

Igualdade das Partes no Direito de Escolha dos Árbitros e a Complexidade do seu Exercício

Manuel Pereira Barrocas

RESUMO: O artigo tem por tema a escolha de árbitros pelas partes, não apenas quanto ao direito de seleção e nomeação, mas também, sobretudo, sobre a obrigação e a responsabilidade das partes de proceder a uma seleção e nomeação corretas de árbitros quanto à sua independência, imparcialidade e outros atributos essenciais.

ABSTRACT: The Article deals with the choice of arbitrators by the parties, not only in which concern the parties' right to select and nominate arbitrators, but also on the parties' obligation and liability to do a correct selection and nomination as to independence and impartiality as well as other essential features of arbitrators.

1. A escolha de árbitros e a igualdade na titularidade e no exercício do direito de escolha constitui um direito fundamental das partes em arbitragem.

E isso sucede por duas razões principais, primeiro, porque o princípio da igualdade das partes constitui um dos princípios fundamentais da arbitragem consagrado no artigo 21º, § 2. da lei de arbitragem brasileira (Lei nº 9.307/96 consolidada com a Lei nº 13.129/2015), no artigo 30º da LAV (Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa), no artigo 18º da Lei Modelo da UNCITRAL e em muitas outras leis.

Em segundo lugar, porque a escolha dos árbitros pelas partes constitui um dos principais e mais importantes atos do processo arbitral.

2. O tribunal arbitral é um órgão jurisdicional com poder (*auctoritas*) para resolver litígios, proferindo sentenças com a mesma força executiva das sentenças proferidas por um tribunal estadual de primeira instância (cfr. artigo 42º, nº 7, da LAV portuguesa).

Acresce, que na ordem jurídica de Portugal, os tribunais arbitrais têm reconhecimento e dignidade constitucional conferida pelo artigo 209º, nº 2, da Constituição.

3. Todavia, é um órgão sujeito a fragilidades próprias da sua génese privada, pois depende em muito da vontade das partes.

Na verdade, certos efeitos desta refletem-se determinadamente no processo arbitral, como é o caso da escolha pelas partes, na convenção de arbitragem, de certas regras a observar pelos árbitros no processo; a revogação da convenção de arbitragem por acordo das partes em qualquer momento da tramitação processual, provocando a cessação inevitável do processo arbitral; a celebração entre as partes de transação que igualmente ponha termo ao processo; o incidente de recusa de árbitro no decurso do processo arbitral; a ausência de cooperação das partes no desenvolvimento regular do trâmite processual; a guerrilha arbitral movida por uma ou mais das partes, etc..

4. Acresce, que sem a confiança das partes no árbitro ou árbitros e a cooperação ativa das partes na tramitação processual não há arbitragem ou, se ela ainda assim existe, é difícil conceber o bom exercício da função arbitral e será reduzida a eficiência dos árbitros.

5. Por tudo isto, é fundamental o cumprimento, pelas partes, esclarece-se por todas as partes, do que denominamos por Compromisso Essencial.

Este compromisso caracteriza-se pelas obrigações das partes de cumprimento, usando de *uberrima fides*, dos seus deveres recíprocos e para com o tribunal arbitral e o árbitro ou árbitros, conferindo a sua máxima cooperação à execução dos atos de constituição do tribunal, de estabilidade no processamento regular e eficiente dos trâmites processuais devidos e do respeito pela autoridade do árbitro ou árbitros.

6. O direito de escolha dos árbitros pelas partes constitui, pois, um tema que parece simples, mas que não é.

Sem dúvida que ele é fundamental no funcionamento da arbitragem. De tal modo que, a título de exemplo, a existência de listas de árbitros organizadas por certas instituições de arbitragem constitui, sem dúvida, um fenómeno que desvirtua o processo arbitral e constitui um incidente a evitar, se bem que em regra só ocorra supletivamente na falta de acordo das partes quanto à escolha de árbitros.

7. Por tudo o que se deixa dito, é escasso falar apenas do “direito de escolha” (*tout cour*) de árbitros pelas partes, pois trata-se na verdade de um poder-dever e não apenas de um direito.

Efetivamente, escolher um árbitro é tarefa que reveste alguma complexidade, pois trata-se acima de tudo de procurar uma pessoa competente nas matérias em equação no litígio, quer segundo a melhor técnica jurídica que seja apropriada à resolução do litígio, bem como, neste particular o melhor que seja possível, na compreensão pelo árbitro da questão sob outros pontos de vista do *thema decidendum* (de engenharia, de química, de física, de matemática, de contabilidade, etc.).

Porém, falta aqui ter em conta a vertente da responsabilidade das partes, de todas as partes em igualdade das suas obrigações, na escolha de árbitros, matéria que está para além do mero perfil técnico destes, pois que se refere a outras qualidades exigidas numa escolha correta.

8. Isto posto, é legítimo inquirir sobre a natureza jurídica da obrigação das partes de escolha dos árbitros, repetimos, de todos os árbitros que compõem o tribunal arbitral?

A resposta consiste em afirmar que se trata de uma obrigação plural das partes exercida a título próprio relativamente a cada um dos árbitros diretamente designados por elas e, bem assim, a título de delegação de poderes relativamente aos árbitros que não são diretamente designados por elas.

Assiste, em regra, a cada uma das partes o direito de designação de um árbitro – denominado usualmente, embora de modo incorreto, por árbitro de parte –, acrescentando a participação conjunta de todas as partes na escolha de um terceiro árbitro, de modo direto, mediante acordo, ou indireto através de acordo entre os árbitros de parte ou por delegação numa instituição de arbitragem. Mas, o

direito e a responsabilidade da escolha do conjunto de todos os árbitros pertence, também em conjunto, às partes.

9. O exercício deste mecanismo jurídico de direitos próprios e direitos delegados em terceiros para a escolha dos árbitros é, portanto, uma obrigação e responsabilidade de todas as partes.

Esta responsabilidade emerge clara na vinculação das partes ao pagamento dos honorários dos árbitros, pela parte vencida e condenada ao pagamento, incluindo entre estes, não somente os honorários do árbitro de parte nomeado pela parte condenada ao pagamento, mas também do árbitro nomeado pela parte(s) contrária(s), além dos honorários do terceiro árbitro.

Também os deveres de obediência pelas partes às decisões dos árbitros vinculam as partes independentemente da proveniência da decisão conjunta do tribunal poder compreender o voto nessa decisão do árbitro ou árbitros que não tenham sido nomeados pela parte obrigada ao cumprimento.

10. O fundamento jurídico desta vinculação de todas as partes às decisões dos árbitros e à responsabilidade pelo cumprimento das obrigações inerentes deve ser encontrado na lei de arbitragem aplicável e no direito da ordem jurídica a que ela pertence, na convenção de arbitragem e no próprio contrato de árbitro. Entrecruzam-se, pois, as disposições legais e contratuais a que as partes se encontram vinculadas.

11. Todavia, o dever de escolha correta dos árbitros pertencente às partes não se esgota na questão do seu perfil técnico, mas também nas qualidades de independência e de imparcialidade relativamente a todas as partes e, ainda, na escolha de um árbitro que cumpra rigorosamente a sua nobre função, designadamente não “advogando” a causa e os interesses da parte que o nomeou ou qualquer outra. Igualmente, que não prefigure a solução do litígio sem conhecer a prova, nem a importância da discussão da causa, que incumpra os deveres de assiduidade aos atos processuais, que utilize métodos entorpecentes da eficiência processual da arbitragem, etc..

12. Se bem que o incumprimento pelos árbitros de alguns destes deveres que lhes incumbem possa não ser imputável às partes nomeantes, pode suceder o contrário revelando-se algum efeito de atos ou omissões imputáveis às partes na origem do incumprimento pelos árbitros dos deveres que lhes pertencem.
13. Em suma, o que são reconhecidamente vantagens da arbitragem sobre outros meios de resolução de litígios pode, num ápice, transformar-se numa grande, penosa e custosa ineficiência do tribunal arbitral. Pode bastar que um dos árbitros seja erradamente escolhido.
14. Concretizando melhor os exemplos mais significativos dados de erros de escolha de árbitros ou, como lhe queiramos chamar, de escolha incorreta, são, entre outros:
- a predisposição de um árbitro quanto ao sentido da decisão arbitral ou do seu voto deliberativo na formação dela
 - o parcialismo na defesa ativa de uma parte e dos seus interesses
 - outras faltas graves, tais como a falta de assiduidade a atos do tribunal arbitral, a falta de disponibilidade ou o desinteresse pelo processo.
15. A propósito dos dois primeiros exemplos dados no número anterior, Thomas Webster escreveu, in *Arbitration International*, Kluwer, 2003, o seguinte:
- ... as partes não devem, sistematicamente, nomear co árbitro uma pessoa que reflita fielmente a posição assumida pela parte nomeante no processo, porque um árbitro nessas condições arrisca-se a ficar isolado dos restantes membros do tribunal. A regra-base quando se procede à nomeação de um árbitro de parte consiste em ter em conta que ele deve (1) poder, sem dúvida, compreender a posição assumida no processo pela parte nomeante (2) poder discutir com os outros membros do tribunal as questões processuais e substantivas (3) ser capaz de chegar a compromissos de resolução do litígio compatíveis com as expectativas razoáveis do árbitro nomeado pela*

contraparte e do árbitro presidente e (4) fazê-lo de tal forma que não seja considerado, durante o processo arbitral, como um mero advogado da parte que o nomeou.

16. Por sua vez, outro autor, Doak Bishop, in *The Art of Advocacy in International Arbitration*, disse:

Se alguém (de entre os árbitros) participa no processo arbitral com a decisão já tomada, na verdade atua como um verdadeiro advogado da parte, pois não partilha de uma mesma atitude relativamente ao caso com os restantes membros do tribunal e, por isso, não gozará da mesma credibilidade e capacidade de persuasão nas deliberações. Portanto, um árbitro que tenha uma predisposição mais abrangente e um espírito aberto é frequentemente uma melhor opção do que alguém que toma atitudes contraditórias e dúbias enquanto, simultaneamente, afirma a sua imparcialidade.

17. Entre os remédios possíveis para obviar ou enfrentar situações como as descritas incluem-se:

Quanto aos árbitros que prestam um mau serviço ao processo arbitral e ao tribunal arbitral:

- a) a sua destituição, em qualquer momento do processo, pelo próprio tribunal arbitral (é o caso do artigo 14º da LAV portuguesa, do artigo 13º da Lei-Modelo da UNCITRAL e, de algum modo, no artigo 20º da lei brasileira de arbitragem);
- b) a sua destituição pelo tribunal estadual competente, nos casos em que não seja possível que o seja pelo próprio tribunal arbitral;
- c) a responsabilização civil do árbitro verificada e declarada pelo tribunal estadual.

Quanto às partes (na ótica global, não apenas sobre o tema da errada escolha de árbitros, mas também quanto à responsabilidade emergente da sua atuação negligente ou dolosa no processo arbitral, designadamente pela prática de atos de guerrilha arbitral, por demora injustificada, com intuitos protelatórios do processo, na prática de atos relativos ao desenvolvimento dos procedimentos arbitrais, pelo uso de chicana processual, etc.):

- i) Pagamento, por determinação do tribunal arbitral, de uma compensação à outra ou outras partes, mesmo que o infrator seja, a final, a parte vencedora do processo (é a solução do artigo 42º, nº 5 da LAV portuguesa);
- ii) O direito da parte não faltosa a exigir em tribunal cível indemnização por perdas e danos por violação da lei ou da convenção de arbitragem, designadamente por perdas e danos com a demora anormal do processo.

Deve, porém, notar-se que o exercício deste direito, se bem que nos casos mais nítidos possa não ser particularmente difícil, todavia em muitos outros casos pode afigurar-se assaz difícil distinguir entre a atuação ilícita da parte no processo arbitral e a defesa lícita no contexto, por vezes exacerbado, das partes no ambiente próprio da discussão do litígio.

Em conclusão, pode ser encontrado no que acabámos de dizer a solução sobre o que é o processo devido em arbitragem e os remédios a adotar para sancionar e impedir que existam, quer comportamento maliciosos e perturbadores tendentes a enfraquecer o papel e a eficácia da arbitragem, quer os casos mais extremos do que se tem designado por guerrilha arbitral.

Qualquer dos comportamentos descritos são altamente prejudiciais à estabilidade e ao sucesso da arbitragem. A arbitragem tem os seus aspetos de alguma fragilidade relativamente à jurisdição judicial. Deve, por isso, mais do que protegi-la, respeitá-la para que ela possa continuar a desempenhar o seu importante papel na resolução dos conflitos emergentes, quer da vida económica em geral, quer das relações entre a Administração Pública e o setor privado da economia, hoje cada vez mais emergente.

A arbitragem não pode ficar refém de atuações tendentes a subverte-la e a entorpecer ou manchar a sua credibilidade e eficiência.

Lisboa, Outubro de 2017

Manuel Pereira Barrocas