

MANUEL PEREIRA BARROCAS

**PROCESSO ARBITRAL CORRETO OU
GUERRILHA ARBITRAL? O MAU EXEMPLO
DE MAUS PROFISSIONAIS**



Separata da Revista da Ordem dos Advogados
Ano 72, IV — Lisboa, Out.-Dez. 2012

PROCESSO ARBITRAL CORRETO OU GUERRILHA ARBITRAL? O MAU EXEMPLO DE MAUS PROFISSIONAIS(*)

*Pelo Dr. Manuel Pereira Barrocas(**)*

SUMÁRIO:

1. A Natureza Consensual da Arbitragem. 2. Os Deveres dos Árbitros para com as Partes. 3. Os Deveres das Partes entre si e para com o Tribunal Arbitral. 4. O Árbitro e o Juiz. 5. A Natureza Iminentemente Contenciosa do Processo Judicial. 6. A Natureza Iminentemente Prag-

(*) Este artigo pretende analisar um fenómeno que se tem generalizado nalguns países, incluindo os EUA, e que consiste na introdução no processo arbitral de táticas de condução do processo por partes e seus representantes que significam, no mínimo, tudo o que há de mais contrário aos princípios fundamentais da Arbitragem e, sobretudo, aos seus valores e sentido útil.

As partes que escolhem a Arbitragem como meio civilizado de resolução de litígios acabam por transpor, em regra no decurso do processo e a partir de certa altura, para dentro dela o carácter ferino do litígio.

Ora, a Arbitragem requer das partes cooperação e boa fé, motivo por que não têm cabimento aquelas práticas.

Uma das razões que contribui para aquele fenómeno anómalo consiste no facto de o processo arbitral se caracterizar, em princípio, pela inexistência de recursos do laudo para o tribunal judicial, restando às partes a via da ação de anulação. A criação fraudulenta de fundamentos legais de anulação constitui, assim, para os tementes da derrota no final do processo arbitral, uma suposta via de salvação possível.

O que fazer para obviar a isto?

A resposta a esta pergunta consta das páginas seguintes.

(**) Advogado e Árbitro.

mática do Processo Arbitral. 7. A Inexistência, em Princípio, de Recursos no Processo Arbitral. 8. A Importância da Boa Fé das Partes em Arbitragem. 9. Medidas de Preservação da Arbitragem.

1. A Natureza Consensual da Arbitragem

São conhecidas as diferenças entre o processo arbitral e o processo judicial. O primeiro nasce exclusivamente da vontade das partes em procurar uma justiça tendencialmente diferente da que lhe pode ser oferecida pelos tribunais estaduais.

As partes sabem que, com essa opção, ficarão privadas de uma via de recurso da decisão final do tribunal arbitral, a qual só acontecerá, em regra, se as partes expressamente tiverem acordado que dele não prescindem.

As partes também sabem que o processo arbitral é, em princípio, mais consensualizante do que o processo judicial que é eminentemente litigioso e disciplinado em boa parte por disposições legais cominatórias.

Também sabem que pode ser necessária a ajuda do tribunal judicial para a obtenção de alguma menor eficácia do processo arbitral relativamente ao processo judicial, quer para a obtenção de prova, designadamente por forma a conseguir a colaboração de terceiros estranhos ao processo arbitral, quer em alguns outros, poucos, domínios.

Mas, igualmente, ao invés, também sabem que têm possibilidade de participar na composição do tribunal arbitral e que, dessa forma, está no domínio da sua vontade a escolha dos árbitros ou, ao menos, de parte deles, e assim aquilatar dos seus atributos técnicos e idoneidade.

O perfil ideal de uma parte é aquele que a descreve como uma pessoa ou entidade que, não apenas não desconhece tudo o que antes se disse, mas também que não desconsidera, durante todo o processo arbitral, o comportamento que lhe é requerido perante a contraparte e perante o tribunal arbitral.

2. Os Deveres dos Árbitros para com as partes

Cada árbitro e o conjunto das partes estão ligados entre si por um vínculo jurídico-contratual que lhes impõe certos deveres e também lhes atribui certos direitos.

Este contrato (*contrato de árbitro*) tem uma natureza jurídica peculiar, porque vincula as partes e o(s) árbitro(s) quanto aos direitos e deveres que lhes são próprios, mas, simultaneamente, só pode ser executado desde que esteja assegurada a plena independência dos árbitros no âmbito da sua capacidade decisória do litígio e da condução do processo.

Isto é, o árbitro obriga-se, com imparcialidade, além de independência, a decidir um litígio, organizando e conduzindo um processo próprio, visando aquele objetivo.

Como contrato que é, as partes, na sua execução, ficam sujeitas a observar, para além dos deveres ou obrigações específicos próprios, também os deveres gerais relativos ao contrato, designadamente os deveres da boa fé e outros.

Detalhando, os árbitros devem obediência aos seguintes deveres:

- dever de disponibilidade e assiduidade às audiências ou sessões internas do tribunal
- dever de organização da instância arbitral
- dever de controlo do tempo
- dever de confidencialidade
- dever de condução da instância
- dever de conhecimento dos pedidos formulados.

Por sua vez, assistem-lhe, entre outros, os seguintes direitos:

- direito à cooperação leal e de boa fé das partes
- direitos relativos à sentença arbitral (direitos a participar na deliberação, a dissentir dos outros árbitros e a formular voto de vencido por escrito).

De entre estes direitos, avulta o da obtenção de cooperação leal e de boa fé das partes, o que significa, obviamente, o correspondente dever das partes de satisfazer esse direito.

3. Os Deveres das Partes entre si e para com o Tribunal Arbitral

As partes devem proceder entre si do mesmo modo, ou seja, usando de boa fé nas suas relações.

Esse procedimento não prejudica o caráter litigioso da disputa e a liberdade das partes de escolher a melhor estratégia na defesa dos seus direitos e interesses.

Todavia, com uma forte limitação. As partes não podem esquecer que optaram por se sujeitar a um método de resolução de litígios por cujo funcionamento correto e eficiente se torna necessário que assumam, comprometidamente, uma atitude de leal colaboração com o tribunal arbitral, por forma a que este possa cumprir adequadamente a sua função.

O processo arbitral, sem prejuízo das normas processuais que as partes possam acordar, designadamente as constantes de regulamentos de instituições arbitrais, ou as que, na sua falta, os árbitros possam fixar, não está em geral organizado de modo particularmente cominatório para as partes, de tal modo que, ao contrário do que sucede no processo judicial, o incumprimento de prazos ou outros comportamentos não têm consequências peremptórias normativamente pré-fixadas.

Também os árbitros não dispõem do poder do juiz para impor medidas coercivas.

Na verdade, se, neste contexto, as partes não prestarem uma colaboração leal com o tribunal arbitral, certamente que o trabalho deste será afetado em prejuízo das partes ou de alguma delas.

É certo que, para além das normas legais ou regulamentares aplicáveis, os árbitros podem fixar, sobretudo no início do processo, certas regras de conteúdo ético-jurídico, cuja não observância será tida em conta pelo tribunal arbitral, seja no domínio da prova, seja para outros efeitos. Mas, esta medida pode não ser suficiente.

4. O Árbitro e o Juiz

O que fica dito serve para evidenciar que o árbitro dispõe e utiliza *auctoritas* na condução do processo arbitral e na prolação da sentença, a qual dispõe da autoridade do caso julgado e com a mesma força executiva de uma sentença judicial.

Ao invés, o juiz tem ao seu serviço, como é sabido, um poder mais eficaz do que o do árbitro. Como titular de um órgão de soberania e como agente da justiça em nome da comunidade, está munido de uma força (*potestas*) que o autoriza, dentro da lei, a assumir decisões de efeito coercivo e de amplo cariz cominatório na dinâmica processual.

5. A Natureza Iminentemente Contenciosa do Processo Judicial

A ausência de consensualidade no processo judicial exclui o entendimento prévio das partes sobre o litígio e o modo de o resolver.

Isso tem, naturalmente, um impacto de cariz próprio na motivação das partes para encarar o modo de resolução do litígio.

A parte demandada é conduzida forçadamente a tribunal pela parte demandante e é neste contexto que as partes manifestam contenciosamente as suas posições.

Em arbitragem, as partes assumiram, como é natural, a possibilidade de sobrevir, ou já existir, um litígio, mas de forma concertada acordaram no modo de o resolver, conhecendo bem as diferenças entre resolver um litígio em arbitragem ou num tribunal estadual como já se evidenciou.

6. A Natureza Iminentemente Pragmática do Processo Arbitral

No processo arbitral o que importa, acima de tudo, é resolver o litígio pelo modo mais célere e pela melhor forma que o árbitro ou árbitros designados possam fazer.

Todo o processo é orientado pelo pragmatismo da melhor e mais rápida solução que seja possível.

O árbitro não necessita, assim, de proceder a uma fundamentação jurídica exaustiva que pode eventualmente dignificar o magistrado, mas não se coaduna com as características da arbitragem. Todavia, importa sublinhar, o árbitro não está de modo algum dispensado de fundamentar o laudo arbitral.

7. A Inexistência, Em Princípio, de Recursos no Processo Arbitral

A irrecorribilidade, como regra, das sentenças arbitrais, se bem que facilite a rapidez da resolução definitiva do litígio, pode contribuir para que maus profissionais utilizem o expediente que constitui o tema deste artigo: a criação intencional de fundamentos improcedentes que vise uma eventual anulação da sentença arbitral.

Nesse caso, o processo arbitral fica viciado pela utilização abusiva de meios fraudulentos claramente violadores da boa fé e da leal colaboração das partes que constitui um pressuposto fundamental do processo arbitral.

Na verdade, um mau profissional pode supor, no decurso do processo arbitral, que um resultado eventualmente desfavorável da arbitragem para os interesses do seu constituinte pode vir a ocorrer.

Face a essa possibilidade e na ausência de recurso da decisão, o expediente utilizado pode consistir em construir fundamentos inventados na esperança de impressionar um tribunal estadual a anular posteriormente a sentença arbitral.

Esta lamentável atitude deve ser contrariada firmemente como se desenvolverá de seguida.

8. A Importância da Boa Fé das Partes em Arbitragem

Para além do que se deixou dito sobre a boa fé e a leal cooperação das partes com o tribunal arbitral e, no fundo, com o processo arbitral, o que se evidencia manifestamente é que, na falta daqueles requisitos, o árbitro se encontra numa posição de algum modo vulnerável.

Não dispendo mais do que a simples autoridade que a lei e a convenção de arbitragem lhe conferem, sem a possibilidade ou com possibilidade diminuta de aplicação de medidas compulsórias imediatas e eficazes, fica relativamente à mercê de partes pouco escrupulosas.

Em que consistem alguns destes meios fraudulentos?

- 1) Expedientes destinados a retardar a constituição do tribunal arbitral ou o seu prosseguimento, nomeadamente a formulação de incidentes processuais, por vezes múltiplos, sem fundamento e, frequentemente, sem sentido racional.
- 2) Recusa injustificada de árbitros, designadamente no decurso da instância arbitral, muito frequentemente com fundamento em alegada falta de imparcialidade ou de independência.
- 3) Ameaça injustificada de utilização de meios impugnatórios da atividade do tribunal arbitral e, sobretudo, da sentença arbitral.
- 4) Ameaça injustificada de instauração de ações de responsabilidade civil contra os árbitros.

Ora, estes e outros meios, se forem fundamentados e pertinentes, são naturalmente legítimos.

Mas, se isso não suceder, a parte que utiliza esses expedientes claramente viola a lei, a convenção de arbitragem e possivelmente o próprio contrato de árbitro.

Efetivamente, tal como sublinham Jean-François Poudret / Sébastien Besson, in “Droit comparé de l’arbitrage International”, pág. 339 e segs., entre outros, a natureza jurídica da convenção de arbitragem situa-a no campo dos contratos simultaneamente

instrumentais de vinculação das partes a recorrer a arbitragem e substantivo porque ela é fonte de direitos e obrigações de natureza contratual próprios. Um exemplo é o da responsabilidade pelos custos do processo judicial destinado a obter a declaração da incompetência do tribunal judicial em que ocorre a parte que, inobservando a existência de uma convenção de arbitragem, intentou a ação destinada a resolver o litígio num tribunal estadual.

Ora, a violação de uma convenção de arbitragem pelo uso abusivo do processo arbitral pode fundamentar uma ação de responsabilidade civil contra a parte infratora, quer por ter determinado uma resolução tardia do litígio, quer pelo aumento dos custos e demais encargos da arbitragem e outros.

Do mesmo modo, e como se disse, aquelas condutas podem significar igualmente a violação do próprio contrato de árbitro pela parte que as tenha assumido. Essa responsabilidade pode, certamente em casos graves, justificar uma ação de responsabilidade civil intentada pelo árbitro ou árbitros.

9. Medidas de Preservação da Arbitragem

Embora de forma relativamente diminuta, existe todavia um número não desprezível de casos, em certos países, designadamente nos EUA, de práticas de guerrilha na arbitragem.

É certo que, por exemplo, a recusa de árbitros na CCI tem diminuído ultimamente, apesar da introdução recente nas novas Regras de Arbitragem do conceito de imparcialidade, ao lado do conceito de independência. Em 2011, foram formulados 38 pedidos de recusa de árbitros, entre várias centenas de novos processos arbitrais, representando apenas 7% dos novos processos. Mas, destes, somente 3 pedidos foram aceites pelos tribunais judiciais.

O aparecimento recente de suporte financeiro pelas instituições de crédito às partes do processo arbitral para financiar os custos pode constituir um risco adicional de aumento da litigiosidade também no domínio da guerrilha.

Isto posto, cabe perguntar que medidas de preservação da Arbitragem devem ser observadas?

Em primeiro lugar, as leis arbitrais. A exemplo do que sucede, em geral, na lei de processo dos tribunais estaduais, mediante a utilização do instituto da litigância de má fé, também aos árbitros deve ser reconhecida pela lei a possibilidade de valorarem e sancionarem a conduta das partes.

A nova lei de arbitragem portuguesa, no seu artigo 42.º, número 5, aliás em sentido semelhante ao estabelecido no §1057(1) da Lei Alemã, prevê a possibilidade de o tribunal arbitral condenar a parte a compensar a outra ou outra parte(s) pelos custos desnecessários suportados em resultado de uma atuação violadora dos deveres de comportamento processual assinalados.

Em segundo lugar, os estatutos disciplinadores da profissão de advogado devem, quando for o caso, melhorar as normas de ética profissional. A propósito, o Estatuto da Ordem dos Advogados português contém duas disposições importantes neste domínio.

O artigo 76.º (1) estabelece que *O Advogado deve, no exercício da profissão e fora dela, considerar-se um servidor da justiça, e do direito e, como tal, mostrar-se digno da honra e das responsabilidades que lhe são inerentes.*

Por sua vez, o artigo 78.º: *Constituem deveres do advogado para com a comunidade:*

.....

- b) *Não advogar contra lei expressa, não usar de meios ou expedientes ilegais, nem promover diligências reconhecidamente dilatórias, inúteis ou prejudiciais para a correcta aplicação da lei ou descoberta da verdade.*

Em terceiro lugar, os regulamentos de instituições arbitrais podem também contribuir para o mesmo objetivo.

Em quarto lugar, a remissão por acordo das partes, na convenção de arbitragem ou na ata de missão, para normas preparadas por organizações internacionais sobre conflitos de interesse e ética profissional, como é o caso das *IBA Guidelines on Conflicts of Interest*. Muito embora estas normas se refiram, sobretudo, ao árbitro e

ao seu estatuto de independência, o certo é que podem auxiliar muito, se tiverem sido adotadas pelas partes na resolução de alguns dos principais conflitos emergentes de alegadas faltas de independência do árbitro e, assim, de forma conexas a sua imparcialidade.

Mas, noutra perspetiva as *IBA Principles on Conduct for the Legal Profession* e as *IBA Rules of Ethics for International Arbitrators* têm também a sua importância.

O disposto no número 2.1 do primeiro documento tem particular interesse relativamente aos deveres comportamentais dos advogados perante os tribunais.

Em quinto lugar, os magistrados judiciais devem estar avisados para perscrutar nas sentenças e nos processos arbitrais, quando lhe seja suscitado por uma parte a declaração da nulidade da sentença arbitral, o que deve ser considerado fundamentado e digno de acolhimento e, ao contrário, os pedidos anulatórios que sejam evidenciados como meramente infundamentados e especulativos, integrados numa tática de guerrilha arbitral.

Em sexto lugar, os árbitros devem ser alertados para a necessidade, se o julgarem conveniente e, sobretudo, na Ata de Missão, de deixarem as partes informadas de que as atitudes que revelem táticas de guerrilha serão analisadas na perspetiva adequada, nomeadamente quanto à prova dos factos ou outros efeitos.

Por fim, em sétimo lugar, devem os árbitros, não só revelar, em particular, especiais cuidados na declaração inicial, ou subsequente, das suas ligações, diretas ou indiretas, próximas ou remotas, às partes, aos seus advogados e mesmo aos restantes árbitros, bem como evitar, durante o processo arbitral, a criação ou a manutenção de ligações de natureza social com os interesses ou as pessoas em litígio e seus representantes.

Lisboa, dezembro de 2012

MANUEL PEREIRA BARROCAS