

ÁRBITROS: CARACTERÍSTICAS, PERFIS, PODERES E DEVERES

Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 22/2009 | p. 119 - 146 | Jul - Set / 2009
Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2/2014 | p. 835 - 860 | Set / 2014
DTR\2009\842

José Miguel Júdice

Professor Associado Convidado da Universidade Nova de Lisboa. Membro da Corte Internacional de Arbitragem da CCI. Vice-Presidente do Comitê Nacional Português da CCI. Presidente do Capítulo Português do Club Español del Arbitraje. Membro da Direção da Associação Portuguesa de Arbitragem (pelouro relações internacionais). Advogado.

Área do Direito: Internacional; Arbitragem

Resumo: O tema dos poderes e deveres dos árbitros, bem como suas principais características, é assunto de suma importância, principalmente no âmbito da arbitragem internacional. A evolução da arbitragem justifica uma reflexão sobre a figura do árbitro e uma autonomia conceitual da mesma, tanto do ponto de vista prático quanto do teórico. O autor busca distanciar os conceitos de juiz e de árbitro para demonstrar a inadequação do uso indiscriminado dos conceitos como sinônimos, tendo em vista as necessidades e especificidades da arbitragem comercial e de investimento.

Palavras-chave: Árbitros - Juízes - Características - Arbitragem comercial - Arbitragem de investimento

Abstract: Arbitrators' powers and duties, as well as their main characteristics, are an extremely important issue, mostly in international arbitration. The evolution of arbitration entails a reflection on the figure of the arbitrator and its conceptual autonomy, both from a practical and a theoretical point of view. The author seeks to separate the concepts of judge and arbitrator in order to demonstrate the inadequacy of the indiscriminate use of these concepts as synonyms, in light of the needs and specificities of commercial and investment arbitration.

Keywords: Arbitrators - Judges - Characteristics - Commercial arbitration - Investment arbitration

Sumário:

1. Razão de ordem - 2. O árbitro "vale" um juiz - 3. Poderes/deveres, liberdade/responsabilidade dos árbitros - 4. A racionalidade implícita do sistema arbitral de resolução de conflitos - 5. Valores comuns ao árbitro e ao juiz - 6. A especificidade dos árbitros em relação aos juízes - 7. Independência, imparcialidade e neutralidade dos árbitros - 8. Outras características definidoras do bom árbitro em cada caso concreto - 9. Os deveres deontológicos dos árbitros: disclosure, qualificações e disponibilidade - 10. Os poderes dos árbitros - 11. Conclusão

1. Razão de ordem

A reflexão sobre constituição do tribunal arbitral e características, perfis e poderes dos árbitros, pode parecer um tema pouco relevante para quem tenha uma concepção da arbitragem que chamarei arqueológica. Realmente, para quem entenda os tribunais arbitrais como mero sucedâneo dos tribunais judiciais, este tema será considerado - como sobre a Biblioteca de Alexandria pensava o Califa Omar - irrelevante ou perigoso. Este texto, que é escrito tendo presente o Direito Português, mas pretendendo-se que possa ser útil para outros ordenamentos e, sobretudo, nas arbitragens internacionais, visa demonstrar que este o tema quiçá mais relevante na prática arbitral.

Tradicionalmente - e o regime da arbitragem em Portugal antes da Lei 31/1986 (Lei da Arbitragem Voluntária ou LAV) apontava claramente nesse sentido - as arbitragens eram entendidas como uma curiosidade a tratar com todas as cautelas, admissíveis quando muito como auxiliares do trabalho dos tribunais verdadeiros e próprios, que deviam ser

toleradas como algo que infelizmente seria um sinal dos tempos, mas nunca como possuindo uma justificação em si mesmo. O regime do Título I do Livro IV, "Do tribunal arbitral voluntário" do Código de Processo Civil (LGL\1973\5), que regulava as arbitragens antes da Lei da Arbitragem Voluntária, e a primeira jurisprudência sobre o tema ¹ são disso expressão clara.

Entendendo-se as arbitragens com estes restritos e conservadores critérios, o tema não possui autonomia conceitual que permita distingui-lo do tema do "bom juiz". O juiz estatal deveria ser assumido como paradigma e razão de ser do sistema de árbitros; nessa medida, o árbitro deveria copiá-lo, para ser, apenas, um sucedâneo do magistrado judicial, mero epifenómeno ou emanação intelectual desse paradigma.

Admitir que o árbitro possa ser diferente do juiz em medida suficiente para justificar uma reflexão intelectual e uma autonomização conceitual era, como disse atrás, considerado como um esforço irrelevante (como seria possível outro modelo que não o do juiz estatal?) ou perigoso (afastar o modelo seria abrir a porta a uma situação desconhecida, criando-se assim um perigoso precedente cujo preço seria provavelmente a denegação de "boa justiça"), pelo que por qualquer destas razões o melhor seria evitar entrar-se por essa via.

Esta filosofia tinha claras implicações práticas. Entre outras, permito-me realçar a opção "natural" pelas arbitragens ad hoc (que conduz a que em Portugal a escolha do árbitro presidente é feita pelo Presidente do Tribunal da Relação competente, na falta de acordo entre as partes ou dos árbitros por elas indicados), a existência de recurso para as decisões arbitrais, ² a tendência inicial dos tribunais para escrutinarem as sentenças arbitrais para além dos restritos casos previstos na Lei da Arbitragem Voluntária, ³ o hábito de escolher magistrados judiciais jubilados ou reformados para árbitros e em especial para árbitros presidentes, a defesa da arbitragem apenas como uma necessidade derivada da morosidade da justiça estatal.

Esta tendência arqueológica não foi atributo exclusivo do sistema jurídico português e da sua prática. Pelo contrário, foi uma fase natural e se calhar inevitável no processo de afirmação da arbitragem como forma especial de resolução de litígios, antes de poder passar a ser considerada mais do que isso, uma real forma alternativa à do sistema judicial estatal. Mas em Portugal os efeitos disso decorrentes foram (e são) mais gravosos, devido ao facto do sistema judicial português ser muito formalista, processualista e ineficiente quando comparado com outros.

Realmente se o modelo de "bom juiz" - a ser criado pela formação inicial feita no Centro de Estudos Judiciários e pelas inspecções levadas a cabo por magistrados mais experientes e que definem o ritmo das carreiras - fosse em Portugal tributário de uma concepção mais eficiente e moderna, seguramente que os efeitos nefastos para as arbitragens da utilização do paradigma em questão seriam menores. Se aos árbitros fosse pedido que copiassem um juiz que desse mais relevo à substância do que à forma, à eficácia do que às rotinas, que usasse o Código de Processo Civil (LGL\1973\5) como uma inspiração e não como um livro sagrado, se isso acontecesse, podia-se entender (mas esta não é a minha opinião) que não seria essencial tentar criar um paradigma de árbitro e se poderia continuar a tratar a arbitragem como sucedâneo e não como alternativa ao sistema judicial.

Infelizmente - apesar do tempero que a qualidade média elevada dos magistrados judiciais portugueses pode aportar - a formação inicial dos magistrados, as inspecções para avaliações e o processo de carreira criam um paradigma de juiz que se mantém, à imagem do Código de Processo Civil (LGL\1973\5), fiel a uma concepção pré-moderna do acto de julgar, através do relevo excessivo à forma, da lógica dos incidentes e dos despachos, da falta de oralidade, que se refugia no Código de Processo Civil (LGL\1973\5) aceite de forma literal, que não pondera muito a realidade à luz da jurisprudência dos interesses. Esse juiz-tipo formatado ideologicamente, que temos em Portugal, responderá quiçá a necessidades sistémicas, ⁴ mas é totalmente inadequado

para as necessidades da arbitragem comercial e de investimento.

Parece-me, porém, irrelevante justificar autonomamente a minha tese de que essa diferença se justifica seja qual for o paradigma concreto de juiz. É que entendo que a distinção paradigmática tem a ver com uma diferença de natureza e não com uma mera necessidade prática e causada por factores historicizados.

Por isso é que se torna essencial começar por assumir metodologicamente a irredutível diferença de natureza entre o juiz e o árbitro, para depois como é natural e evidente encontrar os pontos de contacto e/ou de sobreposição e ir buscar inspiração sempre que conveniente aos atributos adequados da função judicial.

Esta a primeira nota que teria de ser realçada porque ela vai habitar toda a reflexão seguinte e dar-lhe uma coerência lógica e sistemática que são essenciais ao processo de construção de um qualquer modelo e, no caso concreto, do modelo do árbitro.

2. O árbitro "vale" um juiz

O árbitro, em minha opinião e até à luz do sentido imanente do sistema jurídico português, é um "não juiz". Quero com isto dizer que a essência da função arbitral deve ser procurada noutro lado que na heurística ou na arqueologia da judicatura. A arbitragem apela a características definidoras que são muito distintas das que se espera da função judicial, pelo menos no campo da realidade prática.

Nada disto significa, como é evidente, que a análise e a aplicação do paradigma do "bom juiz" não deva ser um instrumento auxiliar precioso para definir o conteúdo exacto dos poderes/deveres que caracterizam a função arbitral. Muita da axiologia da judicatura deve ser trazida para o universo da arbitragem, como adiante melhor definiremos. O que se pretende realçar é que são entidades distintas e que como tal devem ser tratadas.

A função arbitral é expressão de um sistema alternativo ao judicial para a resolução de litígios. Por isso tem uma ontologia diversa da função judicial. Mas possui idêntica dignidade e poder ⁵ pois desempenha um papel social equivalente em dignidade e racionalidade.

O árbitro não sofre, por isso, de qualquer capitis diminutio em relação ao juiz. Quando instalado na função de julgar, o árbitro "vale" o mesmo que um juiz, ou até vale "mais", sociológica e juridicamente, sobretudo no plano das relações internacionais. Realmente, a regra geral das arbitragens é a inexistência de recurso contra a sentença arbitral e a executóriedade internacional das sentenças arbitrais é mais fácil, devido à Convenção de Nova Iorque de 1958, do que a executóriedade de sentenças judiciais, pois para estas não existe um convenção internacional que abranja tantos países.

Essa realidade axiológica está embebida no sistema jurídico e revela-se por elementos muito diversos. Para além da questão da não recorribilidade e da mais fácil executóriedade, a Lei da Arbitragem Voluntária dá manifestamente muito maior latitude aos árbitros do que aos juízes para a conformação das regras processuais aplicáveis a cada caso concreto. Com excepção de um acórdão antigo, a jurisprudência dos tribunais superiores portugueses é unânime nesse sentido. Aliás, a cultura judicial e arbitral fazem com que na sua concretização a diferenciação de graus de liberdade de conformação seja acentuada de forma inequívoca na prática.

Este tema é em Portugal pacífico no que se refere à relevante aceitação pela judicatura dessa identidade de valor. É justo reconhecer que o sistema judicial como um todo tende a respeitar a autonomia, a especificidade e o valor intrínseco da decisão arbitral e do iter que ela conduz. Nesse sentido vai a jurisprudência dos tribunais superiores. ⁶ Este favor arbitralis, que honra a magistratura judicial portuguesa, e em geral a dos países com sistemas legais mais aperfeiçoados, ⁷ é um factor essencial para o funcionamento do sistema arbitral e constitui uma aceitação com naturalidade do valor operacional idêntico do juiz e do árbitro.

A "valia" idêntica é acompanhada, como já se referiu, de certos atributos que o juiz não tem ou culturalmente prefere não exercer. O "valor" é idêntico, o poder e a liberdade são maiores - sobretudo nos países de civil law - do que acontece com o juiz. O que deve ser uma razão adicional para justificar o tema deste texto: não deve haver poderes sem deveres, nem liberdade sem responsabilidade.

3. Poderes/deveres, liberdade/responsabilidade dos árbitros

É entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência ⁸ que os poderes dos árbitros resultam da vontade contratual das partes e da vontade do sistema jurídico. Esta origem híbrida é um elemento genético crucial para a compreensão e definição do modelo teórico do "bom árbitro". Sem a vontade contratual das partes não haveria arbitragem; mas sem a vontade do sistema normativo, a arbitragem não seria mais do que um sistema de mediação hard, sem qualquer possibilidade de imposição das decisões às partes que as não quisessem respeitar.

Não se desconhece que a doutrina não é unívoca quando pretende realçar a proeminência de uma das facetas acima mencionadas sobre a outra. ⁹ Mas para a finalidade desta reflexão, isso revela mais de "bizantinismo" ou "prazer intelectual" do que necessidade. Seja qual for o elemento mais determinante, ou seja ou não possível determinar se um deles prevalece sobre o outro, o paradigma do "bom árbitro" - e é disso que aqui se trata - não sofre alterações relevantes, pelo que esta querela pode ser aqui evitada.

O que deve ser frisado é que os dois binómios acima mencionados em epígrafe - que também em alguma medida definem o "bom juiz", pelo menos e quanto à liberdade nos sistemas de common law - são conaturais à função arbitral, pelo que quando são esquecidos o resultado provável é que as decisões arbitrais venham a padecer de fragilidades ou, pelo menos, tendam a não servir adequadamente o prestígio e divulgação do sistema arbitral para resolução de litígios.

Depois do momento genético da sua nomeação por cada um das partes ou da selecção do Presidente por uma das várias formas possíveis, os árbitros - sobretudo quando constituídos já em tribunal - são depositários de vastíssimos poderes para pacificar relações e situações juridicamente relevantes. Estes poderes, como atrás se mencionou, têm em primeiro lugar um importante conteúdo procedimental. A melhor doutrina portuguesa inclina-se claramente para a tese de que o regime previsto no Código de Processo Civil (LGL\1973\5) (com excepção apenas das normas procedimentais que tenham conteúdo substantivo ou integrem a ordem pública) não vincula os árbitros que poderão - a menos que explicitamente isso seja impedido pela vontade das partes - criar as normas processuais que julguem mais adequadas ou convenientes ao litígio concreto que devem resolver e que devem poder decidir com menos formalismos do que um juiz.

Para além disso, basta realçar o princípio Kompetenz-Kompetenz, ¹¹ ou a menor necessidade de fundamentação de decisões, ¹² para se concluir com facilidade que os poderes de que se reveste a função arbitral são superiores aos que integram o âmbito conformador dos poderes de cada juiz num processo que lhe tenha sido alocado.

Mas os poderes que definem por contraste a função arbitral resultam ainda de um factor muito relevante que é mais tributário da psicologia e de outras ciências do comportamento do que do âmbito do Direito: o facto de os árbitros serem escolhidos pelas partes (ou pelos seus mandatários) outorga-lhes um grau de poder conformador bem superior ao que detém um magistrado judicial que não foi objecto de selecção pelas partes no processo. Um árbitro é supostamente seleccionado entre um universo muito elevado de possibilidades porque se entende que tem atributos muito especiais para fazer adequada justiça naquele caso concreto. Isso provoca um ascendente que só quem nunca esteve numa arbitragem (sobretudo quando internacionais) é que desconhece. É na prática mais fácil a um advogado arguir nulidades em despachos judiciais do que

fazer algo semelhante no decurso de uma arbitragem, mesmo descontando o facto da chicana processual e as manobras dilatórias serem menos prováveis com o tipo de advogados que surgem sobretudo em arbitragens internacionais. É certo que, com o aumento do número de arbitragens se vem assistindo a preocupantes evoluções no sentido das piores práticas de advogados nos tribunais judiciais, mas a situação continua a ser muito diferente.

Há por vezes poder sem liberdade, quando o programa normativo que define os poderes é de tal modo delimitado e estruturado que não oferece ao aplicador do direito nenhuma latitude para concretizar os comandos jurídicos com alguma variabilidade. Era assim que se queria definido o juiz-funcionário oitocentista, que Monstesquieu chamou a "boca da lei" com base na ideologia da separação poderes.¹³ E muitas vezes há liberdade sem poder: o que caracteriza a advocacia como profissão liberal é uma situação de liberdade/responsabilidade que altera os binómios definidos.

O árbitro está longe do juiz "boca da lei" e também se afasta do advogado. Neste sentido é um verdadeiro *tertium genus*. O *múnus* especial do árbitro resulta precisamente dessa especial conformação que o caracteriza: por um lado uma intensificação dos poderes, obrigando eticamente a uma acrisolada valorização dos deveres correspondentes; por outro, a inafastável liberdade que exercita e que tem de ser acompanhada por um elevado sentido da responsabilidade.

Por tudo isso é que as arbitragens valem o que valerem os árbitros, ao passo que o sistema judicial está mais preparado (maior formalismo, maior peso à interpretação conservadora das normas, sistema de recursos) para sobreviver mesmo que concretos juízes não tenham as qualificações supostamente essenciais para o desempenho da função.

4. A racionalidade implícita do sistema arbitral de resolução de conflitos

Qualquer sistema, mesmo quando disso não haja consciência plena, tem imanente uma racionalidade que lhe é própria. Se isso não ocorresse, o sistema não conseguia diferenciar-se e existir em si mesmo. Mais do que isso, provavelmente não teria surgido ou, ao menos, não teria evoluído para se tornar numa realidade com força e presença.

O sistema arbitral não foge à regra. Embora este texto não tenha a ambição de detalhar ou aprofundar o sentido do sistema arbitral, não será possível encontrar o paradigma do "bom árbitro" se não tivermos subjacente e claro o sentido sistémico e racional da arbitragem.

A arbitragem tem como razão do seu inequívoco sucesso - sobretudo nas relações comerciais e de investimento internacionais - em primeiro lugar a possibilidade de separar o processo decisório jurídico das condicionantes e constrangimentos, reais ou imaginadas, da justiça estatal. As partes, oriundas de diferentes países, muitas vezes com culturas jurídicas bem distintas, querem uma justiça que surja autonomizada e independente, neutral, em relação aos sistemas jurídicos e judiciais que poderiam sentir-se capazes de aceitar no seu seio o litígio.

Em segundo lugar, a arbitragem constitui uma "justiça de comerciantes", ou seja uma justiça que se afeiçoa às realidades do mundo empresarial de uma forma que nunca os juízes estatais seriam capazes de fazer, mesmo quando a tradição jurídica e judicial conduz a que os juízes não sejam uma profissão autónoma, antes uma emanação de outras profissões jurídicas, como a advocacia. A arbitragem pretende resolver litígios que são inevitáveis de um modo que torne evitável a ruptura e a subida aos extremos, que tantas vezes é o resultado mais provável de um conflito judicial em que nenhum factor de moderação existe. Nesse sentido, como Arnoldo Wald costuma lembrar, a justiça arbitral deve entender as posições das partes e ser uma justiça "de olhos bem abertos".

Em terceiro lugar, a arbitragem aposta num modelo sui generis de resolução de litígios, que está nos antípodas do conceito do "juiz natural" (com que o liberalismo tentou assegurar uma justiça livre e independente por estar livre do bom querer do soberano) hoje importante para tentar evitar os tribunais de excepção.¹⁴ Do que se trata é de escolher decisores que sejam adequados a uma justa e pacificadora decisão que aplique o brocardo latino suum cuique tribuere.

Os árbitros não são chamados de acordo com o princípio do acaso ou do sorteio nem da regra que faz escolher o julgador com base em factores supostamente objectivos, como são os critérios da competência territorial ou em razão da matéria. Pelo contrário, os árbitros são seleccionados para cada litígio concreto em função de atributos que supostamente possuem e que os tornam especialmente habilitados a fazer justiça no caso em questão. Esta regra da especialização (que melhor seria dizer adequação) é um dos segredos do sucesso da arbitragem... ou, quando fracassa, talvez a principal das causas que leva muitos empresários, gestores e advogados a desconfiar do sistema.

Em quarto lugar o racional imanente à justiça arbitral reside, como atrás já foi aludido, no abandono do paradigma formalista, uniformizado, processualista, da justiça estatal, que contribui para doses elevadas de irracionalidade e para demoras e injustiças que também se pretendem evitar com o recurso ao processo arbitral. Uma boa arbitragem é sempre aquela em que árbitros foram mandatados para ou exigiram que lhes fosse dada latitude vasta para que possam afeioar as regras procedimentais às especificidades do litígio que lhes compete resolver e em que os árbitros percebam e concretizem a regra time is money que os tribunais estatais em regra não valorizam ou não têm condições para valorizar.

Esta racionalidade do sistema habita de forma inafastável a função dos árbitros e deve ser trazida sempre à colação na definição dos seus perfis e poderes. Neste sentido a racionalidade atrás mencionada é o factor mais relevante para justificar a diferenciação entre o juiz e o árbitro e para criar autonomia científica e metodológica ao assunto.

5. Valores comuns ao árbitro e ao juiz

Clarificámos, portanto, que o paradigma do juiz e do árbitro são diferentes, que entre ambos há uma identidade de valor, que o árbitro possui mais poder e liberdade do que o juiz e, por isso, têm de se realçar os seus deveres e responsabilidades acrescidas, e que há uma racionalidade imanente ao sistema arbitral. Chegamos agora ao momento em que - definida de forma inequívoca a diferença e a especificidade - podemos avançar no sentido de aprofundar as características que têm em comum e, nessa medida, retirar do universo metodológico da judicatura inspirações que auxiliem a construção do modelo do "bom árbitro".

Três atributos definem de forma indelével o magistrado judicial: a independência, a imparcialidade e a neutralidade ou isenção.¹⁵ Tal condição constitui mesmo um direito fundamental dos cidadãos.¹⁶ Estes três valores estão próximos, mas são capazes de se distinguir. Curiosamente foi na reflexão sobre o árbitro que talvez mais avançou essa relevante distinção. De facto, como vimos, em alguns sistemas jurídicos (por exemplo em certos Estados dos EUA) admitem-se árbitros que não sejam independentes, mas não se aceita que não sejam imparciais; e a falta de neutralidade pode ser compatível com a mais total independência.

Seja como for, todo o sistema da judicatura se baseia na aceitação axiomática de que o juiz deve possuir estes três atributos, sob pena de lhe falecer a condição mais básica para ser um "bom juiz". Um juiz pode ser pouco qualificado tecnicamente e até ser pouco inteligente. Mas se for independente, imparcial e neutro tenderá a ser um bom juiz; pelo contrário, um magistrado judicial altamente qualificado e experiente, que possua uma elevadíssima capacidade intelectual, será um mau juiz se lhe faltarem esses atributos.

Para além destes elementos - dir-se-iam estruturais ou éticos - existem outros mais práticos e operacionais que devem ser trazidos à colação e que adiante abordaremos. Concentremo-nos por agora nestes três que são, repete-se, essenciais.

A tradição portuguesa é claramente no sentido de que as três qualidades essenciais devem ser aceites como um postulado (ou mesmo como um axioma) no que se refere à judicatura. É por idênticas razões que muitos juízes consideram que um Código Deontológico dos Juízes não é necessário, bastando para balizar os respectivos comportamentos as regras legais que definem o Estatuto dos Magistrados Judiciais.¹⁷ Por causa deste apriorismo, os incidentes de suspeição de juízes são em regra condenados ao fracasso se o próprio juiz se não considerar impedido.¹⁸ E também por isso acontece que suscitar o incidente de suspeição é mal recebido pelos magistrados contra quem seja invocado e casos existem em que a resposta ao incidente é uma participação criminal contra o advogado que ousou atacar a presunção inilidível de inexistência de enviesamento.

Noutras jurisdições não se passa nada de semelhante. Nisso, como em muitas outras coisas, o sistema dos EUA é talvez o mais avançado no escrutínio da independência, imparcialidade e neutralidade dos magistrados. Recordo, entre outros, o caso de uma juíza que teve de se afastar de um processo porque - embora casada no regime de separação de bens - o seu marido detinha algumas poucas acções de uma empresa que era autora no processo judicial. Nada de semelhante existe entre nós quanto a escrutínio de impedimentos e/ou incompatibilidades de juízes e não é seguro que, se houvesse, daí resultasse qualquer efeito, dada a fragilidade normativa com que o tema é tratado nos arts. 122 a 124 do Código de Processo Civil (LGL\1973\5) português, com a agravante de que a inexistência de um Código Deontológico dos Magistrados Judiciais não permite que os conceitos que constam desses três artigos sejam densificados.

Para além disso, há atributos que são semelhantes e que devem estar presentes no juiz e no árbitro. É o caso da experiência profissional, capacidade de manter atenção aos factos, estudo dos assuntos, boa memória, formação jurídica adequada nas áreas sobre as quais têm de decidir, capacidade de decisão, sentido do justo, ponderação, resistência à fadiga, serenidade perante as tensões dos litígios, sentido de autoridade, capacidade de diálogo e abertura aos pontos de vistas que lhe sejam apresentados, recusa de posições apriorísticas ou capacidade de as ultrapassar. E muita coragem.

6. A especificidade dos árbitros em relação aos juízes

O que este nível tem de especial o árbitro quando comparado com o juiz é o seu processo genético. De facto, os árbitros são em regra escolhidos pelas partes, directa ou indirectamente,¹⁹ e de um modo geral - pelo menos nos mercados mais maduros - a lista de árbitros habitualmente seleccionados não é muito grande, o que leva alguns a afirmar que se trata de um mercado mais ou menos fechado.²⁰

Nesta especificidade genética reside, para o bem e para o mal, o essencial da diferença entre os dois tipos de decisores, pelo que nisso se deve centrar parte essencial da distinção de paradigma entre o bom juiz e o bom árbitro. E ela não só existe como não pode ser sofismada, negada, antes enquadrada e valorizada.

A ingenuidade é claramente uma qualidade comovedora. Mas quando aplicada em campos de conflito, de emoções intensas ou de interesses fortes, é muito perigosa, pois cria ilusões que se pagam caro, desnecessariamente. Ou, o que não deixa de ser também perigoso e não tem a vantagem da pureza de espírito, a ingenuidade é uma arma que se usa como expressão cimeira de hipocrisia.

O mundo da selecção de árbitros é um excelente microcosmo para analisar a pertinência da frase anterior. Se lermos autores respeitados que abordaram o tema, se compulsarmos códigos ou se nos detivermos em praxes de conduta de instituições prestigiadas (como a IBA e a CCI), e o fizermos sem cautela, corremos o risco de nos

equivocarmos gravemente.

Dêem-se as voltas que se derem, quando enfrentam uma arbitragem as partes querem que seja escolhido um árbitro favorável à posição que defendem e o mesmo seguramente se passa com os advogados que mandataram. O que é desejado, no fundo, implica em alguma medida a recusa das três regras de ouro do bom árbitro (independência, imparcialidade, neutralidade); esse desejo, se fosse levado às suas naturais consequências, afectaria o sistema arbitral que nesses valores rigorosamente aplicados pelos árbitros se baseia quanto à sua credibilidade de meio de resolução de litígios.²¹

O tempero que permite conter esta tendência (ou tentação) reside no facto dos árbitros - sobretudo em países onde a arbitragem esteja desenvolvida e no caso de arbitragens institucionalizadas - constituírem e se integrem num "mercado" onde a sua credibilidade e seriedade são valores tão prezados como a sua qualidade técnico-jurídica e experiência.

Por isso um árbitro pode ser seleccionado com a esperança ou convicção de que seja parcial, não neutral e não independente. Mas se o árbitro escolhido der satisfação a essa (mais ou menos explícita) agenda, o resultado provável será exactamente o oposto do desejado, a menos que do outro lado se esteja perante outro árbitro com as mesmas negativas características. Um árbitro parcial descredibiliza-se perante o árbitro presidente, passando as suas posições a ser desvalorizadas por deixar de haver confiança na sua capacidade de contribuir para que seja dito o Direito como os factos e a lei determinam e não como será a vontade de cada um dos contendores. E, além disso e que não é pouco, a imagem externa desse árbitro fica afectada em termos que - na comunidade arbitral, se esta existir - o passam a marcar com um ferrete de inadequação que se irá reflectir na sua carreira profissional futura.

É claro que nada disto significa que o sistema exija que os árbitros normalmente designados como "de parte" não sejam sensíveis, não estejam atentos e não tenham em alguma medida uma certa predisposição favorável a quem o indicou.²² O sistema arbitral tem também nisso algumas das suas virtualidades e por aí se distingue do sistema judicial, no qual - fora de situações de apriorismos mais ou menos conscientes, faltas de ética ou casos em que o juiz deveria considerar-se impedido - o magistrado que vai julgar nada tem a ver com as partes, sendo-lhe em absoluto indiferente o resultado do processo, desde que o seu sentido de justiça seja respeitado.

Tenho sido Presidente em várias arbitragens nacionais e internacionais. Tive a sorte de nunca nelas ter sido obrigado a viver com árbitros que não se comportassem com rigor ético absoluto. Nunca, apesar disso, esqueci que eles tinham sido indicados pelas partes e, nessa indicação, residia - para além das qualidades de decisores que possuíam - uma parte substancial da sua manifesta utilidade para a boa decisão da causa. Umas vezes descodificaram pontos de vista, outras iluminaram perspectivas menos aparentes mas relevantes, outras ainda com as elevadas qualificações que em regra possuíam foram capazes de desmontar certos argumentos (e nem só da parte que os não nomeou com o que perderiam credibilidade), e com isso sempre me reforçaram na convicção de que é preferível um tribunal arbitral colectivo do que um árbitro único, visto então se não poder beneficiar desses contributos.

O mesmo se tem passado com a minha experiência nas arbitragens em que fui advogado de uma das partes. Todos os árbitros que ajudei a escolher foram propostos e aceites pelas suas qualidades de independência e imparcialidade. Seguramente que estou convencido de que todos eles - qualificados e experientes profissionais - foram capazes de ser sensíveis ao meu ponto de vista, iluminar aspectos que realçara mal, desmontar argumentos, isto é, corrigir as minhas falhas e imperfeições. Mas foram sempre também capazes de decidir em termos que nem sempre me agradaram, e assim me confirmaram nas qualidades que neles vira.

7. Independência, imparcialidade e neutralidade dos árbitros

Este texto não pretende abordar em detalhe as características que permitem isolar os três referidos conceitos e torná-los operacionais.²³ Do que se trata aqui é da definição das características, perfis e poderes dos árbitros. Mas, como é evidente, é essencial ter presente tais conceitos, visto que uma das características essenciais que têm de definir o "bom árbitro" e um dos factores decisivos da sua selecção é a possibilidade de se obterem respostas positivas quanto a tais aspectos.

A doutrina arbitral internacional tem definido, de um modo geral, a "independência" como uma característica razoavelmente objectiva - de um teste objectivo para detectar a existência de enviesamento, falam alguns autores - e que se mede pelo grau de relação com uma das partes e de interesse financeiro que possam retirar do resultado da arbitragem.²⁴ Ou, como de forma lapidar escreveu Pierre Lalive,²⁵ "independence implies the courage of displeasure, the absence of any desire specially for the arbitrator appointed by a party, to be appointed once again as arbitrator". Na sua essência, a "independência" é instrumental do valor da "imparcialidade" e da aparência das coisas que é essencial ao prestígio e ao desenvolvimento do sistema arbitral de resolução de conflitos. Um árbitro não independente pode, apesar disso, ser imparcial, pois esta é uma característica mais subjectiva. Um árbitro nomeado por uma das partes pode, como atrás se referiu, ter uma predisposição favorável à tese da parte que o nomeou, até porque muitas vezes a escolha é feita tendo por base posições anteriores sobre questões de direito.²⁶ Mas a sua imparcialidade será confirmada se isso não afectar a sua consciência profissional e se for capaz de decidir contra quem o indicou se a outra parte, afinal e no caso concreto, demonstrou ter razão (to have a better case como se costuma dizer nos sistemas de common law). Há quem diga que o árbitro é imparcial "in his own way".²⁷

No que se refere à "neutralidade", a expressão só tem autonomia conceitual se for referida como exprimindo uma forma diversa de potencial enviesamento, o que decorre de uma proximidade acima da média com a posição de uma das partes, maxime se com ela coincidir em nacionalidade ou enquadramento cultural. Não é forçoso que um árbitro oriundo do mesmo país de uma das partes seja afectado por algum vício mais ou menos oculto que o torne impróprio para integrar esse tribunal arbitral. Mas a experiência revela que, sobretudo em relação ao árbitro presidente, nas arbitragens internacionais a tendência é cada vez mais no sentido de escolher árbitro de diferente nacionalidade, nomeadamente para o proteger e para que o enquadramento cultural em que se insere não afecte, ainda que inconscientemente, o seu julgamento.

Mas o conceito de "neutralidade" é mais amplo do que se acabou de mencionar. Visa provocar a análise de todos os factores objectivos de potencial enviesamento que se não integrem nas categorias de "independência" ou de "imparcialidade", desse modo se tornando um instrumento conceitual útil na busca de condições cada vez mais rigorosas para a selecção de árbitros.

Estes atributos são essenciais, porque as dúvidas sobre eles obrigam a um processo de disclosure a encetar pelo potencial árbitro, que pode ser fonte de perdas de tempo e origem de atritos, ou podem na sua falta gerar situações de challenge do árbitro que poderão acabar por afectar os laudos arbitrais em que participe.²⁸ Como se pode retirar de textos sobre decisões de centros de arbitragens institucionalizadas, relativos a situações de disclosure que conduzam ou possam conduzir a challenge do árbitro,²⁹ não é possível estabelecer regras gerais e abstractas para este tipo de situações e é por isso que as IBA Guidelines são sobretudo úteis para arbitragens Uncitral ou ad hoc, ainda que sirvam de utilíssima inspiração nas arbitragens institucionalizadas, desde que não transformadas numa regra que tudo integra.

Acresce que em alguns países, como acontece com Portugal,³⁰ não existem quaisquer regras legais minimamente consistentes e úteis, para quem tenha de interpretar as leis, sobre conflito de interesses de árbitros, sobre a concretização das regras

supra-mencionadas ou até sobre a sua relevância. A consequência da inexistência de tais regras é o aumento dos riscos de que a parte a que desagrade a decisão arbitral venha posteriormente suscitar, em sede de recurso ou de anulação da sentença arbitral, questões de suspeição ou de impedimentos que, devido à falta de reflexão doutrinária e de jurisprudência, pode suscitar surpresas imprevisíveis. Ou pode ter como efeito que, em casos de que se justificava plenamente admitir a probabilidade de um incidente de suspeição ter sucesso, a dificuldade cultural da magistratura portuguesa em aceitar um requerimento de suspeição como um facto natural da vida pode originar decisões discutíveis, como me parecem as duas conhecidas e que atrás se mencionaram.

Por todos estes motivos, em minha opinião na decisão sobre escolha de árbitros deve dar-se primacial relevo ao teste sobre independência, neutralidade e imparcialidade, tentando respeitar-se o que se pode colher na abundante doutrina e jurisprudência arbitrais e em guidelines como as da IBA e de algumas instituições arbitrais. Deste modo se evitam potenciais problemas, mas sobretudo se criam as condições para uma boa decisão arbitral.

8. Outras características definidoras do bom árbitro em cada caso concreto

Em certas arbitragens comerciais - devido ao conteúdo da convenção da cláusula arbitral ou da legislação nacional - algumas condições devem estar reunidas para alguém poder ser indicado como árbitro, como por exemplo ser nacional do País, ser advogado, estar no pleno gozo de direitos civis e políticos no país da sede da arbitragem.³¹ Tais regras têm sido gradualmente afastadas, dando lugar a uma tendência generalizada para atribuir às partes a mais total liberdade na escolha dos árbitros, sendo essa uma regra essencial na definição da especificidade e da razão de ser do sistema arbitral.

Em Portugal não existe, nas arbitragens comerciais, qualquer limitação à liberdade das partes, para além do regime dos impedimentos previsto no art. 10.º da LAV, da necessidade, nos termos do art. 8.º da LAV, de que os árbitros sejam "plenamente capazes" e da impossibilidade de uma pessoa colectiva ser nomeada árbitro. Por isso, a questão tem relevo apenas na medida em que certas condições ou características podem e devem ser ponderadas por quem tem de indicar um árbitro. Trata-se, porém de regras pragmáticas e de adequação, que não têm de ser seguidas com automatismo, embora a experiência prática demonstre que é errado não as ter presente.

O bom árbitro é, em primeiro lugar, uma personalidade que possa aspirar a ser respeitada e ouvida pelos outros árbitros, devido às características do seu ser moral e profissional. Deve ser alguém, como refere Doak Bishop,³² com personalidade e capacidade de relacionamento com os outros árbitros.

Nada justifica, a se, que os árbitros não sejam em regra muito jovens, para além da experiência acumulada e do prestígio acrescido que resulte de uma longa carreira profissional escrutinada pelos seus pares. Um árbitro sem prestígio desvaloriza imediatamente tudo aquilo que diga e, com isso, pode ajudar a que se forme um bloco entre os dois outros árbitros. E um árbitro presidente sem força moral e respeitabilidade profissional está pouco apetrechado para a sua missão, muitas vezes espinhosa e complicada.

Em segundo lugar, o árbitro deve ser escolhido em função das suas especiais qualidades para o processo arbitral, alguém com experiência de prática arbitral (por isso o cursus honorum mais frequente continua a ser começar como counsel e terminar como árbitro), visto que as especificidades do sistema de justiça arbitral obrigam a uma aprendizagem que se deve tentar que não seja feita à custa de quem nomeia. E, sobretudo o árbitro de parte, deve ser alguém com as capacidades específicas que se pedem sempre a um árbitro (inteligência emocional, capacidade argumentativa, jeito para forjar consensos - sobretudo quando a posição de quem nomeia seja provavelmente mais fraca nessa específica arbitragem - que coincida com fortes convicções e coragem para as defender). Em minha opinião é sempre inadequado o árbitro que não seja capaz de influenciar ou

ajudar a formar a convicção do árbitro presidente.

Em terceiro lugar, é da maior utilidade que o árbitro seja inteligente e tecnicamente competente na específica área jurídica que esteja em análise na concreta arbitragem. Essa característica é sobretudo relevante nas arbitragens comerciais em que as questões de interpretação jurídica prevaleçam. Mas naquelas em que a matéria de facto seja mais importante, deve dar-se prioridade a árbitros com experiência de tribunal e da sua particular identidade. Isso é mais importante em Portugal do que noutros países, dada a tendência para transportar para as arbitragens os truques e os tiques do sistema processual comum, podendo se não houver essa cautela o árbitro não habituado a eles sentir-se perdido e ter de dedicar mais (e demasiada) inteligência, memória e energia aos aspectos formais e processuais em detrimento dos substantivos.

Uma quarta característica essencial que deve ser pedida a um árbitro é a disponibilidade temporal, a capacidade de trabalho, a atenção aos detalhes e aos pormenores, a dedicação ao dossier. Em regra nas arbitragens comerciais surgem advogados altamente qualificados, experientes e determinados. Todos os árbitros, mas sobretudo o árbitro presidente, devem dominar o processo pelo menos com tanta profundidade quanto os advogados das partes, sem o que correm sérios riscos de ser influenciados sem autodeterminação suficiente. A atenção aos detalhes e o domínio do dossier são factores do sucesso de um árbitro, pois desse modo pode ser muito persuasivo e determinante na decisão final.

Uma quinta característica muito relevante é o domínio da língua da arbitragem e a capacidade de se exprimir em outras línguas veiculares, maxime inglês, espanhol, francês ou alemão, consoante o caso. Este aspecto é de primordial importância para arbitragens internacionais que interessem a empresas do espaço lusófono. Muitas vezes a falta de cautela em ponderar a questão do idioma dos árbitros pode conduzir a fragilidades e a inadequações, não sendo raras as situações em que embora as partes tenham escolhido a língua portuguesa como língua do contrato, pela escolha concreta dos árbitros se acabe com outra língua também como língua de trabalho. Um árbitro que tenha sido escolhido sem ponderar esse factor pode acabar isolado e com menor capacidade argumentativa ou de influência perante dois outros árbitros que estão mais à vontade noutra língua do que no português.³³

Finalmente uma sexta característica deve ser ponderada. O árbitro - sobretudo o presidente - sempre que possível deve ser nas arbitragens internacionais (e ainda mais nas que sejam institucionalizadas) de uma nacionalidade diversa das partes e dos seus mandatários. A credibilidade e a experiência do árbitro é reforçada com isso. Os nossos colegas brasileiros - apesar da enorme qualidade e diversidade de especialistas em arbitragem que existe no Brasil - estão quanto a isso muito à frente dos portugueses na concretização deste princípio.

9. Os deveres deontológicos dos árbitros: disclosure, qualificações e disponibilidade

Tenham as partes sido ou não prudentes na escolha do árbitro, tenham não aplicado as regras imediatamente atrás mencionadas para a concretização do modelo do "bom árbitro", existem ainda e sempre as obrigações deontológicas dos árbitros potenciais. Isso deve levar a que escrutinizem com toda a cautela os factores que os devem impedir de aceitar o encargo, podem gerar suspeições ou tragam probabilidade relevante de que o contrato que a aceitação da função arbitral pressupõe possa ser incumprido (por cumprimento defeituoso, mora ou incumprimento definitivo).

Também como factor da maior relevância (embora distinguindo-se de factores deontológicos) existe a necessidade dos árbitros seguirem as "melhores práticas" que se foram formando ao longo dos tempos pela jurisprudência, pelas decisões de instituições arbitrais como a ICC, a LCIA, a SAC e a AAA e por "Guidelines" com especial relevo para as da IBA já mencionadas.³⁴

A fase inicial do desenvolvimento dos sistemas arbitrais foi, um pouco por todo o lado,

caracterizada pela pouca ou nenhuma relevância dada a esta temática,³⁵ como se a origem contratual do processo genético do tribunal arbitral fosse em si mesmo uma garantia ou gerasse uma decorrência automática de inexistência de problemas.³⁶

A experiência que se foi acumulando ao longo dos anos, o papel sistematizador das instituições arbitrais, a reflexão teórica de nível universitário e a própria tendência das sociedades modernas para dar relevo autónomo a questões éticas,³⁷ tudo isso fez com que esta temática se tivesse tornado uma das mais importantes - se não a mais importante - na investigação do regime jurídico das arbitragens,³⁸ sendo crescentemente consensualizado que, como se refere no Regulamento ICC, art. 7.º (2), as questões devem ser analisadas "in the eyes of the parties".

Como já referi, a qualidade da arbitragem define-se pela qualidade dos árbitros, visto que nesse sistema de resolução de litígios não existem os mecanismos compensadores que caracterizam o sistema judicial. Os factores éticos sobrelevam, por isso, todos os outros, visto que se falharem podem ter efeitos devastadores na arbitragem em questão e no sistema como um todo.

Um pequeno exemplo ajudará a perceber-se o que afirmo. A melhor doutrina internacional (e isso num pequeno mercado como o português ainda fará maior sentido) defende que nada impede que seja escolhido como árbitro alguém que tenha relações de proximidade com um dos advogados ou que ocorram casos em que o advogado nomeou um árbitro que noutra arbitragem concretizou uma espécie de reciprocidade. E o mesmo acontece com a escolha recorrente do mesmo árbitro por uma sociedade de advogados. Mas estas matérias devem ser ponderadas pelo árbitro, se o não forem pelas partes e seus advogados, na medida em que possam tais situações afectar o seu julgamento ou a sua imparcialidade.

Algo de semelhante se passa com a capacidade técnica e com a disponibilidade temporal. Em meu entendimento o âmbito dos deveres deontológicos inclui, no caso da arbitragem, o auto-escrutínio sobre se em consciência o potencial árbitro se sente habilitado técnico-juridicamente para decidir na área de especialização jurídica em apreço e sobre se a previsão de ocupação do seu tempo de trabalho no futuro próximo é compatível com a aceitação do dever de contribuir para uma boa e célere decisão.

Dizem os autores que um bom princípio é que se a independência ou a imparcialidade forem suscitadas no início do processo, a opção do árbitro deve ser afastar-se, a menos que as objecções sejam claramente inadequadas.³⁹ É aquilo a que chamam "the rule of thumb of stepping aside". Esta opção baseia-se sobretudo na vontade de não criar problemas, de não deixar que os outros árbitros possam ter dúvidas sobre a independência ou a imparcialidade e com isso o árbitro em questão fique psicologicamente diminuído, passando a pairar sobre o processo um desagradável receio de posterior anulação do laudo arbitral.

Uma área muito complexa da deontologia arbitral tem a ver com os contactos com os advogados. Não subscrevo posições fundamentalistas que defendem que entre árbitro e advogado devem cessar as relações pessoais de convivência, que os árbitros não devem aceitar convites para seminários ou conferências em um dos advogados do processo participe ou integre a comissão organizadora, que convidarem-se para festas de aniversário, serem colegas na mesma universidade ou terem os filhos na mesma escola sejam factores impeditivos. Mas isto dito, as aparências são factor determinante na respeitabilidade da arbitragem e da força persuasiva de um árbitro. Por isso, não havendo regras gerais nesta sensível matéria, a consciência moral do árbitros e a sua sensatez são factores relevantes para evitar situações equívocas e prejudiciais, mesmo que nada seja possível apontar de menos próprio ao profissional.

A doutrina e as instituições arbitrais, mesmo quando não assumem posições fundamentalistas, estão a evoluir numa direcção em que as exigências éticas se tornam mais relevantes e exigentes. Isso resulta também de (e em certa medida de forma

perversa favorece) táticas e manobras que nalguns casos os advogados praticam tendo visto adiar o processo, complicá-lo ou arranjar argumentos para futura acção de anulação.

Por estas e idênticas razões é que reverter para as IBA Guidelines on Conflicts of Interest in Commercial Arbitration, aprovadas em maio de 2004 pode ser uma maligne practice,⁴⁰ se e na medida em que se tente aplicá-las com automatismo, procurando enquadrar a situação em uma das três cores previstas (vermelho, laranja e verde) e disso tirando a conclusão sem ponderação do caso concreto. O artigo de Anne-Marie Whitesell já citado deverá ser lido por todos os árbitros e candidatos a sê-lo, precisamente porque revela que é difícil criar uma regra geral de aplicação automática a todas as situações que na vida real possam ocorrer.

Por esses motivos, é altamente recomendável que um árbitro potencial revele com alguma latitude os possíveis factores que podem ser considerados - do ponto de vista da entidade que não o nomeou - como podendo afectar a independência, a imparcialidade e a neutralidade, pois com isso - de acordo com a tendência jurisprudencial - evitará que acções de suspeição sejam levantadas com hipótese de sucesso no futuro pela parte a quem desagrade a decisão, ou antes disso venha a afectar a forma como o processo irá a evoluir.

Pelas mesmas razões, é muito sensato que durante o processo arbitral o árbitro evite contactos com os mandatários das partes. Claro que o contacto inicial é essencial, sendo essa a ocasião para dar ao potencial árbitro alguma informação sobre as questões que serão decididas, as partes envolvidas e seus advogados, pois sem isso dificilmente seria possível ao potencial árbitro fazer o auto-escrutínio que atrás referi. Não me parece adequado que o advogado pergunte de forma explícita a quem está a convidar se está de acordo com a posição de direito em que a parte sustenta a sua pretensão. Mas é razoável que este decline o convite se, à partida e em justiça, entender que não está em condições de assumir em total imparcialidade o mandato por já ter uma posição sustentada que no caso concreto não poderá ser alterável e sobretudo se isso for contra a posição que irá defender quem o está a convidar. Imparcialidade e independência não correspondem a falta de lealdade.

Durante o processo deverá evitar-se falar do processo com os advogados e o mais sensato é nada dizer sobre a evolução da produção de prova, solidez dos argumentos jurídicos invocados, pontes fortes e fracos e pontos a realçar ou não realçar. No entanto esta concepção é talvez demasiado rigorosa, havendo autores e não dos menores que consideram razoável que o árbitro alerte o advogado da parte que o indicou de aspectos que se não forem bem (ou melhor) tratados poderão prejudicar a parte, assim como sugerir linhas estratégicas que não estejam a ser desenvolvidas.⁴¹

10. Os poderes dos árbitros

A especificidade do processo arbitral no que se refere a poderes de árbitros já foi atrás abordada, pelo que não se torna necessário acrescentar seja o que for a nível teórico. Mas no plano prático alguma coisa pode ser aduzida, que me parece ter algum interesse, sobretudo à luz do que é a prática dos processos judiciais, que me parece muito pouco adequada ao processo arbitral.

A primeira regra essencial é a coesão entre os árbitros. Tendo distintos processos genéticos, após a formação do tribunal passam a ter um vested interest que a todos é comum: que o processo decorra bem, sem perdas de tempo, com o respeito integral das regras essenciais (igualdade de armas, princípio do contraditório etc.), mas sem abusos. Assim sendo, se conseguirem manter a coesão, a disciplina do processo e das audiências é aumentada, a probabilidade de uma boa decisão ampliada e as condições para que a decisão pacifique o conflito muito acentuadas.

A segunda regra que costumo valorizar é a importância de um procedimento

participativo - respeitando o princípio da cooperação - que seja acompanhado por um sistema de decisão determinado e frontal. Não há bons processos se os julgadores não mandarem no "seu" tribunal, mas se abusarem desse poder acabam por obter exactamente o oposto do pretendido. Neste âmbito favoreço fortemente uma reunião inicial dos árbitros com os mandatários (nas arbitragens internacionais por razões de agenda e de poupança pode usar-se a vídeo-conferência ou a conference call), na qual se definam as regras de funcionamento em complemento das que resultem de cláusulas contratuais (calendário e número de submissões, elaboração ou não de documento de saneamento do processo e seus termos, prazo máximo para junção de documentos, decisão sobre depoimentos das testemunhas serem ou não escritos, pré-planeamento da produção de prova, definição de prazos da arbitragem etc.).

Esta reunião pode ser seguida de uma outra, por ocasião da assinatura nas arbitragens CCI dos "termos de referência", ou "ato de missão" como no Brasil lhe preferem chamar. Nesta segunda reunião serão sobretudo questões logísticas as que será necessário consensualizar (ou decidir, se o consenso for inviável). Temas como a forma de realizar perícias (se for caso disso), de estruturar a inquirição de testemunhas (depoimentos escritos, ou não, direct ou só cross examination), se e em que termos deve haver alegações finais (em matéria de facto e direito, por escrito e/ou orais, simultâneas ou sucessivas), devem ficar resolvidos para evitar problemas futuros.

Um terceiro princípio quero realçar. Os poderes que não são exercidos no processo arbitral tendem a extinguir-se. A deplorável tendência de muitos advogados em questionar decisões de juízes, recorrer de decisões por tudo e por nada, não respeitarem as regras que estejam definidas, são em parte um resultado da recusa dos magistrados em definir as regras processuais em conjunto, mas também são um resultado da separação das profissões e da formação enviesada, que pressupõe o conflito e não a cooperação, que recebem no início das carreiras os juízes e os advogados.

No mundo da arbitragem essa cultura é ainda mais intolerável e inadmissível. Mas se os árbitros não forem capazes de fazer entender aos outros sujeitos processuais que não admitirão a cultura processual chicaneira e processualista que domina nos tribunais portugueses, cedo ou tarde ela entrará em acção afectando gravemente a eficácia do sistema arbitral no caso concreto.

11. Conclusão

Creio que se justifica que algumas conclusões sejam tiradas no final desta reflexão. As mais importantes são, em minha opinião, as seguintes:

- a) A justiça arbitral tem a mesma dignidade e valor que a justiça dos tribunais estatais, sendo ambas soluções entre si alternativas de resolução de litígios.
- b) O paradigma do bom juiz e o do bom árbitro são diferentes, embora para a definição de cada um deles seja sempre útil ter presente o outro.
- c) A qualidade da arbitragem, como meio de resolução de litígios, depende da qualidade e adequação dos árbitros.
- d) Os valores deontológicos dos árbitros são muito mais essenciais na prática do que os dos juízes para se fazer justiça, atentas as peculiaridades de cada sistema.
- e) A eficácia da arbitragem depende da experiência e da disponibilidade dos árbitros.
- f) O rigor da arbitragem depende da clareza dos poderes dos árbitros e da forma do seu exercício.
- g) A aceitação da arbitragem pela comunidade depende da independência, neutralidade e imparcialidade dos árbitros.

1. Ver, pelo interesse histórico os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 21.11.1991, rel. Pires Salpico e do STJ de 23.03.1994, rel. Santos Monteiro, de 21.09.1995, rel. Costa Marques, de 11.03.1999, rel. Roger Lopes, e de 17.05.2001, rel. Sousa Lopes, todos eles aparentemente tributários de uma - hoje ultrapassada - suspeição por parte do STJ em relação à arbitragem.
2. Que ainda subsiste como regra geral, no silêncio das partes, para as chamadas arbitragens nacionais nos termos do art. 34 da LAV, a contrario.
3. Vide, por exemplo, acórdão já citado, relatado por Roger Lopes, onde se limita fortemente os poderes dos árbitros e, por isso, se exprime uma intervenção da Justiça estatal no escrutínio substantivo da decisão arbitral.
4. A previsibilidade das decisões num modelo em que os precedentes não são tão relevantes, a má preparação que domina na advocacia, a tendência para questionar o papel do juiz e para das suas decisões e despachos recorrer ou arguir nulidades, tantas vezes "por dá cá aquela palha", tudo isso talvez justifique, nomeadamente em processos crime, a mencionada formatação.
5. Se excluirmos o poder sancionatório e o privilégio executório, em regra exclusivo da judicatura, embora a jurisprudência portuguesa - pelo menos num caso, num acórdão da Relação do Porto, de 2005, relator Emídio Costa - tenha admitido, e bem, a possibilidade de providências cautelares determinadas por tribunal arbitral se não exercitarem ius imperii e as partes o tenham admitido.
6. Ver, entre outros, Acórdãos STJ de 30.01.1990, rel. Pereira da Graça, de 16.06.1998, rel. Brochado Brandão, de 17.05.2001 (relator não mencionado), de 09.10.2003, rel. Pires da Rosa, de 21.10.2003, rel. Moreira Alves, de 24.06.2004, rel. Salvador da Costa.
7. Veja-se por exemplo a posição de Lord Wilberforce, que foi a figura decisiva na aprovação do Arbitration Act de 1996: "I have never taken the view that arbitration is a kind of annex, appendix or poor relation to court proceedings. I have always wished to see arbitration, as far as possible, and subject to statutory guidelines no doubt, regarded as a free standing system, free to settle its own procedure and free to develop its own substantive law - yes its substantive law", citado por Lord Steyn. England: The independence and/or impartiality of arbitrators in international commercial arbitration. ICC Bulletin - Independence of arbitrators, Special Supplement. Paris: ICC, 2007, p. 92-93.
8. Ver, por exemplo, Fouchard, Gaillard, Goldman, na sua obra clássica ainda hoje incontornável, On commercial international arbitration. The Hague: Kluwer Law, 1999, p. 11 e autores aí citados e em geral sobre a temática deste artigo às p. 560-627.
9. Ver, entre outros, Luis Lima Pinheiro. Arbitragem transnacional. Coimbra: Almedina, 2005, p. 128-133.
10. Nesse sentido veja-se um importante Acórdão da Relação do Porto, de 21.02.2002, rel. Mário Fernandes.
11. Para uma definição veja-se, por exemplo Fouchard, op. cit, p. 395 e ss. Há jurisprudência portuguesa que acolhe a relevância deste princípio, por exemplo o acórdão da Relação de Lisboa de 07.11.2002.
12. Nesse sentido, por exemplo, acórdãos citados relatados por Brochado Brandão e Mário Fernandes, e o Acórdão STJ de 11.05.1995, rel. Joaquim de Matos.

13. Ver por exemplo Paulo Rangel. Repensar o poder judicial. Porto: Publicações Universidade Católica, 2001.
14. Para a definição do princípio do "juiz natural" ou "juiz legal", veja-se Gomes Canotilho e Vital Moreira. Constituição da República (LGL\1988\3) Portuguesa anotada. Coimbra: Coimbra Ed., 2007, p. 525.
15. Melhor seria talvez falar da independência e imparcialidade apenas, reservando-se o conceito de neutralidade para as arbitragens internacionais como significando a regra de que os árbitros devem tendencialmente ser de países diferentes das partes. Mas a American Arbitration Association (AAA), nas suas Commercial Arbitration Rules, distingue entre party appointed arbitrators e neutral arbitrators, nada havendo na lei portuguesa que impeça árbitros não neutrais, pelo que optamos pela manutenção do conceito como instrumento analítico. Ver, sobre os mencionados princípios, Giovanni Ettore Nanni. A responsabilidade civil do juiz. São Paulo: Max Limonad, 1999, e Orlando Afonso. Poder Judicial - independência in dependência. Coimbra: Almedina, 2004.
16. Art. X da Declaração Universal dos Direitos do Homem, e art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.
17. Lei 21 de 30.07.1985.
18. O respeito da magistratura judicial pela arbitragem e a sua memória "genética" contra as suspeições terá conduzido a discutíveis decisões nos dois únicos casos sobre suspeição de árbitros que são registadas na jurisprudência portuguesa, o acórdão da Relação de Lisboa de 18.02.2002, rel. Santana Guapo, e o acórdão STJ de 12.11.2003, rel. Silva Salazar.
19. Mesmo o Árbitro Presidente o poderá ser, na medida em que as partes aceitem a escolha feita por consenso dos seus mandatários ou dos árbitros que escolheram ou se for escolhido no âmbito de uma instituição a que as partes cometeram a gestão da arbitragem. Excepção a isso são as arbitragens ad hoc, quando o Presidente seja escolhido pelo Tribunal da Relação, ou as arbitragens multipartes.
20. Maria Cláudia Procopiak. As directrizes da Iba sobre conflitos de interesse na arbitragem internacional. Revista Brasileira de Arbitragem 16/8, ano IV. São Paulo: IOB, out.-dez. 2007.
21. Ahmed Kosheri e Karim Youssef. The independence of international arbitrators: an arbitrator's perspective. ICC Bulletin - Independence of arbitrators, Special Supplement cit.: "parties commonly have a twofold approach to independence. They have a legitimate expectation of independence and judge-like behavior from the arbitrator appointed by the opposing party, while they expect partiality from their own arbitrator".
22. "When I am representing a client in arbitration, what I am really looking for in a party nominated arbitrator is someone with the maximum predisposition towards my client, but with the minimum appearance of bias", escreveu Martin Hunter em Arbitration , 1987, p. 222-223, apud Independence of arbitrators cit., p. 48-49. E também José Maria Alonso, La independencia e imparcialidad de los árbitros. Revista Peruana de Arbitraje 2/97-106. Lima: Magma, 2006, ou Horacio Griguera Naón. Party-appointed arbitrators: a latin american perspective? IBA Arbitration Day Presentation. São Paulo, fev. 2004.
23. Entre outros, para a análise da forma como a Lei Modelo Uncitral, diversas legislações e regulamentos arbitrais distinguem os conceitos, veja-se a já citada obra de Fouchard, Gaillard e Goldman, p. 564-576, Selma Ferreira Lemes. Árbitro - princípios da independência e da imparcialidade (São Paulo: Ed. LTr, 2001), José Maria Alonso, citado, e Maria Cláudia Procopiak, passim, estes dois últimos em especial sobre as IBA

Guidelines e a jurisprudência CCI na matéria. Veja-se também as Recomendaciones relativas a la independencia e imparcialidad de los árbitros del club español de arbitraje (Disponível em: [www.clubarbitraje.com]) e o trabalho em curso para a implementação de um Código Deontológico dos Árbitros que a Associação Portuguesa de Arbitragem está a desenvolver (Disponível em: [www.arbitragem.pt])

24. Ver, por exemplo, a obra fundamental de Alain Redfern e Martin Hunter, *Law and practice of international commercial arbitration*. London: Sweet and Maxwell, 1991, p. 222-223 (e em geral para a temática deste artigo, p. 191-237), Rodrigo León Letort, *Independencia de los árbitros*. In: *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión*, p. 343-359).

25. *The arbitral process and the independence of arbitrators*. Paris: ICC Publishing, jun. 1991, p. 121.

26. "Se admite que el árbitro de parte pueda, sin cambiar su condición de imparcial, facilitar a que el tribunal arbitral entienda de mejor manera la posición jurídica, cultural, con el entorno de negocios, de la parte que lo designe. Se admite incluso una predisposición del árbitro de parte a favor de quien lo nombró, sin que tal predisposición pueda significar falta de independencia ni parcialidad", Rodrigo León Letort, op. cit., p. 354.

27. Apud Dominique Hasher, *A comparison between the independence of stae justice and the independence of arbitration*. *Independence of arbitrators cit.*, p. 86.

28. "Non-disclosure plants the seed of nullity", nas expressivas palavras de Hunter e Paulsson, *A Code of Ethics for Arbitrators in International Commercial Arbitration*. *International Business Lawyer*, jul. 1985; ou como afirma Whitesell "any doubt should be resolved in favor of disclosure", op. cit., p. 11.

29. Ver, por todos, o suplemento do Boletim ICC já citado, e em concreto o texto de Anne Marie Whitesell, p. 7-41 e José Maria Alonso. *El deber de revelación del árbitro*. In: *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión*. cit. p. 323-332. Ver também, pela sua importância, a decisão da Cour d'Appel de Paris, de 12.02.2009, RG 07/22164, *Tecnimont vs. Avax*.

30. A Associação Portuguesa de Arbitragem decidiu, no final do ano de 2008, que o Código Deontológico dos Árbitros que venha a adoptar será vinculativo para os associados, o que criará a primeira soft law na matéria no nosso país a qual poderá abrir o caminho para uma densificação das regras deontológicas da actividade.

31. Ver Fernando Cantuarias Salaverry. *Requisitos para ser árbitro*. *Revista Peruana de Arbitraje* 2/67 e ss. Lima: Magma, 2006.

32. *Harmonized approach to advocacy in international arbitration*. In: *The art of advocacy in international arbitration*. Nova Iorque: Juris Publishing, 2004.

33. Mostra a experiência que, em arbitragens internacionais em que participei como árbitro, se usou nos debates entre os árbitros no final da produção de prova o inglês ou o francês, ainda que a língua da arbitragem fosse o português.

34. Michael Buhler and Thomas Webster, *Handbook of ICC Arbitration*. London: Thomson, 2008, p. 122. Ver também Yves Derains e Eric Schwartz, *A guide to the ICC Rules of Arbitration*. Kluwer Law, 2005, p. 154 e ss.

35. Sinal claro disso é o regime de impedimentos e suspeições previsto no art.10.º da LAV, que regista a total falta de autonomia da questão, ao fazer à remissão dos impedimentos e suspeições para o regime aplicável aos juízes, que é manifestamente

inadequado para servir de referência, uma vez por excesso e outras por defeito, e sobretudo por limitar tal regime aos árbitros não nomeados por acordo das partes.

36. O regime do art. 10.º da LAV, pelos motivos mencionados na nota anterior e pela previsão de uma inaplicabilidade geral do regime de recusa de árbitro em relação ao árbitro pelas partes nomeado, demonstra essa insensibilidade.

37. "What the public was content to accept many years ago is not necessarily acceptable in the world of today" afirmou-se em *Lawall vs Northern Spirit Ltd* na Câmara dos Lordes, segundo citação de Lord Steyn, op. cit., p. 94.

38. Ver, por exemplo, o já mencionado suplemento do Boletim da ICC, de Selma Ferreira Lemes, o importante livro atrás citado, de Leon Trakman, *The impartiality and independence of arbitrators reconsidered* (*International Arbitration Law Review*, 2007, vol. 10, p. 999 e ss.), e da Desembargadora brasileira Fátima Nancy Andrichi. O perfil do árbitro e a regência da sua conduta pela Lei da Arbitragem (disponível em: [<http://bdjur.stj.gov.br/jspui/handle/2011/10079>]) e autores aí citados. Para além disso, os grandes manuais sobre direito de arbitragem já citados e outros, como *Arbitragem e processo* de Carlos Alberto Carmona (São Paulo: Atlas, 2006), as leis de arbitragem nacionais, os regulamentos de instituições arbitrais e os Códigos Deontológicos de instituições arbitrais nacionais e internacionais são elementos de estudo essenciais.

39. Ver Laurence Shorre and Justin d'Agostino. *Conflict rules*, Legal Business Arbitration Report. London, 2007, p. 18-21.

40. Ver sobre as Guidelines, para além do já citado artigo de Procopiak, Judith Gill, *The IBA Conflicts Guidelines - who's using them and how?* In: *Dispute resolution international*, vol 1, n. 1, jun. 2007, p. 58-72 e Otto de Witt Wijnen - que foi o Chairman do Comité que as elaborou - *The IBA Guidelines three years on*. In: *Independence of arbitrators* cit., p. 107-112.

41. Conforme refere Hugo Ibeas. *A escolha dos árbitros*. In: ALMEIDA, Ricardo (coord.). *A arbitragem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 193-198, "Quando muito, se for o caso, excepcionalmente, o árbitro indicado poderá advertir o advogado de que este ou aquele aspecto grave da controvérsia, até então não desenvolvido, deva receber atenção".