

ARBITRAGEM COMERCIAL

ESTUDOS COMEMORATIVOS DOS 30 ANOS
DO CENTRO DE ARBITRAGEM COMERCIAL
DA CÂMARA DE COMÉRCIO
E INDÚSTRIA PORTUGUESA

**ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE
O JULGAMENTO ARBITRAL
DA MATÉRIA DE FACTO**

JOAQUIM TAVEIRA DA FONSECA

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O JULGAMENTO ARBITRAL DA MATÉRIA DE FACTO

JOAQUIM TAVEIRA DA FONSECA

SUMÁRIO: 1. *Considerações introdutórias: a decisão de facto e a decisão de direito.* 2. *O momento de tratamento da “matéria de facto em bruto”: separação dos factos de modo a determinar a enunciação da factualidade relevante, para a decisão do “thema decidendum”, e à qual será aplicado o direito.* 3. *A utilidade da fase de condensação ou saneamento do processo.* 4. *Fase da Produção de Prova.* 5. *A fase da decisão da matéria de facto: inexistência de um método.* 6. *A formação da convicção, o princípio da livre apreciação das provas e os cuidados a ter: contributo para tentar estabelecer um método que evite aquilo que nos E.U.A. há quem designe como “palpite judicial”.* 7. *As especificidades do processo de formação da decisão sobre a matéria de facto quando o tribunal tem uma composição colegial.* 8. *A independência e imparcialidade dos árbitros como condição “sine qua non” da válida formação da decisão sobre a matéria de facto.* 9. *A fundamentação da decisão: a análise crítica das provas e a compatibilização de toda a matéria de facto adquirida.* 10. *A justiça arbitral e os desafios da inteligência artificial.*

1. Considerações introdutórias: A decisão de facto e a decisão de direito

1.1. Há quem perfilhe o entendimento de que o processo arbitral ou judicial constitui um “*sistema de controvérsias*” e que as “*questões jurídicas e factuais articuladas*” são, por isso, indissociáveis, pelo que não é admissível “*uma cesura cortante entre a decisão de facto e a decisão de direito*”.

Apesar de ser irrecusável não existir uma estagnidade absoluta¹ entre uma decisão e outra, afigura-se que as duas podem, devem e têm de ser autonomizadas/desligadas².

¹ A operação de separação da “matéria de facto em bruto”, de modo a determinar a enunciação da factualidade relevante para a decisão do “*thema decidendum*”, e que constitui o primeiro momento da decisão de facto, tem de ser obrigatoriamente pensada e executada, tendo em vista as soluções possíveis da questão de direito.

² Ainda que tomadas na mesma peça processual (sentença).

No processo decisório de resolução do objeto do litígio que divide as partes, a determinação/apuramento da matéria de facto constitui a primeira e mais importante fase.

Invariavelmente, é muito mais difícil e relevante para o resultado do desfecho do litígio a tomada de decisão sobre a matéria de facto do que, propriamente, a resolução das questões de direito que têm por objeto a apreciação dos pedidos principal e ou reconvenicional.

A fixação da matéria de facto constitui um postulado e a relação/subsunção dos factos às normas jurídicas aplicáveis, ou seja, a decisão de direito, o corolário.

Como o corolário é condicionado pelo postulado de que se parte, tanto basta para justificar a dificuldade do processo decisório da matéria de facto.

É atribuído a Hegel o entendimento de que “julgar regras não é a mesma coisa que julgar situações de facto”.

Aplicar o direito não é, efetivamente, a mesma coisa que decidir os factos: na generalidade dos casos é bem mais fácil.

Nas palavras de Marta João Dias³ “o julgamento dos factos é o ponto nevrálgico do *iter processual*”. Dificilmente se poderia sintetizar de melhor forma a importância da decisão da matéria de facto.

1.2. Alinharemos, de seguida, algumas das razões que nos levam a sustentar o entendimento de que a decisão de facto deve ser autónoma em relação à de direito.

No apuramento da matéria de facto, o decisor (quer o seu estatuto seja o de Árbitro ou de Magistrado) procede à reconstituição da situação de facto relevante a que o direito será aplicável.

No processo arbitral não existe a tradição, nem a cultura de as decisões serem tomadas em peças processuais autónomas.

Mas, nem por isso se poderá concluir que as mesmas não podem, não devem, não têm de ser independentes e que, por esse motivo, os decisores têm o poder/dever de tomar a decisão sobre a matéria de facto abstraindo da maior ou menor dificuldade ou complexidade que acarretará para a decisão de direito.

³ A Fundamentação do Juízo Probatório – Breves Considerações – Revista Julgar nº 13, Ano 2011, p. 175.

2. O momento de tratamento da “matéria de facto em bruto”: separação dos factos de modo a determinar a enunciação da factualidade relevante, para a decisão do “*thema decidendum*”, e à qual será aplicado o direito

2.1. O primeiro momento da decisão sobre a matéria de facto é precisamente o da seleção dos factos, tal como consta da narrativa das partes feita nos articulados, que são relevantes juridicamente, ou seja, a factualidade indispensável para a operação de determinação das normas jurídicas aplicáveis segundo as várias soluções possíveis da decisão de direito do “*thema decidendum*”.

Castanheira Neves sustenta ser este o momento de “problematizar, para a submeter a um *controle* criticamente metodológico, a relevância jurídica daquela situação histórico-concreta do caso com que deparamos”⁴.

Momento a que Larenz se refere, na sua Metodologia da Ciência do Direito⁵, como sendo a atividade de tratar a “situação de facto em bruto”.

Tal tratamento consiste em, a partir do relato efetuado pelas partes, que normalmente contém factos e circunstâncias sem interesse para a apreciação jurídica, separar a factualidade relevante que permita conformar a situação de facto como o enunciado ou a proposição enunciativa, de que fala Larenz, a partir do qual o direito será aplicado.

Fixada a proposição enunciativa, o decisor tem de ter sempre presente o objetivo de separar, da forma mais estanque possível, as decisões de facto e de direito, a fim de que esta última não contamine e condicione o modo de apreciação da prova e a fixação dos factos: a solução de direito em que se acredita não constitui um elemento de prova.

É importante estar bem consciente disso porque essa é a melhor garantia de que o subconsciente não influencia, involuntariamente, a decisão e que não se irá sacrificar a apreciação criteriosa da prova e, conseqüentemente, a fixação dos factos à decisão de direito que o julgador tem em vista.

O risco de tal suceder é potenciado quando as decisões de facto e de direito são tomadas, ainda que autonomamente, na mesma peça processual.

2.2. Gomes Canotilho, em estudo intitulado «*Julgar e Decidir – As Invisíveis Manhas da Decisão nos “Tribunais Académicos”*»⁶ a propósito dos júris universitários constituídos para a prestação de provas académicas, alerta para a impor-

⁴ Metodologia Jurídica Problemas Fundamentais, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica, Coimbra Editora, reimpressão de 2013, p. 163.

⁵ P. 392.

⁶ Revista Julgar – Nº 1 – 2007, pp. 13 e ss.

tância de serem criadas regras para a formação da decisão: “*O procedimento e o processo de julgar e decidir ou são procedurais ou não são*”⁷.

O autor parte das observações feitas por um jurista-sociólogo alemão⁸ sobre a análise da decisão judiciária para uma reflexão sobre o processo de formação da decisão nos júris universitários que tem perfeita aplicação ao julgamento arbitral da matéria de facto.

E, assim, é que depois de sublinhar “*a relevância constitucional dos princípios da transparência, fundamentação e controlo como princípios nucleares da jurisdição – do decisor racional das questões de facto – “(...), assinala a necessidade de se evitar aquilo que qualifica como “momentos informais da decisão” que “não podem, só por si, ser critérios de decisão*”⁹.

São esses momentos informais da decisão que a separação entre a decisão de facto e a de direito permite obstar e sobretudo impedir que o julgamento da matéria de facto seja condicionado pela decisão de direito pensada e desejada pelo tribunal, transmutando aquilo que deveria ser uma reconstituição da situação de facto a partir da prova produzida em algo diferente do que decorreria dos “*critérios legais da valoração da prova*” e que Gomes Canotilho designa, asperamente, como “*manhas da decisão*”.

2.3. A “*operação*” prévia de separação entre a matéria de facto e a de direito apresenta ainda, entre outras, as seguintes vantagens:

- A não ser que se esteja perante um litígio em que a factualidade controvertida seja irrelevante, a prévia identificação, ainda que não rígida, dos factos essenciais à prolação da sentença que “se pronuncie sobre o fundo da causa”¹⁰, permite aumentar a disciplina e a eficiência das audiências de instrução do processo, uma vez que as partes e o próprio tribunal passam a dispor de uma ferramenta que constitui uma “*bússola*” orientadora da atividade probatória;
- Permite que as audiências decorram com maior celeridade, já que possibilitam ao tribunal chamar a atenção para a irrelevância do apuramento de determinados factos;
- Evita que na fase das alegações ou quando a sentença esteja a ser proferida, as partes ou o tribunal concluam que não foi feita indagação probatória sobre um facto alegado importante e ou muito relevante para a

⁷ Estudo citado, p. 18.

⁸ Rüdger Lautmann: *Justiz – die stille Gewalt. Teilnehmende Beobachtung und entscheidungs-sozologische Analyse*, Frankfurt/M, 1972, p. 13.

⁹ P. 13.

¹⁰ Art. 39º, nº 4, da Lei da Arbitragem Voluntária.

decisão, reduzindo a probabilidade de que o litígio seja resolvido na base de uma perspetiva formal e indesejável de mera repartição do ónus da prova¹¹;

- Quando as partes não abdicaram do recurso, ou quando, como sucede em certos centros, este é obrigatório, diminui a probabilidade de anulação da decisão pelo tribunal estadual de recurso, em virtude de ter não ter sido feita a averiguação do “facto importante perdido”.

3. A utilidade da fase de condensação ou saneamento do processo

3.1. A LAV¹² não prevê nenhuma fase de condensação ou saneamento do processo onde o tribunal arbitral defina e determine quais os factos assentes por acordo ou demonstrados por documento ou qualquer outro meio de prova tarifada, tal como, por exemplo, a confissão reduzida a escrito.

O mesmo sucede no Regulamento de Arbitragem da ICC¹³.

Os regulamentos dos principais centros de arbitragem também não o preveem, ainda que nos mais importantes, se aluda à definição “das questões” ou “das questões litigiosas a decidir”¹⁴.

É conferida uma grande liberdade aos árbitros para conduzirem o processo arbitral e fixarem as suas regras¹⁵.

Há, assim, uma ideia que se pode reter: não há qualquer dever específico de o tribunal fazer o saneamento fáctico do processo.

A circunstância de não existir essa imposição, não impede que isso seja feito.

¹¹ No projeto de Regras de Praga (Regras sobre a Conduta da Produção de Prova na Arbitragem Internacional) dispõe-se que o tribunal arbitral pode, na conferência de gestão do processo ou numa fase subsequente, se o considerar apropriado, indicar às partes “o seu ponto de vista preliminar sobre a distribuição do ónus de prova entre as Partes” (art. 2, 3, (iii)), regra que pretende, em nome dos princípios da cooperação e lealdade processuais, orientar o esforço probatório das partes e que é importante quando a repartição oferece dúvidas.

¹² Sigla que passará a designar a Lei da Arbitragem Voluntária. Também, doravante, as referências a artigos, sem identificação do diploma, dirão respeito àquela Lei.

¹³ Câmara de Comércio Internacional.

¹⁴ É o que sucede no regulamento do Instituto de Arbitragem Comercial da Associação Comercial do Porto e no do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa.

Aquilo que no art.º 33 do regulamento do Instituto de Arbitragem da Associação Comercial do Porto se refere como sendo a definição das questões litigiosas a decidir e no art.º 30.º do regulamento do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa como apenas “questões a decidir” é, porém, normalmente interpretado como a enunciação do objeto do litígio e a fixação dos temas de prova.

¹⁵ Art.º 30.º da LAV.

A forma como os árbitros dão cumprimento e interpretam o dever de determinar as “questões a decidir” pode variar, por conseguinte, de decisor para decisor.

Em todo o caso, os tribunais arbitrais portugueses estabelecem habitualmente regras de condução da arbitragem onde se prevê a elaboração de uma peça processual onde tal ocorra, ainda que os critérios seguidos na elaboração dos temas de prova e igualmente o grau de densificação dos mesmos varie em função dos decisores.

3.2. O procedimento que entendemos ser aconselhável em ordem a alcançar os objetivos indicados em 2.3. supra é o de elencar os temas de prova seguindo uma orientação muito próxima da legislação processual civil.

Dentro de cada um dos temas de prova são fixados os factos assentes por acordo ou prova tarifada.

Com o intuito de orientar e disciplinar a atividade probatória das partes são elencados aquilo que designamos por factos densificadores do tema que não são, nem pretendem ser quesitos, mas apenas a concretização de uma espécie de guião sobre o qual deve recair a produção da prova e da contraprova.

Tais factos densificadores não limitam a atividade probatória das partes, antes a procuram orientar para aquilo que é relevante, sintetizam os factos essenciais constitutivos da pretensão da parte demandante e, quando for caso disso, os do pedido reconvenicional da demandada e ou dos factos que integrem exceções.

Nada impede que igualmente se selecionem os factos complementares e instrumentais mais importantes em que se fundamentam o pedido principal, o pedido reconvenicional e também as exceções.

Admite-se ainda que se possa incluir a factualidade referente à impugnação motivada, respeitante ao tema de prova, se se estiver em face de uma narrativa diametralmente contraditória com a descrição, feita pela parte contrária (consoante se trate da impugnação dos factos constitutivos do pedido formulado na ação ou na reconvenção), isto é, aquilo que constitui, para o Professor Castanheira Neves, a situação de facto “problemática”.

Esta metodologia é seguida para cada um dos diferentes temas de prova.

Finalmente, são enumeradas, sem tomar posição sobre as mesmas, as questões de direito sobre as quais o tribunal se irá pronunciar na sentença final.

Esta indicação não cerceia a possibilidade de o tribunal, se o entender, abordar na sentença outras questões, mas, para o poder fazer, a fim de evitar decisões surpresa, terá de, previamente, ouvir as partes sobre a nova questão de direito que irá ser tratada, proporcionando-lhes a oportunidade de se pronunciarem sobre a mesma e bem ainda sobre a necessidade de a questão ser equacionada ou, dito de outro modo, ser chamada à colação.

4. Fase da Produção de Prova

4.1. Na fase da produção de prova propriamente dita não há diferenças significativas em relação ao que se passa na jurisdição estadual, em virtude dos amplos poderes que a LAV confere aos árbitros em matéria de admissibilidade e pertinência das provas^{16 17}.

Em todo o caso, há algumas especificidades para as quais é importante chamar a atenção.

Em primeiro lugar, a possibilidade de o tribunal arbitral limitar o tempo de produção da prova testemunhal. Trata-se de uma regra que ainda não é comum, mas que começa a ser frequente.

O objetivo é óbvio: evitar que a fase de produção de prova se eternize.

Uma regra dessas é inadmissível se a mesma for aplicada sem flexibilidade, ou seja, sem que o tribunal tenha em conta a proporcionalidade e adequação entre o tempo gasto e os incidentes que possam ocorrer no decurso das inquirições.

A busca da decisão justa da matéria de facto não pode ser sacrificada à celeridade.

É mesmo defensável, se se verificar a violação desses princípios, sustentar a inconstitucionalidade da limitação temporal desta fase processual, em especial se a parte ficar impedida de produzir prova relevante para o apuramento da verdade, na sequência de uma “decisão trombose” que, ultrapassado o tempo de duração previsto, determine o fim da inquirição ou inquirições.

A limitação do tempo para a produção de prova terá de ser entendida como tendo natureza meramente programática e não precativa, pelo que, só em casos de abuso manifesto, é que o tribunal poderá impedir a continuação da produção de prova, em virtude de ter sido excedido o tempo de duração estabelecido.

Outro entendimento violará o direito a um processo justo e equitativo que se encontra consagrado no n.º 4 do art.º 20.º da CRP¹⁸.

4.2. Uma singularidade da produção de prova nos tribunais arbitrais é a possibilidade de serem permitidos depoimentos dados por escrito, sendo o contraditório somente exercido “a posteriori” se a parte contrária e ou o tribunal o entenderem necessário.

¹⁶ N.º 3 do art.º 30.º.

¹⁷ Os tribunais arbitrais não dispõem, desde logo, do *ius imperii* de que gozam os tribunais estaduais, o que dificulta a obtenção de determinado tipo de provas, tais como a de documentos em poder de terceiro – ver infra nota 24.

¹⁸ Constituição da República Portuguesa.

Quando isso acontece, a testemunha é inquirida presencialmente.

Ao contrário do que sucede nos tribunais da jurisdição estadual é vulgar que, em vez das tradicionais perícias singulares ou colegiais, as partes recorram a peritos testemunhas quando estão em causa questões técnicas complexas.

Estas testemunhas podem, ou não, apresentar, previamente, relatórios escritos, tendo nessa hipótese a oportunidade de defender as posições que expressaram no documento e sobretudo submeter os argumentos à prova da consistência/resistência da contra instância da parte contrária e até de um confronto (acareação) com outra ou outras testemunhas peritas que a contraparte haja apresentado e inquirido.

A menos que as partes tenham convencionado em contrário, os árbitros podem decidir o litígio faseadamente, isto é, têm a faculdade de proferir sentenças parcelares (artº 42º nº 2).

Essa possibilidade permite que os factos também possam ser julgados “em fatias”.

O tribunal arbitral pode, por exemplo, definir, numa primeira sentença, a existência dos pressupostos da obrigação de indemnizar em relação a alguns danos e proferir uma outra sentença, em momento processual ulterior, após a produção de prova, em relação a outros danos que hajam sido alegados.

Esta prática é, porém, rara.

5. A fase da decisão da matéria de facto: inexistência de um método

5.1. O modelo de saneamento do processo descrito em 3. também não está uniformizado, muito menos padronizado, pelo que existem vários outros paradigmas.

A despeito disso, entendemos ser esse o percurso mais seguro para a determinação do enunciado de facto a partir do qual o decisor irá formular o juízo ou a decisão de direito, tendo em vista o objetivo de chegar à solução justa para o litígio.

5.2. O julgamento da matéria de facto, em particular a formação da crença de quem decide, tem de obedecer às regras da lógica e da experiência, mas constitui, antes de tudo, a perceção ou representação cognitiva que só um ser humano, em princípio, possui. Há situações de facto em que, contra aquelas regras, as coisas se passaram de modo diverso, pelo que o juízo do decisor terá de ser formulado com uma certeza inquestionável e que, por isso, deverá ser explicado e justificado com o maior cuidado e pormenorização.

O que não impede que se tente especificar e refletir sobre as regras que devem ser idealmente seguidas no julgamento dos factos, incluindo o complexo

problema da formação da convicção em ordem à demonstração daquilo que o nosso Código Civil define, no art.^o 341.^o, como “a realidade dos factos”.

Norma a que os decisores arbitrais devem obediência, uma vez que a LAV é clara quando dispõe que o tribunal julga “segundo o direito constituído”, salvo se as partes tiverem acordado no “julgamento segundo a equidade”¹⁹ e igualmente ao admitir que em caso de integração das lacunas “o tribunal arbitral pode conduzir a arbitragem do modo que considerar apropriado, definindo as regras processuais que entender adequadas, devendo, se for esse o caso, explicitar que considera subsidiariamente aplicável o disposto na lei que rege o processo perante o tribunal estadual competente”²⁰.

A reflexão abrangerá, deste modo, também o problema da formação da crença ou daquilo que a lei processual civil designa de convicção.

Estando, como está, em causa uma operação de pensamento com uma grande autonomia na conformação do procedimento pelo decisor, e, por isso, indubitavelmente com uma margem de subjetividade, torna-se, na prática, impossível a sua normatização.

Em face de a LAV não regular o julgamento da matéria de facto e de os árbitros não estarem vinculados à observância de quaisquer regras, não se poderá, deste modo, falar da existência de uma metodologia da decisão, no sentido da definição minuciosa de um conjunto de regras procedimentais, aceite e seguida pela generalidade dos árbitros para reconstituir a situação de facto relevante a que o direito será aplicável em ordem a decidir o litígio.

Em conclusão: não existe qualquer método, na aceção de um conjunto organizado de procedimentos, que o decisor deva obrigatoriamente observar, para o julgamento da matéria de facto.

6. A formação da convicção, o princípio da livre apreciação das provas e os cuidados a ter: contributo para tentar estabelecer um método que evite aquilo que nos E.U.A. há quem designe como “palpite judicial”

Não existe, como vimos, um conjunto ordenado de procedimentos que devam ser observados no raciocínio e, conseqüentemente, no processo de representação que conduz à formação da decisão sobre a matéria de facto, em particular na objetivação daquilo que a lei processual qualifica como livre apreciação da prova.

¹⁹ Art. 39.^o, n.^{os} 1 e 2.

²⁰ Art. 30.^o, n.^o 3.

Uma vez que se trata de um ato de conhecimento é necessariamente marcado por alguma subjetividade e, por isso, condicionado pela formação, experiência e a estrutura psicológica do decisor.

Isso não invalida, muito menos impede, que se tentem estabelecer algumas regras, passíveis de evitar que a subjetividade se aproxime perigosamente da arbitrariedade ou, como já foi defendido nos EUA, da " *intuitive hunches*"²¹, ou seja, do "palpite judicial".

A decisão da matéria de facto não é, nem pode confundir-se com um juízo mais ou menos aleatório.

Estas considerações tanto valem para as sentenças arbitrais, como para as proferidas nos tribunais estaduais.

Há, todavia, uma particularidade e um risco aumentado que ocorre nos tribunais arbitrais e que têm de ser realçados.

São eles a do esforço que tem de ser exigido aos árbitros designados pelas partes para se distanciarem das posições de quem os indicou, de modo a assegurar a plena e cabal independência da sua apreciação da prova e em particular da formação da convicção.

O esforço não é tanto ao nível do consciente, mas do controlo do subconsciente e da influência involuntária que o mesmo pode ter sobre a formulação do juízo.

O árbitro indicado pela parte contactou com os advogados que a representam e foi escolhido por ela através dos seus advogados.

Essa escolha não pode implicar, nem envolve, qualquer espécie de compromisso com as suas posições, mas a parte espera naturalmente que o decisor por si escolhido esteja recetivo a acolhê-las.

O subconsciente está latente, encontra-se como que em hibernação, mas, ainda que involuntariamente, pode condicionar a representação cognitiva do árbitro.

Essa é uma das razões pelas quais o "caminho" para a aplicação dos princípios da designação natural de todos os membros do tribunal arbitral começa a ser feito.

O processo de formação da crença/convicção é muito complexo e, como dissemos, necessariamente subjetivo, mas há formas de limitar essa subjetividade.

Assim, depois de analisados os articulados, ou seja, a matéria de facto em "estado bruto", o decisor tem de evitar ficar com ideias pré-concebidas que não possam ser retiradas dos factos adquiridos por acordo ou prova documental

²¹ Timothy J. Capuros, in *How Judges Judge: Theories on Judicial Decision Making*, volume 29, Number 1 Fall 1998, Article 2, University of Baltimore Law Forum.

tarifada, muito menos permitir-se fazer extrapolações para os factos controvertidos sem ouvir a prova. Tem, em suma, de resistir à tentação de cair no “palpite judicial”.

O estado de espírito do decisor tem de ser a dúvida, se quisermos o da dúvida cartesiana como método, pelo que devem ser evitadas quaisquer ideias ou juízos pré-concebidos quanto aos factos controvertidos sem que a prova tenha sido produzida.

O processo de apreciação da prova e de formação da convicção deve ser o percurso da dúvida para a certeza possível, mas sempre em ordem a chegar a uma verdade que tendencialmente coincida com a realidade.

Por isso, é desejável que se tente parcelar, na operação intelectual (pensamento) que há-de conduzir à decisão sobre cada um dos factos, os problemas que se suscitam, partindo daqueles em relação aos quais se colocam menos dúvidas para aqueles cuja apreciação cognitiva é mais complexa por a prova não ser tão inequívoca.

Sabemos que a verdade judicial pode não corresponder à verdade naturalística ou à realidade.

Mas, isso não pode significar que o decisor não procure que a reconstituição da verdade processual, feita através da prova, não tente chegar ou aproximar-se daquela.

É o próprio legislador que no artº 341º do CC diz que as provas se destinam a demonstrar a realidade dos factos.

O legislador não se conformou, por conseguinte, com a ideia de que a prova se destinava a chegar a uma realidade que não fosse a verdade naturalística.

Sabemos bem que fazer corresponder, na linguagem de Castanheira Neves, a situação “histórico-concreta” com a realidade é, na maior parte dos casos, uma ilusão.

Abdicar liminarmente de tentar que a verdade processual constitua uma fotografia ou representação exata da realidade é que não nos parece aceitável.

É evidente que a correspondência entre a verdade processual e a realidade pode não depender, e habitualmente não depende, exclusivamente de quem decide.

Antes de tudo, o tribunal trabalha sobre os factos alegados pelas partes.

Para além disso, só pode ser atribuída relevância aos factos que são demonstráveis.

A convicção depende das provas e sobretudo da sua valoração pelo decisor.

Existem regras de repartição do ónus da prova e presunções legais, ainda que, em relação a algumas delas como, por exemplo, a da culpa na responsabilidade contratual, o tribunal tenha de ter em atenção a dificuldade inerente à prova dos factos negativos.

Tal dificuldade, por força do princípio constitucional da proporcionalidade, postula que o decisor tenha uma menor exigência probatória, dando relevo a provas menos convincentes do que aquelas que normalmente seriam exigíveis se tal dificuldade não existisse.

Julgar os factos constitui uma operação de pensamento mediante a qual se vai, através da mediação da prova, fazer a reconstituição da verdade da situação de facto.

Há um estudo de Rui Pinto Duarte, intitulado “Algumas Notas acerca do Papel da Convicção – crença nas Decisões Judiciais”²², onde estas questões são abordadas.

Ao contrário do que o autor sustenta, não perfilhamos o entendimento de que a verdade procurada no processo não é a “verdade naturalística”, nem a “verdade ontológica”, mas sim uma “verdade processualmente válida”.

A posição de Rui Pinto Duarte, como este assinala no estudo, é também a de Castro Mendes na sua tese de doutoramento “Do Conceito de Prova em Processo Civil” e da generalidade dos processualistas²³.

Apesar de estarmos conscientes disso, afigura-se-nos que o decisor não se deve conformar com um objetivo tão pouco ambicioso: o de atingir unicamente a verdade processual formalmente correta em nome do princípio da livre apreciação da prova e da interpretação de que esta constitui “*um juízo de probabilidade sobre a verdade ou falsidade das narrações das partes*”, sendo as incertezas superadas pelos critérios de repartição do ónus da prova.

A perspetiva que defendemos estará possivelmente próxima da utopia²⁴.

²² Publicado, em 2005, na revista Themis (tomo IV, nº 6).

²³ Para Manuel de Andrade, por exemplo, “*a prova não é a certeza lógica, mas tão-só um alto grau de probabilidade, suficiente para as necessidades práticas da vida (certeza histórica-empírica)*” – Noções Elementares de Processo Civil, Coimbra Editora, 1976, p.191 que invoca em abono da sua tese a posição de Rosenberg e Goldschmidt para quem a prova existe a partir do momento em que o material probatório que consta dos autos permite ao juiz formar uma opinião que seja “*mais do que a ignorância ou dúvida e menos do que uma certeza*”.

Se a arbitragem pretende constituir um modo de resolução de conflitos mais prestigiado do que a justiça estadual, o decisor ou decisores têm de se propor reconstituir a situação de facto aproximando-a o mais possível da certeza, se a ela não puderem chegar. Ora, tal intenção ou propósito é incompatível com a falta de ambição em não o conseguir, auto-limitando os poderes de indagação do tribunal e fundamentando de forma sumária e telegráfica os juízos de facto formulados. Se se consegue, ou não, chegar à certeza, ou próxima dela, constitui um problema diferente. A questão reside no objetivo ou finalidade de partida. E esse não pode bastar-se com a mera verdade processualmente válida, ou seja, de uma justiça pouco mais do que formal.

²⁴ O que não poderá constituir obstáculo a que o tribunal limite os poderes de investigação, nomeadamente quanto aos meios de prova utilizáveis. Como defende Manuel Pereira Barrocas, A Prova no Processo Arbitral, in IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio

Mas, isso não constitui argumento para que o pensamento do decisor seja orientado para apenas chegar à “verdade processualmente válida” e não exista a ambição de chegar à verdade naturalística.

Aquilo que, por exemplo, era nas ações de investigação de paternidade uma ficção ou um sonho, há algumas (poucas) dezenas de anos transmutou-se, com o desenvolvimento da genética e dos marcadores de ADN, numa verdade científica.

Como todas as atividades que envolvem uma perceção cognitiva, haverá sempre na emissão de um juízo uma carga de subjetividade, mas seria imperdoável que a administração da justiça e, dentro desta, a atividade de julgar, estivesse de “*costas viradas*” em relação a um ideal que constitui um património de todo o comportamento humano: ir mudando para melhor, ou seja, tentar ser cada vez mais perfeito.

E ser mais perfeito na tarefa de julgar os factos é tentar ir à procura da realidade para que a verdade judicial seja o menos formal possível.

Se assim não for e a decisão dos factos e a formação da convicção se reger, tão só, pelas regras da lógica, da experiência e da plausibilidade, iremos correr o risco de que, muito em breve, o autómato profira decisões sobre a matéria de facto mais rigorosas à luz do critério que os decisores humanos seguem: tudo depende do universo, mais ou menos ilimitado, de algoritmos de que disponha.

O que seguramente distinguirá a máquina do ser humano é a capacidade de poder ultrapassar os espartilhos da lógica e da experiência e de uma espécie de normalidade estatística porque há sempre a possibilidade de a realidade ser diferente e de nos surpreender.

O autómato poderá vir a procurar e até encontrar, de forma tão ou mais segura do que o humano, a verdade processualmente válida, mas será sempre incapaz de a tentar superar tendo em vista fazê-la coincidir com a realidade. Só a racionalidade emotiva permite esse salto.

e Indústria Portuguesa, Intervenções, Almedina, julho de 2011, “Todos os meios de prova admitidos em Direito são utilizáveis em arbitragem”, p. 156.

Por essa razão, não deve ser negado o direito a requerer a junção aos autos de documentos ou informação em poder da parte contrária ou em poder de terceiros (ver autor e estudo citados, p. 157), nem devem existir impedimentos à aplicação das presunções legais que são direito constituído substantivo e que, por isso, os árbitros estão obrigados a respeitar (art. 30º, nº 1, da LAV).

Direitos esses, de resto, previstos nas Rules on Taking of Evidence in International Arbitration (IBA) aprovadas em 2010, como dá conta Nuno Lousa, in Produção de Prova em Arbitragens Internacionais: Em Especial, A Apresentação de Prova Documental em Poder da Parte Contrária, in VI Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Intervenções, Almedina, julho de 2014.

7. As especificidades do processo de formação da decisão sobre a matéria de facto quando o tribunal tem uma composição colegial

Quando o tribunal tem uma composição plural é, usualmente, constituído por um árbitro indicado por uma das partes, outro pela parte contrária e um terceiro normalmente escolhido por acordo entre estes e que preside.

A LAV exige que o número de membros seja ímpar²⁵.

Se esse consenso não existir, o árbitro presidente será designado pelo tribunal estadual nas arbitragens “ad hoc” ou nas arbitragens institucionalizadas pelos centros de arbitragem de acordo com os respetivos regulamentos.

A LAV²⁶ permite que, na convenção de arbitragem, as partes atribuam a um terceiro a competência para designar todos os árbitros.

A declaração dos factos provados e não provados resulta, muitas vezes, (não sempre) de um processo dialético entre a tese do árbitro indicado por uma das partes, a antítese que corresponde à posição do árbitro indicado pela parte contrária e a síntese que corresponde à posição final que o tribunal toma sobre o facto.

O esforço para a consensualização costuma ser grande, mas, quando tal não é possível, a decisão resulta da opinião maioritária dos membros do tribunal.

Só muito excecionalmente é que a decisão não se forma a partir da posição do árbitro presidente e do indicado por uma das partes.

Não é forçoso que, em relação a todos os factos surja essa antinomia de posições, mas é vulgar que isso suceda quanto a pelo menos alguns deles.

A maior parte dos tribunais arbitrais tem uma composição plural e as decisões são colegiais, ou seja, tomadas pela maioria dos seus membros.

No caso de todos os árbitros divergirem na sua posição, a LAV estabelece que prevaleça a do presidente. A decisão deixa de ser coletiva para passar a ser singular ou unipessoal (artº 40º nº 1).

A regra é, porém, a de, em caso de divergência, existirem votos de vencido ou até a de uma parte da decisão se formar a partir de uma maioria resultante da opinião do presidente e de um dos árbitros e outra parte com o voto do presidente e o do outro árbitro.

No segmento da sentença referente ao julgamento da matéria de facto é que estas situações são mais frequentes porque, normalmente, existe um grande esforço do presidente no sentido da consensualização.

Ainda que isso dependa em larga medida da orientação do presidente do tribunal sucede com frequência (o que será desejável) que a discussão do

²⁵ Artº 8º nº 1.

²⁶ Artº 10º nº 1.

juízo da matéria de facto seja feita, por escrito, normalmente através de correio eletrónico.

Apesar de a decisão sobre os factos ser tomada na mesma peça processual da de direito (ou seja, a sentença), afigura-se indispensável que as duas decisões sejam tomadas autonomamente e até em momentos temporais distintos.

Por essa razão, não será despropositado que os árbitros reúnam para decidir os factos, sendo lavrada uma ata onde seja exarada a decisão sobre a matéria de facto.

A ata não é incorporada na sentença, ainda que o essencial do decidido e da fundamentação seja reproduzido na mesma.

Se tiver havido a fase do tratamento da matéria de facto “em bruto”, nos termos anteriormente explanados, ou outro análogo, a definição dos factos provados tem por objeto os factos densificadores de cada tema de prova e igualmente um ou outro que possa ter resultado da discussão desde que conexas com algum ou alguns dos factos essenciais.

Podem, assim, ser dados como provados factos que resultem da discussão desde que conexos com os factos essenciais e que constituam o seu desenvolvimento ou concretização, ou seja, factos instrumentais.

A prova desses factos deve ser salientada/destacada na decisão, concretizando-se que, apesar de não terem sido alegados pelas partes, resultaram da discussão. O tribunal tem de ter o cuidado de explicitar, de forma minuciosa, a origem dos mesmos ou, dito de outro modo, transcrever os excertos dos depoimentos onde foram referidos e apreciar criticamente as razões que levaram à credibilização do que foi afirmado, justificando, em simultâneo e em paralelo, a utilidade para a decisão de direito da pronúncia sobre o facto instrumental²⁷.

8. A independência e imparcialidade dos árbitros como condição “*sine qua non*” da válida formação da decisão sobre a matéria de facto

Todos os árbitros estão formalmente vinculados aos deveres de independência e imparcialidade impostos quer pela LAV (art. 9º nº 3), quer pelos códigos deontológicos dos árbitros da generalidade dos centros de arbitragem institucionalizada e bem ainda da Associação Portuguesa de Arbitragem, mas

²⁷ “Os factos instrumentais são utilizados para realizar a prova indiciária dos factos principais, isto é, esses factos são aqueles de cuja prova se pode inferir a demonstração dos correspondentes factos principais”, Miguel Teixeira de Sousa, Estudos sobre o Novo Processo Civil, Lex, Lisboa, 1997, p. 72 (...) que, apesar de não expressamente alegados, podem ser dados como provados, apelando, para o efeito, ao princípio orientador que decorre da solução consagrada no art. 5º do Código de Processo Civil.

não seria avisado ignorar que a independência e imparcialidade dos árbitros indicados pelas partes é muitas vezes condicionada²⁸.

Como defendeu Paulo Tarso Domingues, em trabalho recente que intitulou de “*A designação dos árbitros: Em defesa do árbitro natural*”²⁹, o problema é atual no estrangeiro, existindo estudos, nomeadamente nos EUA, onde ficou demonstrada a “predisposição cognitiva do árbitro para favorecer a parte que o indicou”, o que na opinião do autor é explicável porque a parte procura o árbitro que julga mais próximo das suas posições (e nunca o que defendeu o contrário) e igualmente aquele que poderá ter maior persuasão, pela sua formação e prestígio, junto dos restantes membros do tribunal, de modo a que em especial o árbitro presidente adira à tese da parte que o indicou.

Por essa razão, mas não apenas por essa razão, afigura-se-nos ser desejável que na designação dos membros do tribunal se privilegie o critério do árbitro natural criando regras em que a parte intervenha na definição do perímetro das pessoas que possam ser sorteadas, mas em que se quebre a ligação direta às partes que fazem essa indicação.

Solução que, de resto, não seria original, uma vez que já está consagrada em alguns centros de arbitragem da Europa e encontra-se plasmada, ainda que, a nosso ver, não na forma ideal, no projeto de diploma sobre a arbitragem societária que se encontra em discussão pública, uma vez que se prevê a nomeação de todos os árbitros por um centro de arbitragem institucionalizada e não o sorteio³⁰.

²⁸ Sobre a independência e imparcialidade dos árbitros, impedimentos, conteúdo do dever de revelação e a delimitação do seu significado, ver Menezes Cordeiro, O Árbitro-de-Parte, in Estudos comemorativos dos 20 anos da Abreu Advogados/coordenação Ricardo Costa, Luís Gonçalves da Silva. – [Coimbra]: Almedina, 2015. – p.p. 101-143, em especial p.p. 127 e ss. O trabalho é muitíssimo mais abrangente do que o título indicia. O autor não defende o árbitro natural, mas elenca critérios para a determinação do conteúdo dos conceitos de independência e imparcialidade com o recurso a elementos de direito comparado de manifesto interesse e utilidade prática.

²⁹ Revista da Ordem dos Advogados, Ano 77, 2017, tomo III/IV, pp. 785 e ss.

³⁰ Como chamam à atenção Armindo Ribeiro Mendes e Sofia Ribeiro Mendes, in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, da Associação Portuguesa de Arbitragem, Crónica de jurisprudência 2016/2017, Ano n.º 10, 2017, p.284, nota 24 «Deve notar-se que, nos cultores da arbitragem, há vozes que põem em causa o modo de escolha dos árbitros de parte, preconizando a nomeação de todos os árbitros por órgãos independentes. Cfr. Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration*, Oxford, OUP, 2013, págs. 162-163 (o Autor designa a solução de haver dois árbitros nomeados pelas partes como o “o bicho na maçã” da arbitragem)».

Todavia, Armindo Ribeiro Mendes não é defensor da solução, achando preferível a atual de designação de dois árbitros pelas partes, ainda que reconheça que excepcionalmente podem ocorrer “deliberações patológicas” por contraposição a “deliberações harmoniosas” seguindo de perto a posição de Yves Drain e de Jean-Baptista Racine que cita: “a deliberação é «patológica» quando certos árbitros entendem defender os interesses da parte que os designou na fase da deliberação final. Se os dois co-árbitros se

Nada impedirá, todavia, que no regulamento do centro se não preveja a solução do sorteio, ainda que condicionado a certas regras, como as de a parte se poder opor a que integre a lista, que vai ser sorteada, um conjunto limitado de árbitros.

É um caminho que está a ser iniciado e que é desejável para a dignificação e prestígio da arbitragem que só uma cada vez maior exigência em matéria de transparência permitirá manter no presente e assegurar no futuro, uma vez que o dever de revelação não parece ser, por si só, suficiente para o conseguir³¹.

9. A fundamentação da decisão: a análise crítica das provas e a compatibilização de toda a matéria de facto adquirida

Na LAV não existe nenhuma norma que especificamente se refira à exigência de fundamentação da decisão de facto.

A exigência de fundamentação consta do n.º 5 do art.º 42 da LAV em relação à sentença.

A verdade, porém, é que não seria necessário que o fizesse porque a imposição decorre do art.º 205.º da CRP.

Uma das diferenças em relação à jurisdição estadual reside no facto de as partes poderem acordar em dispensar a fundamentação – n.º 3 do art.º 42 da LAV.

A dispensa de fundamentação abrange, assim, obviamente a dispensa da explicitação da motivação da decisão de facto, uma vez que a peça processual é una.

comportarem desse modo (com o risco de se tornarem parciais), a deliberação será uma discussão sob a forma de oposição de interesses". Esta opinião foi expressa no texto de apoio à intervenção feita pelo autor no Seminário de Verão sobre "Decisão Judicial e Fundamentação Jurídica" do Programa de Doutoramento em Direito Público, variante Direito Público e Jurisdição na Faculdade de Direito de Coimbra, em 11 de julho de 2018. O texto, ainda não publicado, foi-nos fornecido pelo autor que autorizou que nos referíssemos ao mesmo.

³¹ Evitar-se-iam críticas arrasadoras à arbitragem, como as feitas no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 16 de fevereiro de 2017 (Paulo Pereira Gouveia), publicado em www.dgsi.pt, onde, utilizando uma linguagem desnecessariamente excessiva e, por isso, inaceitável, se tecem considerações em desabono da arbitragem, mas que suscitam questões que não podem ser ignoradas, antes encaradas de frente, com o objetivo de as esvaziar. Assim, na decisão refere-se ao árbitro indicado pela parte, ainda que citando autor estrangeiro, como "um amigo honrado da parte", qualifica-se a arbitragem como um "mercado jurídico privado", um "negócio especial e respeitável", mas que nem por isso deixa de ser "um mercado de justiça privada". O Acórdão foi anotado, em sentido desfavorável, no artigo citado na nota anterior.

Também quando se trata de sentenças de homologação de acordos transacionais a fundamentação é igualmente dispensada.

A matriz pela qual os árbitros se orientam, em matéria de fundamentação, deve, na nossa perspetiva, sempre que as partes a não dispensem, ser próxima dos princípios do processo civil e mesmo tentar ir para além deles.

A verdade é que o grau de pormenorização e de explicitação da fundamentação fica na discricionariedade dos árbitros, sobretudo se a sentença arbitral não for recorrível.

Na atual LAV a regra supletiva é a da não existência de recurso a menos que a mesma esteja expressamente prevista na convenção de arbitragem ou se o tribunal estiver autorizado a decidir por equidade – artº 39º nº 4.

Os fundamentos estão sujeitos ao princípio da tipicidade ou da taxatividade e encontram-se indicados no artº 46 da LAV.

A impugnação da sentença arbitral e, nessa medida, da decisão sobre a matéria de facto só pode revestir a forma de um pedido de anulação.

Curiosamente, de todas as causas de anulação previstas na lei, a violação dos princípios da ordem pública internacional do Estado Português e a falta de fundamentação são aquelas que mais têm sido invocadas.

Os tribunais estaduais, sempre que têm sido chamados a sindicarem a fundamentação das decisões arbitrais, têm maioritariamente considerado que, em face do disposto nos artºs 205º, nº 1 da CRP e 154º do CPC³², só existirá falta de fundamentação se não forem inteligíveis as concretas razões de facto e de direito da decisão em termos tais que não permitam ao destinatário da decisão judicial a perceção das razões de facto e de direito em que a mesma assentou.

Tem sido considerada suficiente uma justificação, muito sumária e minimalista, muitas vezes pouco mais do que telegráfica. A própria análise crítica das provas é dispensada³³.

³² Código de Processo Civil.

³³ Elucidativa desta perspetiva é o Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, a seguir TRC, de 21.02.2018 (Fonte Ramos), disponível em www.dgsi.pt, de que se transcreve parte do sumário: *“Especificados os fundamentos de facto e indicados os meios de prova que foram decisivos para a convicção do Juiz-árbitro, não é imprescindível para a validade da decisão arbitral que nesta se mostre efectuada a análise crítica das provas. Está suficientemente fundamentada a decisão arbitral que enuncia, de forma perfeitamente inteligível e apreensível pelos respectivos destinatários, os fundamentos factuais e normativos da decisão, tornando perceptível o iter lógico jurídico seguido na resolução do litígio”*.

No mesmo sentido, podem, entre outras, ser consultadas as seguintes decisões todas disponíveis em www.dgsi.pt:

- Ac. Supremo Tribunal de Justiça, doravante, STJ – Lopes do Rego – 16.03.2017;
- Ac. STJ – Roque Nogueira – 17.04.2018 – *“(…) mesmo uma fundamentação deficiente, não convincente ou errada pode satisfazer a obrigação de apresentar os motivos para a decisão, pelo que, não gerando nulidade, devem tais deficiências ser arguidas em via de recurso”*;

A realidade é que não parece ser esse o entendimento desejável³⁴ apesar de a generalidade da doutrina sustentar o contrário, ou seja, se bastar com a mera existência de uma relação lógica entre os fundamentos e a decisão³⁵.

O decisor tem o poder/dever de explicitar, de forma detalhada e precisa, todo o processo de representação cognitiva que conduziu a dar cada um dos factos como provados ou não provados.

A exigência da fundamentação não pode limitar-se a um “minus”, ou seja, a reduzir-se a um conjunto de fórmulas mais ou menos estereotipadas, como as de que a convicção se baseou nos depoimentos das testemunhas X, Y ou Z que depuseram de “forma criteriosa, séria, convincente e credível”.

É indispensável explicar e convencer os destinatários da decisão dos motivos por que o decisor optou por credibilizar um depoimento e não outro com argumentos consistentes.

- Ac. TRC – Jaime Carlos Ferreira – 09.01.2018: “*Só a falta absoluta de motivação implicará uma nulidade da sentença arbitral*”;
- Ac. Tribunal da Relação de Lisboa – Farinha Alves – 28.01.2016: “*A desconsideração de alguns factos, que não foram julgados provados nem não provados, não releva enquanto fundamento do pedido de anulação da decisão arbitral. Essa desconsideração apenas é suscetível de configurar uma situação de insuficiência de fundamentação, que não é fundamento de anulabilidade*”.

³⁴ Contrariando a jurisprudência dominante na vigência da LAV de 1986, há várias decisões do Tribunal da Relação do Porto, a seguir TRP, onde a exigência em matéria de fundamentação era muito maior: ver, por todos, Ac. de 24.09.2012 (Soares Oliveira) e Ac. de 23.12.2012 (Henrique Araújo), todos disponíveis em www.dgsi.pt. Os acórdãos não consideraram suficiente a fundamentação feita com base na remissão genérica para os depoimentos das testemunhas sem os indicar em concreto, para a prova documental considerada no seu todo, bem como a posição tomada pelas partes nos articulados.

Mais recentemente existem decisões no mesmo sentido, também do Tribunal da Relação do Porto e disponíveis em www.dgsi.pt cujos sumários se passam a reproduzir:

- a) Ac. do TRP de 29.06.2017 (Judite Pires): “*Sumário: I – O dever de fundamentar não se restringe às decisões judiciais; tal como decorre do artigo 42º, nº 3 da Lei nº 63/2011, de 14.12 (Lei da Arbitragem Voluntária), a exigência de fundamentação também se aplica à decisão arbitral. II – Sendo a sentença arbitral desprovida de fundamentação, por não conter a indicação dos factos não provados, omitindo posição, quanto a considerá-los provados ou não provados, relativamente a factos alegados pelas partes essenciais à apreciação do mérito da causa, e omitir a motivação que conduziu a determinada conclusão probatória, se nenhuma das partes pedir a sua anulação nos termos do artigo 46º, nº 3, alínea a), vi) da Lei nº 63/2011, de 14.12., interposto dela recurso de apelação, pode a Relação oficiosamente determinar a sua anulação, de acordo com a faculdade que o artigo 662º, nº 2, c) do Código de Processo Civil lhe reconhece*”;
- b) Ac. do TRP de 12.11.2013 (Fernando Samões): “*Sumário: Deve ser anulada oficiosamente, nos termos do artº 712º, nº 4, do CPC, a decisão arbitral completamente omissa quanto aos factos não provados e à motivação da decisão de facto, quando seja impossível proceder à reapreciação da matéria de facto, por não constarem do processo todos os elementos probatórios, designadamente por terem sido inquiridas testemunhas e os depoimentos não terem sido gravados*.”

³⁵ Ver, por todos, António Sampaio Caramelo, *A Impugnação da Sentença Arbitral*, 2ª edição, Coimbra, Almedina 2018.

Só a explicitação detalhada da fundamentação e de todo o processo cognitivo subjacente à decisão de dar um facto como provado ou não provado pode assegurar que o decisor procura a verdade real possível e não a verdade judicial apenas processualmente válida³⁶.

Somente uma muito maior exigência ao nível da fundamentação permite e assegura o controlo do processo da formação da convicção em termos de impedir que ela não obedeça a quaisquer critérios, isto é, à subjetividade injustificável ou a meras “intuições” ou, como já referimos, a “palpites”.

O legislador processual refere-se a prudente convicção. Mas, qual é o significado do adjetivo prudente? Será apenas o de cauteloso? Não cremos.

A convicção deverá resultar de um processo de raciocínio coerente que envolva a justificação detalhada do contributo de cada um dos meios de prova e da interação entre os mesmos para a sua formação. O decisor tem igualmente de estabelecer um diálogo entre as provas antagónicas e de explicar a razão da opção de umas em detrimento de outras.

Só uma fundamentação com esse pormenor permitirá limitar a subjetivação da convicção e que a sua subjetividade não seja uma mera imagem de retórica.

10. A justiça arbitral e os desafios da inteligência artificial

Nos E.U.A., e não só³⁷, começa a generalizar-se a ideia de que, através das infundáveis possibilidades que os algoritmos proporcionam, é possível, partindo de um determinado enunciado de facto, proferir decisões de direito com menor probabilidade de errar e até com maior rigor do que as tomadas por um decisor humano, na medida em que se consegue esgotar a inventariação de todas as soluções plausíveis da lei.

³⁶ No Regulamento de Arbitragem da CCI de 2017 estabelece-se que na Ata de Missão, prevista no art. 23º, conste o “*resumo das demandas das partes e dos seus pedidos (...)*” e prevê – se, a título facultativo, que o tribunal fixe uma “*relação de pontos controvertidos a serem resolvidos*”. O art. 32º, nº 2 exige apenas que a sentença seja fundamentada. Todavia, *a decisão não é notificada sem o exame prévio pela Corte de Arbitragem (art. 34º)*. E a verdade é que este exame está longe de ser um mero formalismo, pois a sentença é minuciosamente analisada, são pedidos esclarecimentos aos árbitros e dadas sugestões de explicitação de raciocínios e mesmo de aprofundamento de alguns aspetos da fundamentação, incluindo na fixação dos factos. Há, por conseguinte, um cuidado especial na apreciação da fundamentação que contrasta com a perspetiva simplista de alguma da jurisprudência dos tribunais estaduais em relação à justificação exigida nas sentenças arbitrais.

³⁷ O Parlamento Europeu, na resolução de 16 de fevereiro de 2017, faz várias recomendações à Comissão sobre os problemas que as relações entre o direito e a robótica suscitam.

Não sabemos se estaremos perante um excesso de otimismo em relação às possibilidades da inteligência artificial ou mesmo de algo que, neste momento, não ultrapassou os limites do experimentalismo mais ou menos utópico.

A verdade é que, se em relação à decisão de direito se pode admitir em tese ser possível alguns avanços, o mesmo dificilmente se passará quanto à decisão de facto por mais progressos que a inteligência artificial venha a ter.

A prova de processos psicológicos que necessariamente estão em causa em vários tipos de ações, como, por exemplo, todas aquelas em que a causa de pedir é um vício da vontade, não pode ser apreciada, por mais alargado que seja o universo de algoritmos, por um autómato.

A apreciação correta de tal factualidade só será possível com a racionalidade emotiva que nenhuma máquina pode vir a ter e que será sempre exclusiva do ser humano.

A inteligência artificial pode chegar a uma decisão partindo apenas de um conjunto de factos índice e daquilo que se pode inferir, do que normalmente acontece, de acordo com regras da lógica, da experiência e da plausibilidade.

Não é concebível que o autómato possa valorizar tudo quanto decorre da imediação, ou seja, não propriamente o que se diz, mas a forma como se diz.

A verdade, porém, é que parece haver quem não só admita essa possibilidade, como sustente que a inteligência artificial diminuirá o risco de erros judiciais mesmo em sede de julgamento da matéria de facto.

A simples existência do perigo de a máquina se substituir ao homem mesmo na definição do enunciado de facto, justifica que se tenha de aperfeiçoar, melhorar e ser mais exigente quanto ao julgamento da matéria de facto, ainda que, para tal, se tenham de superar conceções dadas por adquiridas e indiscutíveis.

A arbitragem, pela maior disponibilidade que os decisores possuem, pelo maior cuidado e ponderação que lhes é exigível, é o “palco” privilegiado para que se tente uma melhor administração da justiça: e uma melhor administração da justiça não é unicamente uma justiça mais célere, mas uma justiça que aproxime a reconstituição da situação de facto o mais possível da certeza à qual será aplicado o direito.

A afirmação da arbitragem como um meio alternativo da resolução de conflitos e de administração da justiça ainda mais prestigiado depende, em larga medida, de esse objetivo ser alcançado.

Porto, 12 de maio de 2019