacidade de raciocínio confiável, capaz de operar de forma eficaz e imparcial, mesmo quando o interesse próprio, as preocupações com a reputação, conflitos intergrupos e uma doação de três milhões de dólares conduzam a uma determinada conclusão.

Haidt tece críticas ao formalismo-jurídico na medida em que desmente a ilusão da racionalidade da tomada de decisões judiciais por meio de *aspectos pragmáticos*. Tal pragmatismo é justificado por meio de métodos que relacionam a Psicologia ao Direito. Haidt observa, dentre outros vieses que ocorrem na tomada de decisão judicial, o viés da confirmação. Em relação a esse viés, ele é categórico ao dizer que no processo de tomada de decisão: *você*

---

[6] *Em muitas situações as pessoas fazem estimativas começando por um valor inicial que é ajustado para produzir a resposta final. O valor inicial, ou ponto de partida, talvez seja sugerido pela formulação do problema, ou talvez seja o resultado de um cálculo parcial. Tanto num caso como no outro, ajustes são tipicamente insuficientes. Ou seja, diferentes pontos de partida produzem diferentes estimativas, que são viesadas na direção dos valores iniciais. Chamamos isso de fenômeno da ancoragem* (KAHNEMAN, 2012, p. 456).

[7] Esse viés aponta que o cérebro tende a valorar posicionamentos que confirmam as próprias opiniões e crenças, ao passo que tende a desprezar posicionamentos contrários (KAHNEMAN, 2012, p. 91).

não vai se esforçar mais para descobrir o que é verdadeiro; você vai raciocinar muito mais cautelosamente para descobrir o que é justificável, o que é defensável (HAIDT, 2013, p. 28; CÔRTES, DE OLIVEIRA, 2016).

Em que pese a tendência contemporânea de se achar a intuição algo negativo para tomada de decisões, há quem defenda seu uso. Linda Berger é uma dessas pessoas. Para ela, a intuição é positiva na medida em que expande as perspectivas das pessoas que precisam solucionar problemas, principalmente quando se trata de casos difíceis. Dessa forma, a intuição é uma importante ferramenta para a busca de soluções diversas: "*The argument here is that such analytical processes are not the only, and sometimes not the best, sources for solving problems. Instead, loose ends are good things to follow*"[8] (BERGER, 2013, p. 39).

Além disso, Berger entende que pode ser desenvolvida uma intuição especializada ("*expert intuition*"), treinada, em que os juízes podem usá-la de modo favorável à solução de problemas, tendo em vista que tal intuição estaria *"programada*" para a resolução de conflitos (BERGER, 2013).

Para além da Psicologia, outro campo que ressalta os aspectos extralegais da decisão judicial é a Ciência Política. Desde a década de 1960, cientistas políticos, interessados nas repercussões políticas de Cortes superiores, desenvolveram métodos de pesquisa que ficaram posteriormente conhecidos como modelos de comportamento judicial. Dentre eles, três são considerados clássicos: o modelo legalista, o atitudinal (ou ideológico) e o modelo estratégico. O primeiro deles é pautado no âmbito da simples aplicação da lei e da jurisprudência e tem como elemento essencial para tomada de decisão o "*material jurídico ortodoxo*", isto é, os textos normativos, os precedentes judiciais, a hermenêutica e a dogmática jurídica. (PERRONE, 2018, p. 692-694). Em relação ao modelo atitudinal, é a ideologia dos juízes o fator determinante do comportamento judicial (PERRONE, 2018, p. 694-698).

Por seu turno, o modelo estratégico compatibiliza-se com o modelo ideológico pois em ambos "acredita-se que os juízes tendem a decidir de forma a influenciar o desenvolvimento do direito no sentido que consideram mais adequado" (PERRONE, 2018, p. 699-701). Porém, no modelo estratégico busca-se não só a decisão de acordo com a preferência, mas sim a decisão que convém de modo a ser aceita pelos demais. Nesse sentido, o modelo estratégico é tido em um ambiente de decisão colegiada no qual é possível que se opte pela "*second best decision*", o que revela tanto um desenvolvimento interrelacional dos julgadores quanto uma relação dos

[8] Em tradução livre: *O argumento aqui é que tais processos analíticos não são as únicas, e às vezes não as melhores, fontes para resolver problemas. Em vez disso, pontas soltas são boas coisas a seguir*

julgadores com demais agentes externos como, por exemplo, a opinião pública (PERRONE, 2018, p. 701-702).

Além disso, o modelo estratégico tem entre seus fundamentos ideias retiradas das teorias das Escolhas Racionais e dos Jogos. Considerando tais teorias, as condições colocadas à tomada de decisões de acordo com o modelo estratégico são: i) a maximização do benefício pretendido pelo julgador; ii) base sólida da percepção; iii) a obtenção de modo preciso da expectativa de comportamento dos demais (PERRONE, 2018, p. 705-713).

Outra linha de pesquisa sobre decisões judiciais que pode ser considerada como herdeira do Realismo Jurídico norte-americano é aquela que trabalha as possíveis interfaces do Direito com a Psicologia e a Neurociência,. Nesse diálogo, cria-se uma explicação transversal acerca da tomada de decisões que evidencia que para se obter respostas complexas às teorias complexas, tal como é a teoria da decisão, há real necessidade de se trocar informações entre as mais diversas áreas do saber (HORTA, 2019, p. 86).

Ricardo Horta, que explora esse tipo de interdisciplinaridade, apresenta o processo decisório em quatro etapas: (i) disponibilização da informação; (ii) avaliação da informação pelo receptor; (iii) seleção do curso da ação. (iv) ação. Para todas as etapas, Horta menciona *condicionantes* que influenciam, para além do aspecto racional, a tomada de decisão. Essas condicionantes são categorizadas em dois grupos: "proximais" e "distais". Para explicar acerca do grupo das condicionantes proximais são utilizados aparatos da Neurociência, enquanto, para o grupo das distais, da Biologia e da Psicologia Evolucionista (HORTA, 2019, p. 87).

De acordo com Horta, os vieses cognitivos não estão restritos à dimensão individual-biológica, mas também por construções sociais e culturais (HORTA, 2019. p. 97-99). Além disso, o ser humano não possui acesso direto aos seus próprios processos mentais e, por isso, existe muito pouco conhecimento sobre as causas do próprio comportamento (HORTA, 2019, p. 100). Seguindo a Psicologia evolutiva de Hugo Mercier e Dan Sperber, compreende-se que a capacidade de autojustificação é algo valoroso para a adaptação social e enriquecedor para o debate coletivo – o que pode se relacionar diretamente à ideia de justificação da decisão judicial (HORTA, 2019, p. 101).

Procuramos demonstrar, até aqui, uma variedade de vertentes que entendem a tomada de decisão como uma ação complexa que não pode ser determinada meramente por aspectos jurídico-formalistas supostamente racionais. Nesse sentido, argumentamos que outros fatores não legais podem influenciar uma decisão judicial e que essa afirmação já está se tornando lugar comum em pesquisas recentes.

3. A extensão da perspectiva realista à arbitragem

Antes de relacionar a perspectiva realista à arbitragem, é preciso apresentar um panorama geral dessa forma privada de resolução de conflitos no Brasil.

Ressalte-se que a arbitragem já era reconhecida em território nacional desde a Constituição Imperial de 1824[9], tendo sido tratada, desde então, pelos seguintes dispositivos: Código Comercial de 1850[10], Regulamento 737/1850[11], Lei 1.350/1866[12], regulamentada pelo Decreto 3.900/1867[13], pelos Códigos Civil de 1916[14], de Processo Civil de 1939[15] e de Processo Civil de 1973[16] (CARMONA, 2009).

Além disso, existem importantes tratados internacionais que versam sobre a arbitragem, tais como, a Convenção de Nova Iorque de 1958 - documento essencial para fins da arbitragem internacional até os dias de hoje - e a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1975. A primeira convenção foi ratificada bem posteriormente pelo Brasil, somente em 2002, tendo sido promulgada pelo Decreto 4.311/2002[17], já a segunda convenção foi ratificada pelo Brasil em 1995 e promulgada pelo Decreto 1.902/1996 (CARMONA, 2009).

Com o crescimento econômico a partir da década de 60, o desenvolvimento da arbitragem em âmbito internacional e a forte pressão da esfera privada para o fortalecimento da instituição da arbitragem no Brasil, durante a segunda metade da década de 80 e primeira metade da década de 90, as lideranças empresariais e doutrinárias mobilizaram-se para a elaboração de um anteprojeto de lei de arbitragem que visasse a inserção dessa cultura decisória no país (CARMONA, 2009; TEIXEIRA, 1997). Conforme explica Carlos Augusto da Silveira Lobo (2016, p. 6-7):

> Em 1989, advogados e empresários ligados ao Instituto Liberal de Pernambuco reúnem-se com o objetivo de lançar um movimento, denominado *Operação Arbiter*, destinado a mobilizar lideranças empresariais, jurídicas e políticas no sentido da elaboração e encaminhamento ao Congresso Nacional de um anteprojeto de lei de arbitragem. O movimento cresceu e atingiu âmbito nacional, recebendo apoio e colaboração de entidades, empresários e juristas de outros Estados. Em novembro de 1991, realiza-se em São Paulo uma

[9] Art. 160. Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.
[10] Art. 294 - Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral.
[11] Determina a ordem do Juizo no Processo Commercial.
[12] Deroga o Juizo Arbitral necessário estabelecido pelo art. 20, título único do Código Commercial.
[13] Regula o Juizo Arbitral do Commercio.
[14] O código civil de 1916 tratou sobre o compromisso nos artigos 1.037 a 1.048.
[15] O código de processo civil de 1939 tratou sobre o juízo arbitral nos artigos 1.031 a 1.046.
[16] O código de processo civil de 1973 tratou sobre o juízo arbitral nos artigos 1.072 a 1.102.
[17] Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

> reunião, com a participação da FIESP, de professores da USP, de grandes escritórios de advocacia e de juristas eminentes. Nessa reunião encarregou-se uma comissão, integrada pelos juristas, Carlos Alberto Carmona, Selma Lemes e Pedro Batista Martins, para elaborar um anteprojeto de lei de arbitragem. Em dezembro de 1991 é aprovado o anteprojeto, que mereceu notável repercussão e interessantes sugestões. A versão final foi apresentada ao Congresso Nacional, tendo-se convertido, com mínimas alterações, na Lei 9.307 de 1996 (Lei de Arbitragem).

Embora a promulgação tenha ocorrido com sucesso, a constitucionalidade da Lei foi questionada no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF). Somente, em 12 de dezembro de 2001, por meio do julgamento de recurso em processo de homologação de Sentença Estrangeira (SE 5.206), o STF decidiu pela constitucionalidade das disposições da Lei de Arbitragem. Nesse sentido, para Silveira Lobo (2016, p.7), venceu-se "o último óbice que se antepunha ao desenvolvimento da jurisdição privada no Brasil".

Portanto, contemporaneamente, é possível afirmar que a arbitragem constitui exercício de jurisdição privada no território brasileiro. Tanto assim que o Código de Processo Civil de 2015 aponta, para não haver mais dúvidas, que: "Art. 3º: não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.". Desse modo, a decisão arbitral hoje, tal como já pregava Carlos Alberto Carmona em 1990, embora não tenha a força executória da decisão judicial e tenha objeto limitado aos direitos disponíveis, equipara-se, para todos os fins, à decisão judicial.

Considerando o acima exposto, busca-se entender, por meio da exposição principiológica da Lei de Arbitragem, como a tomada de decisão arbitral foi idealizada pelo legislador nacional. Nesse sentido, expõe-se o parágrafo segundo do art. 21 da Lei de Arbitragem, uma vez que lá são elencados de modo explícito os princípios norteadores do procedimento arbitral:

> Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.
>
> [...]
>
> § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. (grifo do autor).

Nota-se, portanto, que os princípios para a tomada de decisão no procedimento arbitral se correlacionam aos princípios da tomada de decisão judicial. Isso porque perduram em ambos os processos o desenho da relação triangular decisória: autor – julgador – réu. Nesse ponto, tanto o árbitro quanto o juiz devem ser norteados para que sejam imparciais, observem isonomia

no tratamento das partes e tenham seus convencimentos livremente formado quando apresentadas as provas pelas partes (DINAMARCO, 2013).

Como muitos autores e publicações irão reforçar, uma arbitragem é tão boa quanto seus árbitros. A escolha (e mesmo a destituição) do árbitro é, portanto, um dos momentos mais importantes dos procedimentos arbitrais. Escolhidos os árbitros e constituído o Tribunal, a menos que haja novos fundamentos para impugná-los, o destino da controvérsia ficará nas mãos desses árbitros.

A autonomia das partes para selecionar os árbitros é consequência do princípio fundamental da autonomia das partes na arbitragem. A Convenção de Nova York e as Leis Modelo da Uncitral conferem às partes autonomia para selecionar o árbitro ou, alternativamente, para escolher os meios pelos quais tal seleção deve ser feita em seu nome. A legislação arbitral nacional, em geral, segue o mesmo caminho. O sistema tradicional de árbitros nomeados pelas partes continua hoje a ser a pedra angular robusta da arbitragem, sem o qual esse método de solução de conflitos assumiria uma forma significativamente diferente e adversa aos interesses de seus usuários.

Contudo, na mesma medida em que os árbitros são escolhidos por sua expertise e conhecimento sobre a matéria em disputa, cabe se perguntar em que medida os árbitros estão livres de seus próprios preconceitos, estruturas sociais, ideologias políticas e outros aspectos extralegais para a tomada da decisão arbitral? Para responder essa questão, entende-se pela aplicabilidade extensiva dos estudos promovidos pelas perspectivas realistas aos juízes, conforme demonstrado nos tópicos anteriores, de modo que é possível se afirmar: os árbitros também são influenciados, principalmente ou em maior grau, por aspectos extralegais em suas decisões

Portanto, se é aplicável a perspectiva realista aos juízes e ao processo de tomada de decisão judicial, há de ser aplicável também aos árbitros e ao processo de tomada de decisão arbitral. Entende-se, nesse sentido, que é preciso começar a expandir as ideias criadas pelas perspectivas realistas, bem como pelas pesquisas empíricas que delas surgiram, não só aos juízes, mas também aos árbitros a fim de abranger também a arbitragem e seus agentes.

No entanto, quer nos parecer que há pouco ou nenhum trabalho de análise das tomadas de decisão pelos árbitros sob a perspectiva realista, conquanto exista muita discussão atual sobre nulidade de sentenças arbitrais a partir da alegação de vieses de parcialidade dos árbitros que decorreriam de fatores externos ou estranhos à sua formação ou expertise, tais como: nomeações anteriores, relações profissionais ou econômicas mesmo que indiretas. Pensamos

que esses temas justificariam uma análise mais aprofundada de como esses fatores influenciam a decisão dos árbitros.

Apesar de defendermos uma aplicação de certa forma analógica da perspectiva realista dos juízes nos casos de arbitragem, é importante ressaltarmos algumas diferenças entre juízes e árbitros.

A primeira delas decorre do fato de o objeto do processo arbitral ser, por definição, um *direito disponível,* tendo impactos meramente econômicos e, nessa medida, de alguma forma socialmente menos significativos, pelo menos de imediato, quando comparadas às decisões judiciais que têm um escopo muito mais amplo, incluindo as liberdades individuais, por exemplo.

Por outro lado, também é preciso admitir que existem certas diferenças substanciais entre um procedimento judicial e um procedimento arbitral que podem impactar o processo de tomada de decisão arbitral e que devem ser considerados para fins de análise sob a perspectiva realista. A primeira delas é que os árbitros contam com a exceção do juízo natural, o que significa que são escolhidos por mútuo acordo entre as partes e não por um critério impessoal de sorteio que defina o julgador ou tribunal de revisão, podendo o árbitro, inclusive não ser advogado ou jurista.

Além disso, há o fato de a própria Lei permitir o julgamento arbitral por equidade. Nesse sentido, pode-se entender que já haveria um menor rigor principiológico, pois permite-se que o árbitro decida pelo costume e por aquilo que entenda justo.

Essas particularidades do universo da arbitragem, que fogem à regra do universo judicial, podem fazer com que existam menos estudos sobre a tomada de decisão dos árbitros sob uma perspectiva realista.

Todavia, exatamente na medida em que as arbitragens se tornam mais usuais, assim como na medida em que outros profissionais que não operadores do Direito também são nomeados árbitros e têm a missão de pacificar conflitos, sob os mesmos princípios da imparcialidade e independência, entender como fatores outros que não as previsões legais influenciam no convencimento e convicção do árbitro e na sua tomada de decisão por uma ou outra tese, parece-nos ser um extenso e frutífero campo de pesquisa.

4. Conclusões

O Realismo jurídico norte-americano foi pioneiro na ideia de que o Direito não é apenas o resultado de um pensamento lógico racional e que fatores extralegais podem ser determinantes para a tomada de decisão dos juízes.

Alguns *insights* realistas foram posteriormente desenvolvidos a partir de perspectivas jurídicas interdisciplinares e pragmáticas no tocante ao processo de tomada de decisão judicial. De acordo com essa abordagem, a tomada de decisão judicial não é um universo à parte isolado das demais áreas das Humanas e das Biológicas, visto que envolve um ambiente complexo que contempla o indivíduo e suas relações sociais e culturais para além do Direito. Nesse universo, mais realista, o juiz, enquanto ser humano, está sujeito a vieses e heurísticas no julgamento de seus processos judiciais.

Por fim, a arbitragem. Na tomada de decisão arbitral, apesar das evidentes diferenças entre ela e o processo judicial, em uma perspectiva realista, os árbitros também podem ser vítimas de sentimentos e intuições, como vieses e heurísticas. Nesse sentido, há entre eles, árbitros e juízes, um ponto em comum e que deveria ser mais explorado.

REFERÊNCIAS

BERGER, Linda L. A revised view of the judicial hunch. *Legal Comm. & Rhetoric: JAWLD*, [*s. l.*], v. 10, p. 1, 2013.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil* (de 25 de março de 1824), elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 06 de nov. 2022.

BRASIL. *Código Civil de 1916*. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 06 de nov. 2022.

BRASIL. *Código Comercial de 1850*. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm. Acesso em: 06 de nov. 2022.

BRASIL. *Código de Processo Civil de 1939*. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Acesso em: 06 de nov. 2022.

BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 06 de nov. 2022.

BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 06 de nov. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 737,* de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juizo no Processo Commercial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm. Acesso em: 06 de nov. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 1.902,* de 9 de maio de 1996. Promulga a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 30 de janeiro de 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1902.htm. Acesso em: 06 de nov. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 3.900,* de 26 de junho de 1867. Regula o Juizo Arbitral do Commercio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm. Acesso em: 06 de nov. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 4.311,* de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm. Acesso em: 06 de nov. 2022.

BRASIL. *Lei nº 1.350,* de 14 de setembro de 1866. Deroga o Juizo Arbitral necessário estabelecido pelo art. 20, título único do Código Commercial. Disponível em: https://www.camara.leg.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/leis1866a/pdf13.pdf#page=2. Acesso em: 06 de nov. 2022.

BRASIL. *Lei nº 9.307*, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 06 de nov. 2022.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. *Revista de Processo*. [*s. l.*], v. 58, p. 33/40, abr/jun, 1990. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7562089/mod_resource/content/1/Carmona%2C%20Carlos%20Alberto.%20Arbitragem%20e%20Jurisdic%CC%A7a%CC%83o.%20REPRO%2C%20vol.%2058%2C%201990.pdf. Acesso em: 07 ago. 2023

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307 /96. São Paulo: Atlas, 2009.

CÔRTES, Pâmela de Rezende; DE OLIVEIRA, Thaís de Bessa Gontijo. O Realismo Jurídico e a Naturalização do Direito: Evidências das Fundações Morais em Julgamentos Jurídicos. *Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, [*s. l.*], v. 2, n. 2, p. 107-126, 2016. DOI: http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9601/2016.v2i2.1584. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/teoriasdireito/article/view/1584. Acesso em: 07 ago. 2023.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

EPSTEIN, Lee. Some thoughts on the study of judicial behavior. *Wm. & Mary L. Rev.*, [*s. l.*], v. 57, p. 2017, 2015.

FRANK, Jerome. Say it with Music. *Harvard Law Review,* [*s. l.*], v. 61, n. 6, p. 921-957, 1947.

HAIDT, Jonathan. A psicologia moral e o direito: como as intuições direcionam o raciocínio, o julgamento e a busca por evidências. trad. Sérgio Nojiri. *Alabama Law Review,* [*s. l.*], vol. 64, 2013.

HOLMES, Oliver Wendell, Jr. *The Common Law*. Routledge, 2. Disponível em: https://www.gutenberg.org/files/2449/2449-h/2449-h.htm. Acesso em: 18 de out. 2022.

HORTA, Ricardo de Lins et al. Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista sobre as influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. *Revista Opinião Jurídica,* Fortaleza, v. 15, n. 20, p. 271-297, 2017.

HORTA, Ricardo de Lins. Por que existem vieses cognitivos na Tomada de Decisão Judicial? A contribuição da Psicologia e das Neurociências para o debate jurídico. *Revista Brasileira de Políticas Públicas.*Brasília, vol. 9. N.3. dez, 2019.

HUTCHESON JR, Joseph C, Jr. Judgment Intuitive The Function of the Hunch in Judicial. *Cornell Law Review*, [*s. l.*], p. 274-288, 1929.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar:* duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. História e Perspectivas da Arbitragem no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, [*s. l.*], vol. 50. jul-set, 2016

OPPETIT, Bruno. *Théorie d l'arbitrage*. Paris: PUF, 1998.

OSTINI, Taísa Magro; NOJIRI, Sérgio. Entre mitos e verdades sobre a imparcialidade: a influência da intuição nas decisões judiciais. *Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico,* Anais. Florianópolis: CONPEDI, 2019.

PERRONE, Patrícia. "A vida como ela é": comportamento estratégico nas cortes. *Revista Brasileira de Políticas Públicas,* [*s. l.*], vol. 8. n. 2, ago., 2018.

SIMON, Dan. The Double-Consciousness of Judging: The Problematic Legacy of Cardozo, *Oregon Law Review Winter*, [*s. l.*], vol. 79, n. 4, 2000.

SCHAUER, Frederick, Legal Realism Untamed. *Texas Law Review*. [*s. l.*], vol 91, n. 749. 2013.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *Revista dos Tribunais*, [*s. l.*], v. 86, n. 735, p. 39-48, 1997.

TUMONIS, Vitalius. Legal Realism & Judicial Decision-Making. *Jurisprudencija*, v. 19, n. 4, p. 1361–1382, 2012.

YNTEMA, Hessel E. American Legal Realism in Retrospect, Vanderbilt Law Review, VOL. 14, 1960.

WALD, Arnoldo. O espírito da arbitragem. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, n. 23, 2009.