

A DESIGNAÇÃO DOS ÁRBITROS: EM DEFESA DO ÁRBITRO NATURAL

Por Paulo de Tarso Domingues(*)

SUMÁRIO:

1. A importância da designação dos árbitros. **2.** Princípios axiais a observar: igualdade de armas e processo equitativo. **3.** A igualdade de armas: o regime da designação dos árbitros nas arbitragens multilaterais (o caso Dutco e o artigo 11.º da LAV). **4.** A designação dos árbitros por terceiro. **5.** O árbitro natural como pressuposto de um processo equitativo. **6.** Proposta de regime para a designação do árbitro natural.

1. A importância da designação dos árbitros

A designação dos árbitros para um tribunal coletivo⁽¹⁾ — conforme determina o art. 10.º da Lei de Arbitragem Voluntária (LAV)⁽²⁾ — é efetuada indicando cada parte um árbitro, cabendo depois a estes escolher um terceiro árbitro que presidirá. Se uma parte não indicar o árbitro que lhe compete designar ou não chega-

(*) Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Sócio da Abreu Advogados.

⁽¹⁾ Para um tribunal singular, se as Partes não chegarem a acordo sobre a sua designação, caberá ao Tribunal da Relação a sua designação (cf. arts. 10.º, n.º 3, e 59.º, LAV).

⁽²⁾ A LAV atual foi aprovada pela Lei 63/2011, de 14 de dezembro.

rem a acordo sobre o árbitro presidente, caberá ao Presidente do Tribunal da Relação designar o ou os árbitros em falta.

As partes têm, pois, na constituição do tribunal, um importante papel, na medida em que cabe a cada uma delas designar um dos membros do colégio arbitral que irá decidir o litígio.

Numa abordagem menos avisada, poderia pensar-se que esta é uma decisão de somenos importância, uma vez que os árbitros terão obrigatoriamente de ser independentes e imparciais⁽³⁾. Com efeito, a lei impõe (cf. art. 9.º, n.º 3, LAV)⁽⁴⁾ que qualquer árbitro — mesmo o designado pela parte — deva ser independente e imparcial e desempenhar tais funções de forma isenta⁽⁵⁾.

A verdade, porém, é que a escolha do árbitro, pela parte, é talvez a mais importante decisão das partes na arbitragem⁽⁶⁾.

Não se pode olvidar que a nomeação do árbitro pela parte é sempre interessada e interesseira; a parte não quer justiça; a parte quer ganhar o processo! E, por isso, ela vai procurar indicar um árbitro que sabe que está próximo das suas posições (e nunca, p. ex., um que tenha defendido o contrário daquilo que ela sustenta no processo!) e que seja uma pessoa persuasiva ou com *auctoritas* para convencer o tribunal. E tentará também, por vezes, que seja um árbitro com o qual possa falar e trocar impressões no decurso da arbitragem⁽⁷⁾ e até, em casos mais patológicos, que seja alguém

(3) Sobre as noções de imparcialidade, independência e neutralidade, pode ver-se o excelente texto de GALVÃO TELES, MIGUEL, “A independência e imparcialidade dos árbitros como imposição constitucional”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. III, Almedina, 2011, pp. 251 e ss., e ROZAS, JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ, “Clearer ethics guidelines and comparative standards for arbitrators”, in *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 414 e ss.

(4) A independência e imparcialidade dos árbitros é, de resto, uma solução constitucionalmente imposta, como mais bem se explicitará abaixo. Sobre a matéria, vide GALVÃO TELES, MIGUEL, “A independência e imparcialidade dos árbitros...”, *ob. cit.*, pp. 251 e ss.

(5) Sendo que essa falta de independência ou imparcialidade de qualquer árbitro — ainda que de um árbitro designado por uma parte — é fundamento para a anulação da decisão arbitral.

(6) Vide, a propósito, LOUSA, NUNO, “A escolha dos árbitros: a mais importante decisão das partes numa arbitragem?”, in *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Almedina, 2012, pp. 15 e ss.

(7) Apesar de as regras deontológicas proibirem, como regra, a comunicação dos

que consiga influenciar nas decisões e posições que venha a adotar na arbitragem. E, se possível, que, em cima disso, aparente a maior independência...

Ou seja, a parte vai procurar o “melhor árbitro possível”⁽⁸⁾; o melhor árbitro possível, note-se, não para o processo arbitral, mas para si que é parte interessada no desfecho do processo⁽⁹⁾...

Seja como for, e ainda que o árbitro indicado não corresponda às características acima referidas, é normal — é da natureza das coisas! — que, por mais idóneo e correto que possa ser, ele esteja mais recetivo para acolher e defender a posição da parte que o indicou.

Nos EUA foi, aliás, levado a cabo um estudo onde se demonstrou que há “uma predisposição cognitiva do árbitro de parte para favorecer a parte que o indicou”⁽¹⁰⁾. O estudo consistiu num inquérito feito a mais de duas centenas e meia de árbitros de todo o mundo, onde lhes era apenas pedido que se pronunciassem sobre a repartição das custas num hipotético processo arbitral. Os participantes foram informados aleatoriamente de que haviam sido indicados por uma das partes, por acordo conjunto das partes, ou simplesmente que haviam sido designados árbitros, sem qualquer informação sobre a identidade de quem os tinha nomeado. Apesar de se tratar de um caso hipotético e de a questão respeitar apenas aos encargos do processo, os participantes a quem tinha sido dito que haviam sido indicados por uma das partes inclinavam-se em número substancialmente superior — relativamente àqueles a quem não tinha sido dada tal indicação — para imputar as custas exclusivamente à parte que não os havia indicado.

árbitros com as partes. Cf., p. ex., entre nós, o art. 5.º do Código Deontológico da Associação Portuguesa de Arbitragem.

⁽⁸⁾ Cf. LOUSA, NUNO, “A escolha dos árbitros...”, *ob. cit.*, p. 18.

⁽⁹⁾ Numa frase famosa de um conhecido arbitralista, esse árbitro será aquele que tem a máxima predisposição em favor do cliente, mas que aparenta o mínimo de parcialidade. Cf. HUNTER, MARTIN, “Ethics of the international arbitrator”, in *Arbitration*, Bol. 53, 1987, pp. 222-223, que refere que as características que procura quando tem de indicar um árbitro de parte é que seja uma pessoa “with maximum predisposition towards [the] client, but with minimum appearance of bias”.

⁽¹⁰⁾ Cf. PUIG, SERGIO e STREZHNEV, ANTON, “Affiliation bias in arbitration: an experimental approach”, in *Arizona Legal Studies*, August 2016, que se pode ler em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2830241>, p. 1.

Pode, pois, afirmar-se com alguma segurança que há uma predisposição implícita, um viés implícito e inconsciente do árbitro para favorecer a parte que o indicou, por mais que tente manter a sua independência e imparcialidade⁽¹¹⁾.

Donde, não é indiferente (de todo!) para o desenrolar do processo arbitral, a indicação do árbitro pela parte, pelo que é essencial que se procure assegurar ao máximo a sua independência e imparcialidade — como é das *leges artis*⁽¹²⁾ — e que se garanta o princípio da igualdade de armas na sua designação⁽¹³⁾.

2. Princípios axiais a observar: igualdade de armas e processo equitativo

Com efeito, não se pode olvidar que uma das traves mestras da arbitragem é o princípio da igualdade de armas, o princípio da igualdade entre as partes que, entre nós, se encontra legislativamente consagrado no art. 30.º, n.º 1, al. *b*), LAV, e cuja inobservância possibilita, de resto, a anulação da sentença arbitral (cf. art. 46.º, n.º 3, al. *a*), *item ii*), LAV).

Este princípio aplica-se a todos os momentos do processo arbitral, e, portanto, também ao momento inicial da designação dos árbitros.

Por outro lado, os tribunais arbitrais — que têm, de resto, consagração constitucional entre nós⁽¹⁴⁾ — exercem uma função jurisdicional semelhante à dos demais tribunais, tendo as suas decisões a mesma força que as decisões dos tribunais estaduais (art. 42.º, n.º 7, LAV). Daí que também aos tribunais arbitrais se

(11) Situação que será menos provável suceder quando o árbitro é nomeado por uma terceira entidade e não pela parte, conforme resulta, aliás, do estudo indicado na nota anterior.

(12) Cf. art. 9.º, n.º 3, LAV.

(13) Cf. o princípio geral afirmado no art. 30.º, n.º 1, al. *a*), LAV.

(14) Cf. art. 209.º, n.º 3, da CRP.

aplique o comando constitucional do art. 20.º, n.º 4, Constituição da República Portuguesa (CRP)⁽¹⁵⁾ que impõe, para além do mais, que todo e qualquer processo jurisdicional tem de ser equitativo. Ora, como sublinha Miguel Galvão Teles, “a imparcialidade de quem julga representa, a par da independência, requisito mínimo do processo equitativo”⁽¹⁶⁾. Ou seja, um processo equitativo supõe necessariamente julgadores independentes, pelo que se no processo arbitral não ficar assegurada a independência e imparcialidade dos árbitros, essa solução será não apenas ilegal como inconstitucional.

Importa, por isso, analisar se o modo de designação dos árbitros assegura tais princípios axiais da arbitragem (a igualdade de armas e o processo equitativo).

3. A igualdade de armas: o regime da designação dos árbitros nas arbitragens multilaterais (o caso *Dutco* e o artigo 11.º da LAV)

A plena compreensão desta temática — nomeadamente da igualdade de armas na indicação dos árbitros — implica olhar para a evolução e regime atual da designação dos árbitros nas arbitragens multipartes.

Com efeito, o regime do art. 10.º LAV, a que acima se fez referência, sobre a designação dos árbitros, está obviamente pensado para arbitragens bilaterais, com duas partes ou dois blocos, mas já não para arbitragens plurilaterais, uma vez que não será possível, neste caso, a cada um dos sujeitos — caso não se entendam entre si — indicar um árbitro. Houve, por isso, a necessidade de enfrentar e resolver o problema da designação dos árbitros nas arbitragens

⁽¹⁵⁾ Que tem como fonte o art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

⁽¹⁶⁾ Cf. GALVÃO TELES, MIGUEL, “A independência e imparcialidade dos árbitros...”, *ob. cit.*, p. 258. É isso também o que resulta do art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

multilaterais, por forma a assegurar, também para esta situação, o princípio da igualdade entre as partes.

O caso charneira nesta matéria foi o famoso caso *Dutco*, decidido pela *Cour de Cassation* (o supremo tribunal francês), a 7 de janeiro de 1992⁽¹⁷⁾, e que veio a influenciar em maior ou menor medida as ulteriores leis e regulamentos de arbitragem nesta matéria.

Neste caso, estava em causa um conflito relacionado com a construção de uma fábrica de cimento em Oman, que opôs a sociedade Dutco a duas outras sociedades (a Bkmi e a Siemens). A cláusula compromissória estabelecia que o processo correria na Câmara de Comércio Internacional (“CCI”), perante um tribunal composto por três árbitros. À época, o Regulamento da CCI determinava que nas arbitragens multipartes, cada polo teria de indicar um árbitro e na ausência de consenso o referido árbitro seria indicado pela CCI. Como as demandadas não se entenderam quanto à designação do seu árbitro, acabou por ser a CCI a indicar o respetivo árbitro, sob reserva e protesto das Demandantes, que sempre consideraram que a constituição do tribunal, naqueles termos, violava o princípio da igualdade. Proferida a decisão arbitral, a mesma foi impugnada com aquele fundamento, pretensão que, no entanto, não foi atendida nas instâncias inferiores.

O supremo tribunal francês veio, contudo, a decidir de forma diferente: considerou que se a demandante teve o direito de indicar o árbitro, cada uma das demandadas também teria que ter o mesmo tratamento. E não sendo isso possível, todos os árbitros teriam que ser indicados segundo idêntico procedimento (ou seja, nenhum polo indicaria árbitros e os três árbitros deveriam ter sido indicados pela CCI). A *Cour de Cassation* considerou que a constituição do tribunal naqueles termos implicou uma violação do princípio da igualdade das partes na designação de árbitros, que reputou como um princípio de ordem pública, sobre o qual não podia haver

⁽¹⁷⁾ Decisão (de duas sintéticas páginas!) que se pode ler em <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007028100>>. Sobre este aresto, pode ver-se, entre nós, por todos, MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO PINTO, *O princípio da igualdade e a pluralidade de partes na arbitragem*, Almedina, 2016, pp. 140 e ss.

renúncia antecipada (em momento anterior ao nascimento do litígio)⁽¹⁸⁾.

A jurisprudência consagrada neste Ac. Dutco (de que a não designação dos árbitros pelas partes, em termos absolutamente idênticos, põe em causa o princípio da igualdade de armas e, consequentemente põe em causa o próprio processo arbitral) fez, como se disse, caminho, vindo a generalidade das legislações/regulamentações arbitrais ulteriores a tomá-la em consideração.

Foi o que sucedeu com a nossa LAV de 2011, que veio regular esta matéria no seu art. 11.º. Estabelece-se aí que nas arbitragens multilaterais caberá a cada parte, a cada polo, indicar, de comum acordo, o seu árbitro (art. 11.º, n.º 1, LAV). Se esse consenso não for possível, caberá ao tribunal estadual — a pedido de qualquer das partes — indicar o árbitro para o polo que não conseguiu consensualizar o árbitro que lhe cabia indicar (art. 11.º, n.º 2, LAV).

A lei concede, no entanto, ao tribunal estadual, caso este considere que as copartes que não conseguiram indicar o árbitro têm interesses conflitantes, a faculdade de designar todos os árbitros, ficando sem efeito a designação do árbitro que tenha sido efetuada pela contraparte (art. 11.º, n.º 3, LAV).

⁽¹⁸⁾ Esta questão da designação dos árbitros em arbitragens multilaterais também já foi abordada, embora lateralmente, pelos nossos tribunais no chamado caso Teleweb (Ac. TRL, de 18 de maio de 2004, que se pode ler em <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/8e96587b7892c0a580256ebd0038fb92?OpenDocument>> e que foi comentado por CAMELO, SAMPAIO em “Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18 de Maio de 2004”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2004, n.º 4, pp. 340, ss.), e no qual se perfilhou uma posição diferente da tirada pela *Cour de Cassation* no caso Dutco. No caso português, tratou-se de um processo instaurado por uma sociedade contra duas outras em coligação (com pedidos diferentes), com o que uma das Demandadas não se conformou, por entender que deviam existir dois processos distintos. Porque não se entenderam, cada uma das Demandadas nomeou um árbitro. A Demandante, perante esta situação, pediu a designação do árbitro das Rés ao Tribunal da Relação, o que este fez. Uma das sociedades demandadas recusou-se, nessas condições, a participar no processo, e avançou imediatamente com uma ação, pedindo a declaração de ilegalidade da constituição do tribunal arbitral. O Tribunal da Relação de Lisboa que decidiu a questão — não abordando nem se questionando sobre a violação do princípio da igualdade na constituição do tribunal — considerou que não estava violada qualquer regra da LAV (a LAV em causa era a de 1986) e tendo-se o tribunal arbitral considerado competente, determinou que só haveria lugar a recurso, sobre esta matéria, da decisão final que viesse a ser proferida pelo tribunal arbitral.

A solução da nossa lei é diferente da que foi estabelecida no atual Regulamento da CCI. Neste, é sempre concedida a faculdade à Corte de indicar todos os árbitros⁽¹⁹⁾, desde que uma parte multilateral não tenha chegado a acordo sobre a indicação do árbitro que lhe compete designar. Diferentemente, entre nós, o tribunal estadual só pode indicar todos os árbitros, quando haja interesses conflituantes entre as partes que constituem um dos lados do litígio.

O cumprimento desta regra implicará que o Tribunal — sempre que, na hipótese indicada, for interpelado para a designação do árbitro —, para se assegurar da existência ou inexistência da *facti-species* legal, deverá necessariamente ouvir os sujeitos que não chegaram a acordo, para averiguar da existência do tal conflito de interesses.

E, assim o julgo, na determinação da existência desse conflito, o tribunal deve ser muito generoso! No limite, poderá bastar a qualquer parte alegar que há, entre elas, interesses conflituantes para que o tribunal deva obrigatoriamente designar todos os árbitros.

Com efeito, o simples facto de as copartes não se terem entendido quanto à indicação do seu árbitro é já um indício forte — fortíssimo! — de que os seus interesses não serão coincidentes.

É verdade que, desta forma, se está de algum modo a atribuir a uma das partes (plurilateral) a possibilidade de negar à outra o direito de indicar o seu árbitro (conquanto não haja entendimento, naquela parte multilateral, sobre a designação do respetivo árbitro)⁽²⁰⁾.

Parece-me, contudo, ser de meridiana evidência que entre a proteção do interesse da parte em designar o seu árbitro e a tutela do princípio da igualdade de tratamento, tem necessariamente de prevalecer este último.

Donde, a designação de todos os árbitros pelo tribunal estadual em arbitragens multilaterais — quando uma parte plurilateral não se entenda sobre a designação do respetivo árbitro — deve ser a regra e não a exceção.

Só assim se assegurará plenamente a igualdade de armas.

⁽¹⁹⁾ Cf. art. 12, n.º 8, do Regulamento CCI.

⁽²⁰⁾ É esta, p. ex., a regra prevista em Espanha: se uma das partes multilateral não chega a acordo sobre a designação do seu árbitro, todos os árbitros terão de ser nomeados pelo tribunal. (cf. art. 15.º, n.º 2, al. b), da Ley de Arbitraje; Ley 60/2003, de 23 de dezembro).

4. A designação dos árbitros por terceiro

A solução acima avançada — prevista para as arbitragens multilaterais, referente à nomeação de todos os árbitros por um terceiro — deverá estender-se a todas as situações em que um árbitro não possa ser designado por uma parte, **por causa que não lhe é imputável**, e não apenas à situação expressamente prevista no art. 11.º LAV. Em todos esses casos, a regra deverá ser a de todos os árbitros serem nomeados por uma terceira entidade independente (o Tribunal estadual ou o Centro de Arbitragem, em caso de arbitragem institucionalizada).

Julgo, contudo, que, de *iure condendo*, se deve ir ainda mais longe. Com efeito, entendo que esta solução deve igualmente valer para toda e qualquer situação em que os árbitros não sejam designados pelas partes, **ainda que por razões que lhe sejam imputáveis**, nomeadamente porque uma delas se recusou a indicar o respetivo árbitro.

Dir-se-á: *sibi imputet!* Não indicou, podendo-o ter feito, não deve poder, com isso, ter o direito de impedir que a parte mais diligente indique ela o respetivo árbitro. Aquela assimetria — e consequente desigualdade de armas — foi voluntariamente causada pela parte e não deve prejudicar a parte adimplente.

Mas, uma vez mais, a proteção do interesse da parte em indicar o seu árbitro deve ceder perante o princípio da igualdade de tratamento, da igualdade de armas entre as partes — que é pedra angular do processo arbitral e deve constituir um princípio absoluto em arbitragem.

E esse deve, portanto, ser um risco que quem recorre à arbitragem deve estar disposto a suportar⁽²¹⁾.

Na verdade, só desta forma se pode assegurar que há plena igualdade de armas, uma vez que aquela assimetria na designação implicará um tratamento desigual das partes, que se pode repercutir não apenas no momento da designação, mas ao longo de todo o

(21) Estas dificuldades ficarão, no entanto, esvaziadas ou muito esbatidas se se consagrar a figura do árbitro natural, como se propõe *infra*.

processo. É preciso não esquecer que a independência e imparcialidade de um árbitro nomeado pela parte poderá ser/será, em princípio, diferente da de um árbitro nomeado por um terceiro...

5. O árbitro natural como pressuposto de um processo equitativo

Como se disse, acima, por imposição constitucional (cf. art. 30.º, CRP), o processo arbitral tem de ser equitativo. Ora, tal desiderato, assim o julgo, apenas se alcançará plenamente com a consagração do árbitro natural, i. e., de um árbitro cuja designação seja cega ou aleatória (como sucede, p. ex., com os magistrados judiciais)⁽²²⁾.

Na verdade, tanto no caso do árbitro presidente como no caso dos árbitros designados pela parte, a possibilidade de escolha da pessoa que vai exercer o cargo, seja pelos outros árbitros (no caso de árbitro presidente), seja pela parte⁽²³⁾ (no caso do comumente designado árbitro de parte) conduz ou pode conduzir a situações perversas e viciosas⁽²⁴⁾.

Com efeito, a possibilidade de escolha dos árbitros cria, ou pelo menos potencia, relações de proximidade ou até de alguma cumplicidade⁽²⁵⁾, sobretudo entre aqueles que mais se dedicam à

(22) P. ex., sorteando o árbitro de um conjunto de três nomes possíveis. É esta, p. ex. a solução espanhola, para o árbitro que tem de ser designado pelo tribunal estadual (cf. art. art. 15.º, n.º 6, da Ley de Arbitraje; Ley 60/2003, de 23 de dezembro). Permitindo-me trazer para aqui a minha experiência pessoal, devo dizer que já tenho adotado este procedimento em arbitragens em que tenho participado, nomeadamente quanto à designação do árbitro presidente, e as coisas têm sempre corrido muito bem em tais circunstâncias.

(23) *Rectius*, pelo advogado da parte, uma vez que é este quem normalmente sugere à parte o nome do árbitro a indicar.

(24) As quais, no limite, podem pôr em causa ou, quando menos, darem a aparência ou permitirem a suspeição de estar a ser posta em causa a existência do processo equitativo, como é constitucionalmente imposto.

(25) Quem lida com arbitragem já se deparou seguramente com “árbitros de parte” que são verdadeiros advogados da parte. Para evitar este resultado — que não é uma característica particular portuguesa —, JAN PAULSSON, num texto muito crítico sobre o estado

arbitragem (os advogados e juristas especialistas em arbitragem), relativamente a outros que não o sejam.

E tais relações/vinculações⁽²⁶⁾, obviamente — é de *natura rerum* —, não poderão deixar de condicionar, ainda que inconscientemente, a posição (a independência e imparcialidade) do árbitro escolhido (por mais idónea e correta que seja a pessoa indicada)⁽²⁷⁾. Não há, efetivamente, pessoas biologicamente puras nem axiologicamente ou emocionalmente neutras! Trata-se de um fator que assume especial relevância, sobretudo quando a comunidade arbitral é muito reduzida, como sucede em Portugal⁽²⁸⁾, e quando o recurso à arbitragem se tornou mais vulgar, o que tem inevitavelmente como consequência a potenciação das tais ligações/vinculações a que acima se referiu, na medida em que se torna mais provável a indicação recorrente das mesmas pessoas. Esta preocupação é também a que está, p. ex., presente nas *Guidelines* da IBA sobre conflitos de interesses⁽²⁹⁾, onde expressamente se refere, ainda que na lista laranja⁽³⁰⁾, como facto que deve ser revelado e que pode ser

atual da arbitragem, propõe, com ironia, dois caminhos: ou criar melhores seres humanos ou eliminar o que ele designa por riscos morais (*moral hazards*), sugerindo que a escolha deva recair neste último. Vide PAULSSON, JAN, “Moral hazard in international arbitration”, in *ICSID Review — Foreign Investment Law Review*, Vol. 25, issue 2, 2010, p. 340.

⁽²⁶⁾ Que podem, no limite, resultar tão-somente da simpatia do árbitro pela parte, pelo facto de esta o ter escolhido e nomeado para participar naquele determinado processo arbitral.

⁽²⁷⁾ É isso que, de alguma forma, ressalta do facto de os votos de vencido serem sempre ou quase sempre emitidos pelo árbitro nomeado pela parte perdedora. Cf., a este propósito, o estudo do ALBERT JAN VAN DEN BERG, que analisou 150 decisões de arbitragens de investimento, nas quais foram proferidos 34 votos de vencido, todos emitidos pelo árbitro indicado pela parte perdedora, o que, como sublinha este professor, levanta obviamente sérias preocupações quanto à neutralidade dos árbitros indicados pela parte. Cf. VAN DEN BERG, ALBERT JAN, “Dissenting opinions by party-appointed arbitrators in investment arbitration”, in *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, MAHNOUSH ARSANJANI, et al., (eds.), Brill Publishers, 2010, pp. 824 e ss.

⁽²⁸⁾ E como acontece igualmente com a comunidade de árbitros internacionais. Cf. ROGERS, CATHERINE A., “The vocation of the international arbitrator”, in *American University International Law Review*, 2005, Vol. 20, issue 5, pp. 958 e ss.

⁽²⁹⁾ Cf. as *IBA Guidelines on Conflicts of Interests in International Arbitration*, na última versão aprovada em 23.10.2014, que se pode encontrar no sítio da *International Bar Association*, em <https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx>.

⁽³⁰⁾ A lista laranja é uma lista não exaustiva de situações que, dependendo dos factos de um determinado caso, pode, aos olhos das partes, suscitar dúvidas quanto à impar-

impeditivo do exercício do encargo arbitral a circunstância de o árbitro ter sido o “destinatário, nos três últimos anos, de mais de três nomeações pelo mesmo consultor jurídico ou pelo mesmo escritório de advocacia”⁽³¹⁾. Subjacente a esta regra está, *il va san dire*, precisamente a especial ligação ou vínculo, a que acima se aludiu, que se pode estabelecer entre o árbitro e quem o indica⁽³²⁾.

Mas suponha-se, por hipótese académica, que na situação supra descrita não se verificava qualquer situação de falta de independência ou imparcialidade! Ainda que pudesse haver⁽³³⁾ uma

cialidade ou independência do árbitro. Em todas as situações desta lista, considera-se, contudo, que as partes aceitam o árbitro se, após a revelação do facto, nenhuma objecção oportuna for efetuada. Cf. ponto 3 da Parte 2 das Diretrizes da IBA.

⁽³¹⁾ Cf. ponto 3.1.3 da lista laranja das referidas Diretrizes da IBA.

⁽³²⁾ Esta questão foi também já abordada pela nossa jurisprudência — nos casos sobre árbitros que foram recorrentemente nomeados para arbitragens necessárias, ao abrigo da Lei 62/2011, de 12 de dezembro, referentes ao exercício de direitos de propriedade industrial relacionados com medicamentos —, muito embora as decisões dos tribunais não tenham sido uniformes. Numa das situações estava em causa um pedido de recusa de um árbitro, professor universitário, que havia sido nomeado pela mesma sociedade de advogados, num período de 3 anos, em mais de 50 processos de arbitragem necessária sobre medicamentos. A questão foi analisada, pelo Tribunal da Relação de Lisboa, em dois processos distintos, relativos a duas diferentes arbitragens, tendo em ambos os casos sido considerado procedente o incidente de recusa, embora com fundamentos diferentes. No processo decidido, em 24 de março de 2015, com o n.º 1361/14.0YRLSB.L1-1, que se pode ler em <www.dgsi.pt>, o Tribunal considerou que aquela designação recorrente do árbitro, pela mesma sociedade de advogados e pela mesma parte (dos 50 processos, 19 tinham como Demandante a mesma empresa), era suscetível de criar “fundadas dúvidas sobre a independência e imparcialidade do árbitro”. Já num outro processo, igualmente decidido pelo Tribunal de Relação de Lisboa, em 29 de setembro de 2015, com o n.º 827/15.9YRLSB-1, que se pode ler em <www.dgsi.pt>, o Tribunal entendeu que o fundamento para a procedência do incidente de recusa não consistia na circunstância de aquele árbitro ter participado anteriormente em dezenas de arbitragens idênticas, mas apenas e tão só no facto de não ter revelado tal circunstancialismo no momento da sua aceitação, o que permitiu “criar fundadas dúvidas sobre a sua independência e imparcialidade ‘aos olhos da demandada’”. Numa outra situação, estava em causa um outro árbitro, também professor universitário, que havia sido designado num período de 3 anos, pelo menos 11 vezes pela mesma sociedade de advogados, para as referidas arbitragens sobre medicamentos. Neste caso, decidido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, em 01 de fevereiro de 2018, com o n.º 1320/17.0YRLSB-8, que se pode ler em <www.dgsi.pt>, diferentemente da solução proferida nos dois processos acima referido, foi entendido que a designação recorrente do árbitro, por si só — sobretudo quando estão em causa áreas muito especializadas, como era o caso submetido a juízo, em que é restrito o número de especialistas —, não era fundamento para a recusa do árbitro.

⁽³³⁾ Coisa que não existe, em especial na situação referida em texto.

imparcialidade absoluta do árbitro, nomeadamente daquele que é frequentemente nomeado pela mesma parte (ou pelo mesmo advogado ou escritório de advogados), é “indispensável tutelar a aparência, porque também desta depende a confiança na objectividade da justiça”⁽³⁴⁾. Ou seja, também na jurisdição arbitral — aliás, em grau bem mais intenso do que se exige na jurisdição estadual — tem aplicação o velho brocardo sobre a mulher de César... É fundamental que os destinatários da justiça arbitral confiem e acreditem que esta é realizada mediante um processo justo e equitativo. Nenhuma dúvida pode restar quanto a este aspeto! E, para isso, não devem ser dados indícios ou sinais que possam aparentar o contrário. A justiça arbitral tem de ser séria e tem de parecer séria! E para alcançar tal resultado, afastando quaisquer suspeições, é fundamental a consagração do árbitro natural⁽³⁵⁾, que deve ser, por isso, a solução para a qual se deve inexoravelmente caminhar.

Não me parece, na verdade, que a este mesmo resultado (de crença e confiança na arbitragem) se chegue — como já vi defendido por alguns — com soluções *a posteriori*, alegando que, se o que está em causa é a falta de independência e/ou imparcialidade do árbitro, o sistema tem remédios para isso, nomeadamente através da destituição do árbitro e da sua responsabilização. Este não é o caminho. Antes de mais, porque muitas vezes não é fácil provar aquele circunstancialismo, que pode até não ser de grau intenso. Depois, porque o que importa aqui é salvaguardar a credibilidade da arbitragem, é assegurar a aparência da idoneidade do processo, para o que não basta sancionar as situações desviantes e patológi-

⁽³⁴⁾ Cf. GALVÃO TELES, MIGUEL, “A independência e imparcialidade dos árbitros...”, *ob. cit.*, p. 263. *Vide* também o *obiter dictum* que consta do Ac. TRL, de 01 de fevereiro de 2018, com o n.º 1320/17.0YRLSB-8, mais bem identificado na nota anterior, onde se pode ler: “Na aferição da independência e da imparcialidade, a aparência pode desempenhar um papel importante na medida em que os atributos se devem considerar comprometidos quando as concretas circunstâncias envolventes sejam de modo a, segundo o ponto de vista do observador objectivo, criar um justificado receio de falta de independência e imparcialidade”.

⁽³⁵⁾ Uma vez que, como se disse, o processo equitativo passa necessariamente por julgadores independentes e imparciais (que não apenas o sejam, mas que igualmente o aparentem ser), circunstância que pode facilmente ser posta em causa relativamente a árbitros escolhidos pelas partes.

cas comprovadamente verificadas. A simples existência de sinais de que o processo não é ou pode não ter sido justo e equitativo (ainda que materialmente o tenha sido), mina, por si só, a justiça arbitral, atingindo-a no coração...

Por isso, juntando-me assim às poucas vozes que pregam o mesmo no deserto⁽³⁶⁾, reitero que, em prol da arbitragem, se deverá necessariamente consagrar a figura do árbitro natural, para todos os árbitros que compõem o colégio arbitral, mesmo para as situações em que a sua designação seja efetuada por terceiros⁽³⁷⁾.

Esta proposta é — disso tenho plena consciência — uma solução que levanta enormes resistências e desconforto na comunidade arbitral...

Mas esta é, estou também disso convicto, a melhor solução para a arbitragem e para quem gosta da arbitragem!

Por um lado, credibiliza-se a arbitragem, afastando qualquer suspeição que possa existir quanto aos árbitros que são designados por escolha. Por outro lado, a designação dos árbitros⁽³⁸⁾ deixa de ser condicionada pela simpatia e proximidade com as partes ou com os advogados arbitralistas que os indicam. E, com isso, fica manifestamente a ganhar a independência e imparcialidade no desempenho do cargo...

Mais uma vez, penso, aliás, que só desta forma se assegurará de forma plena e absoluta não apenas a igualdade de armas entre as partes, mas igualmente o processo justo e equitativo como é constitucionalmente imposto.

⁽³⁶⁾ Em sentido próximo, *vide* também JAN PAULSSON, que expressamente afirma: “*The only decent solution — heed this voice in the desert! — is thus that any arbitrator, no matter the size of the tribunal, should be chosen jointly or selected by a neutral body*”. Cf. PAULSSON, JAN, “Moral hazard in international arbitration”, *ob. cit.*, p. 352.

⁽³⁷⁾ Nomeadamente nos casos em que o árbitro é designado por um centro de arbitragem ou pelo tribunal estadual.

⁽³⁸⁾ Que inevitavelmente sempre se irá circunscrever, na maioria dos casos, ao círculo de arbitralistas.

6. Proposta para a designação do árbitro natural

Julgo que as razões acima descritas apontam inequivocamente para a necessidade da consagração do árbitro natural, que deve, portanto, claramente ser o caminho a seguir, de *iure condendo*.

É, no entanto de meridiana clareza que a designação cega ou aleatória dos árbitros tem de se conter dentro de determinadas regras e balizas⁽³⁹⁾. É preciso não esquecer que uma das vantagens que tradicionalmente se aponta à arbitragem é precisamente a possibilidade de as partes poderem intervir na designação dos julgadores, escolhendo as pessoas mais capazes e conhecedoras na matéria sobre que versa o litígio.

Deve, por isso, encontrar-se um sistema que permita que não se estabeleça nenhuma ligação direta entre a parte e o árbitro designado, mas em que na seleção deste a parte possa ter alguma intervenção, nomeadamente na delimitação do universo das pessoas que podem sorteadas.

Para tanto, avanço com uma proposta de regime, com um sistema distinto consoante se trate da designação do árbitro de parte ou do árbitro presidente⁽⁴⁰⁾.

Para a nomeação do árbitro que compete à parte designar, cada parte deverá indicar 4 ou 5 nomes (ou outro número que resulte do acordo de ambas), que correspondam ao perfil que considera adequado para o desempenho daquele cargo. A contraparte deve ter o direito de vetar, sem explicitação da motivação⁽⁴¹⁾, um determinado número dos nomes indicados (p. ex., 2 ou 3)⁽⁴²⁾.

⁽³⁹⁾ Que também existem, de resto, na nomeação dos magistrados judiciais.

⁽⁴⁰⁾ Sistema que pode e deve ser observado inclusivamente quando a designação seja efetuada por um centro institucionalizado de arbitragem ou por um tribunal estadual.

⁽⁴¹⁾ É esta a solução consagrada para a escolha dos jurados em processo penal, em que se atribui esse direito de veto imotivado, ao Ministério Público e ao defensor, relativamente a duas pessoas. Cf. art. 12.º, n.º 3, do DL n.º 387-A/87, de 29 de dezembro. Esta é a melhor solução. Evita-se que a parte que queira vetar um nome tenha que alegar e demonstrar qualquer facto — o que pode ser melindroso, quer para a parte quer para o árbitro — que ponha em causa a isenção ou imparcialidade da pessoa em causa.

⁽⁴²⁾ Obviamente, *ça va de soi*, este procedimento será efetuado, em regra, pelos advogados das partes e não diretamente pelas partes.

O árbitro de cada parte deve depois ser sorteado de entre os nomes, por si indicados, que não foram vetados pela contraparte⁽⁴³⁾.

Se a parte não colaborar neste processo de designação do respectivo árbitro, deve caber exclusivamente ao tribunal estadual essa designação, mediante a elaboração de uma lista com um número plural de nomes, de entre os quais será sorteado o árbitro⁽⁴⁴⁾.

Para a designação do árbitro presidente, devem os árbitros já designados pelas partes elaborar uma lista que contenha um número plural de nomes (no mínimo de 3) que mereçam o acordo de ambos⁽⁴⁵⁾. Obtido o consenso sobre os nomes que podem presidir à arbitragem⁽⁴⁶⁾, abrem-se depois duas alternativas para respectiva nomeação:

- a) ou se sorteia o árbitro de entre os nomes que constam da lista consensualizada;
- b) ou cada árbitro de parte indica, de forma confidencial⁽⁴⁷⁾, uma ordem de preferência relativamente aos nomes que obtiveram o assentimento de ambos, sendo escolhida a pessoa, que na soma das graduações manifestadas, recolha a maior preferência⁽⁴⁸⁾.

(43) Que poderão até ser todos os nomes indicados pela parte, se nenhum deles tiver sido vetado pela contraparte.

(44) É essa a solução consagrada na lei espanhola de arbitragem. *Vide supra* nota 20.

(45) Devendo assegurar-se, no entanto, caso os nomes não sejam indicados conjuntamente pelos dois árbitros de parte, que os nomes levados a sorteio são indicados em número igual por cada um dos dois árbitros designados pelas partes.

(46) Se não for possível consensualizar, entre os árbitros designados pelas partes, a referida lista, a designação deverá ser devolvida ao tribunal estadual, o qual deverá igualmente elaborar uma lista com diferentes nomes de pessoas, devendo o árbitro presidente ser sorteado de entre elas.

(47) P. ex., colocando cada um dos árbitros essa informação num sobrescrito fechado, devendo depois os dois sobrescritos serem abertos em simultâneo e na presença de ambos.

(48) Suponha-se um exemplo simples para ilustrar a solução avançada em texto. Os dois árbitros de parte (AP1 e AP2) chegaram a acordo sobre três nomes possíveis para árbitro presidente (A, B e C). Na graduação dos nomes, o AP1 colocou em 1.º lugar o A (ao qual são atribuídos 3 pontos), em 2.º lugar o B (com 2 pontos), e em terceiro lugar o C (com 1 ponto). Por sua vez, o AP2 colocou em 1.º lugar o B (com 3 pontos), em 2.º lugar o C (com 2 pontos), e em terceiro lugar o A (com 1 ponto). Nesta hipótese, o árbitro escolhido para presidir ao tribunal será B, porque, na soma das duas graduações, é o que obtém a maior pontuação (5 pontos).

Conseguir-se-á, desta forma, que os árbitros correspondam, de alguma forma, ao perfil pretendido pelas partes, mas sem que estas tenham uma participação direta e imediata na designação dos mesmos, com as vantagens que daí resultam, e que acima se aludiu, para o processo arbitral.

Rasgue-se o caminho! A bem da arbitragem...