

A COMPLEXA QUESTÃO DA ESCOLHA DE ÁRBITRO PELAS PARTES

Por Manuel Pereira Barrocas(*)

A escolha de árbitro pelas partes constitui um dos mais importantes atos do processo arbitral, pois dele pode depender, em grande medida, a regularidade do processamento e, muito particularmente, o sentido do veredito final.

A escolha de árbitro parece tarefa simples, mas não é, dado que é muito mais complexa do que à primeira vista pode parecer. O tribunal arbitral é um órgão jurisdicional, pois tem o poder de resolver litígios, mas também é um órgão que denota algumas fragilidades que são, em síntese, as que resultam da sua dependência nuclear da vontade das partes. Deste modo, tal como nasce da convenção de arbitragem termina com ela se for revogada pelas partes ou, ainda, se ela for nula ou ineficaz.. Está também à mercê de transações das partes destinadas a por termo ao litígio por acordo e está também sujeito ao incidente de recusa de árbitro formulado por qualquer das partes, no caso do direito português nos termos do art. 13.º e ss., da LAV. Todas estas questões constituem consequências naturais da natureza voluntária da arbitragem. Nenhuma crítica sobre isto pode, portanto, ser feita.

Neste contexto, e também sem obviamente ser caso de considerar, por aquelas razões, diminuída a autoridade do tribunal arbitral, é todavia indispensável salientar a importância da cooperação ativa das partes para que o tribunal arbitral funcione normalmente, tenha estabilidade e seja útil. Denomino, nos escritos que tenho feito sobre esta matéria, por *compromisso essencial* um conceito que é absolutamente fundamental em arbitragem e que se traduz, em termos práticos no aspeto particular desta temá-

(*) Advogado e Árbitro.

tica, no seguinte: não faz qualquer sentido as partes terem inicialmente optado pela arbitragem e, depois, dificultarem desnecessariamente o trabalho do tribunal mediante práticas contrárias à sua natureza e finalidade. Constitui, pois, violação daquele compromisso qualquer atuação grave em contrário.

A igualdade das partes na escolha dos árbitros é basilar, sem dúvida, a tal ponto que muito diminuído fica este direito quando se elaboram listas de árbitros que são propostas por instituições de arbitragem, felizmente em regra apenas com caráter supletivo, ou seja, no caso de as partes não chegarem a acordo quanto à designação dos árbitros, mas em alguns casos, embora mais limitados, certas instituições arbitrais propendem a proceder, elas próprias, à escolha dos árbitros ou de algum deles, como pode ser o caso do terceiro árbitro, limitando o poder de decisão das partes na matéria, esquecendo que uma das grandes vantagens da arbitragem sobre a jurisdição estadual consiste na possibilidade de as partes escolherem de forma igualitária os julgadores.

Esta faculdade é tão importante quanto é certo que dela depende, em regra, a origem e o fortalecimento do laço de confiança das partes no tribunal arbitral. Uma arbitragem sem gozar da confiança das partes nos árbitros não é salutar e é difícil de conceber.

Mas falar apenas em direito de escolha de árbitros é escasso, porque este direito condicionado é um poder-dever, isto é, as partes não têm apenas o direito de escolher um árbitro, mas têm também deveres relativamente à pessoa que escolhem para constituir o tribunal arbitral. São deveres específicos de todas as partes para com o tribunal arbitral, para com o processo arbitral e para com as co-partes.

Enfim, está em causa o princípio do efeito útil da arbitragem, que implica o poder-dever solidário das partes na nomeação de todos os árbitros, não apenas do árbitro normalmente designado por árbitro de parte. Em síntese, todas as partes nomeiam todos os árbitros, embora por vezes isso não transpareça, mas na realidade é isso que acontece. Para demonstrar melhor esta afirmação, vejamos dois exemplos, entre muitos outros: a obrigação de pagamento dos honorários dos árbitros e a vinculação das partes ao cumprimento das decisões do tribunal arbitral independentemente de quem o constitui.

Na verdade, sobre o primeiro exemplo, a parte condenada pelo tribunal a pagar os honorários dos árbitros paga, salvo acordo em contrário das partes, os honorários de todos os árbitros e não apenas daquele que ela nomeou. Igualmente o regime do art. 17.º, n.º 5, da LAV, é relevante na demonstração exemplificativa do que se deixa dito.

Sobre o segundo exemplo dado, a autoridade dos árbitros relativamente aos atos processuais e ao dever que incumbe às partes de os praticar promana de todos os árbitros, incluindo do árbitro designado pela co-parte ou co-partes.

Portanto, do que se trata é de um dever solidário entre as partes resultante de uma delegação e partilha entre elas do poder de escolha dos árbitros e da assunção concomitante das suas responsabilidades pela boa constituição e funcionamento do tribunal arbitral. Na verdade, como se deixou dito, uma parte não nomeia apenas o árbitro que lhe compete nomear, diretamente quando as partes estão de acordo, ou indiretamente através dos próprios árbitros de parte quando isso não sucede.

É, portanto, devido àquela dupla faceta cristalizada no conceito de poder-dever do fenómeno da escolha de árbitro que o tema se torna mais complexo do que parece de relance.

O fundamento jurídico daquela interdelegação e partilha do poder das partes relativamente à escolha de todos os árbitros reside na convenção de arbitragem, na lei arbitral aplicável e/ou no regulamento de arbitragem de uma câmara arbitral e, ainda, no contrato de árbitro. Por isso uma parte só cumpre devidamente o seu dever se, efetivamente, escolher corretamente o árbitro ou os árbitros.

Escolher corretamente significa eleger um árbitro independente, imparcial e eficiente. Sem que isso se verifique, o que é, como se sabe, uma vantagem da arbitragem relativamente à jurisdição judicial, o processo arbitral pode transformar-se numa grande, penosa e custosa ineficiência, dado que para que isso suceda basta que um dos árbitros seja incorretamente escolhido e exemplos de incorreta escolha encontramos vários, citando: o parcialismo na defesa ativa dos interesses de uma das partes por árbitros que não são independentes ou não são imparciais, a pré-disposição quanto ao sentido da decisão final do processo ou ainda outras faltas graves, tais como a falta ou insuficiência de presença e assiduidade aos atos arbitrais ou o desinteresse pelo processo.

Dois autores de língua inglesa, *Thomas Webster, in Arbitration International Kluwer 2003*, escreveu, em resumo: “*as partes não devem sistematicamente nomear um co-árbitro, que seja uma pessoa que reflita fielmente a posição assumida pela parte nomeante no processo, porque um árbitro nestas condições arrisca-se a ficar isolado dos restantes membros do tribunal*”.

Por sua vez, *DOAK BISHOP, in The Art of Advocacy*, escreveu: “*Se alguém de entre os árbitros participa no processo arbitral com a decisão já tomada, na verdade atua como um verdadeiro advogado de 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”.

Remédios possíveis e necessários para obviar a estas situações anómalas podemos citar, quanto aos árbitros, a sua destituição pelo tribunal arbitral — é o caso da lei portuguesa nos termos do disposto no art. 15.º da LAV — ou pelo tribunal judicial se não for possível obtê-la pelo tribunal arbitral, bem como a responsabilização cível do árbitro que atue de forma deliberada com ausência de independência e/ou de imparcialidade.

Quanto às partes, também elas podem ser responsabilizadas por estas situações, não só pela errada nomeação dos árbitros, mas, sobretudo, por atuação em geral no processo arbitral de má fé, por maliciosa atuação, por “*chicana processual*” ou mediante a prática de guerrilha arbitral.

Os remédios para estes casos são, entre outros: o pagamento de compensação determinada pelo próprio tribunal arbitral pela parte faltosa à outra ou outras partes mesmo sendo aquela a parte vencedora, e também a possibilidade de responsabilização civil apurada em tribunal estadual.

Em ambos os casos existe, todavia, uma barreira, uma dificuldade de monta, que é a distinção precisa entre *atuação ilícita* no processo e *defesa lícita* dos seus direitos pela parte, dado que não é fácil separar as duas realidades, sabendo-se que apenas a primeira constitui violação da lei e/ou da convenção de arbitragem e, eventualmente, do contrato de árbitro. Na verdade, aqueles conceitos podem apresentar facetas comuns no seu exercício e têm frequentemente uma fronteira ténue.

Creemos firmemente que mediante a criteriosa utilização destes remédios pode residir neles um antídoto contra a guerrilha arbitral e outras atuações graves das partes contra o tribunal arbitral e o processo arbitral e logo contra os interesses e direitos legítimos em equação no processo e, bem assim, contra a eficiência e a credibilidade da arbitragem.

O tribunal arbitral é, pois, uma tarefa e uma responsabilidade de todas as partes quanto à sua estabilidade, eficácia e eficiência. A arbitragem não pode, de modo algum, ficar refém das ilícitas anomalias descritas.