ART. 35 DA LAV (“composição amigável”): O GRANDE EQUÍVOCO

Pelo Bastonário Mário Raposo

Sumário:

1. Da Proposta de Lei 34/IX à Lei 31/86 (LAV); **2.** A inconcludência do art. 35 LAV e a doutrina; **3.** O sistema francês: o *amiable compositeur* não corresponde ao nosso (!) compositor amigável; **4.** Uma perspectiva de Direito Comparado; **5.** A arbitragem e a mediação; **6.** Os “males” da “composição amigável” criada (precipitadamente!) no art. 35 LAV 86; **7.** Conclusão.

1

Da Proposta de Lei 34/IV à Lei 31/86 (LAV)

1. Surgiu a LAV em tempo de urgência: era pressentível a já requerida inconstitucionalização orgânica do Dec.-Lei 243/84([1]). Daí o ter solicitado (como ministro da Justiça) a elaboração de um anteprojecto à Prof. Magalhães Collaço. Em tempo útil apresentada à A.R. foi a Proposta de Lei 31/IV acolhida com manifesta receptividade no debate na generalidade([2]). Entretanto, a Comissão

---

([1]) Embora com algumas soluções exactas (Francisco Cortez, *A arbitragem voluntária em Portugal*, O Direito, 1992, p. 541 s) teve o diploma de 1984 uma “vida infeliz” (Raúl Ventura, *Conv. de Arbitragem*, ROA, 1986, p. 289-413).

([2]) D.A.R., I série, n.º 98, de 18.7.1986.

de Ass. Const., Direitos, Lib. e Garantias([3]), para além de optar por uma "arrumação" *dualista* e de fazer alguns ajustamentos meramente pontuais, aditou um novo n.º 3 ao art. 1 (adaptação do contrato e preenchimento de lacunas)([4]). E, para além disso, criou, a par da clássica dualidade decisão *de direito* — decisão *de equidade*, um "tertium genus" ao qual deu o nome de "composição amigável". Se a linguagem, em Direito, "deve ser técnica, precisa, simples e correcta" (Menezes Cordeiro) o art. 35 LAV situar-se-á nos antípodas do que seria esperável de um bom legislador. E não sendo reconstituível o "pensamento legislativo" (já que dele não existe expressão escrita) dá lugar aos mais díspares entendimentos. E todos ou quase todos eles serão enquadráveis na difusa moldura da norma, tal como está textualizada.

De qualquer modo não será arriscado concluir que o legislador adoptou a designação equivalente à "amiable composition" sem ter em conta o significado que esta tem no sistema de arbitragem francês, no qual caracterizadamente se inspirou.

Aliás, vistas bem as coisas, o que o legislador pede ao árbitro no art. 35 é que promova a composição as partes, com base numa plataforma de equilíbrio quanto aos interesses em jogo.

([3]) Em 23.7.1986 (D.A.R., II série, n.º 95, de 25.7). Estava-se na ponta final da sessão legislativa e a Comissão tinha uma agenda muito sobrecarregada, tendo votado, além do mais, a Lei dos Tribunais Marítimos, projectada também no Ministério da Justiça. Mas este não foi ouvido quanto às alterações surgidas em sede de especialidade.

([4]) Que não estando na Proposta de Lei constava, no entanto, do Programa do Governo, por mim elaborado quanto à área da Justiça. Cfr. ainda Mário Raposo, *Estudos sobre Arbitragem Comercial*..., Almedina, 2006, p. 67, nota (49). Acrescentarei agora que a lei sueca de 1999 prevê também no art. 1 que o tribunal arbitral possa, com o acordo das partes, modificar o contrato para além do que decorreria da sua interpretação. O tribunal arbitral não se substitui às partes no tocante à formação inicial; actua em relação a contratos já estabelecidos. Trata-se de uma expressão da *arbitrabilidade*, respeitando, pois, à solução de *conflitos*, embora apenas *virtuais* "the arbitrators can decide other kinds of disputes (economic) as well as to fill gaps and modify contracts" — Loukas — Mistelis — Brekoulakis, *Arbitrability*..., Kluwer Law, 2009, p. 276 s. Nos contratos de longa duração deve ser prevista uma cláusula de adaptação. É, no entanto, de referir que o preenchimento de lacunas ("filling gaps") suscita menos problemas que a adaptação do contrato (Redfern — Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4.ª ed., Thomson — Sweet & Maxwell, 2004, p. 283). Sobre as previsões a ter em conta na formação do contrato em vista da aplicação dos Princípios *Unidroit* (contratos comerciais internacionais) cfr. Michael Joachim Bonell, *Un "Codice" Internazionale del Diritto dei Contratti* ("I Principi Unidroit"), 2.ª ed., Giuffrè, 2006, *maxime* p. 91 s.

E o mais adequado *meio* para tal se alcançar não será a mediação ou qualquer outro mecanismo análogo, *não jurisdicional*?

2. Acontece que não é identificável a utilidade *real* do art. 35 até porque, ao que saibamos, ele nunca foi chamado a actuar no plano da arbitragem — i.e., como meio *jurisdicional* de resolução de litígios ou de outras situações arbitráveis.

E a doutrina — a mais qualificada — ainda não encontrou uma fórmula de consenso quanto ao sentido da norma.

3. Neste contexto é de encarar com insistente dúvida a ideia de que em ulterior lei de arbitragem se deva manter um preceito como o art. 35 da actual LAV.

Será, no entanto, o que acontecerá se nesta parte a Proposta de Lei 48/XI ou o Projecto de Lei 264/XI (do CDS-PP) forem retomados, tal como foram gizados na anterior legislatura.

O *Projecto de Lei* alterava um considerável número de preceitos da LAV 86 (quase sempre com pertinência) mas deixava intocado o art. 35.

A *Proposta de Lei* ia mais além. E no art. 36 recebia (n.º 3) a composição amigável. Isto quanto à arbitragem *interna*. No tocante à arbitragem *internacional* não o fazia explicitamente no art. 50 (que de certo modo se poderá considerar homólogo do art. 36). Poder-se-á, no entanto, entender que a admissibilidade do "instituto" advinha, aí, da remissão genérica feita no art. 47.2 ("Salvo o disposto no presente capítulo — o da arbitragem internacional — são aplicáveis à arbitragem internacional, com as devidas adaptações, as disposições da presente lei relativas à arbitragem interna").

De qualquer modo, não tem a questão, ela própria, especial relevo. Desde que o "instituto" passe a constar de uma nova lei é indiferente que o seja para a arbitragem interna e para a arbitragem internacional. A mera presença dele, tal como a A.R. (em sede de especialidade) com grande voluntarismo em 1986 o configurou, será sempre uma solução defeituosa, esteja onde estiver.

4. Aliás, a compartimentação *formal* entre a arbitragem interna e a arbitragem internacional, que não constava da Proposta

de Lei 34/IV mas que passou a constar da LAV, tende a não ser adoptada com rigidez nos sistemas legais não tributários do modelo francês([5]).

2

A inconcludência do art. 35 LAV e a doutrina

5. É de crer que a AR, ao deliberar em sede de especialidade, não se deu conta da espantosa indeterminação do preceito a que dava forma. Moveu-se, talvez, pelo bom propósito de criar um mecanismo *jurisdicional* que eficazmente fomentasse a paz jurídica. A mediação dava então, sobretudo entre nós, ainda inseguros passos. Entendeu-se ser útil uma forma vinculativa de justa composição das partes.

Terá sido, repito, determinante a influência do sistema francês, patenteada quer na designação dada ao inovador "instituto" (tal como foi configurado na lei portuguesa), quer na consagração de um sistema "ritualmente" dualista na arquitectura arbitral.

6. A inconcludência do art. 35 teria forçosamente que dar origem a entendimentos doutrinais divergentes.

([5]) O que não significará a desconsideração da arbitragem internacional mas a "internacionalização" da arbitragem interna ou uma "reunificação" das duas interfaces (Edoardo — F. Ricci, *La longue marche vers l'internationalisation du droit italien de l'arbitrage*, em *Cahiers de l'arbitrage*, IV, 2008, p. 191 s). Esta, de resto, uma tendência já assinalada por Charles Jarrosson, *L'apport de l'arbitrage international à l'arbitrage interne*, em *L'internationalité dans les institutions et le droit, convergence et défis* ("Études offertes à Alain Plantey", Pedone, 1995, p. 233 s). Será, como se diz na Exposição de Motivos da lei espanhola de 2003, "na alternativa entre dualismo (...) e monismo (em que, salvo contadas excepções, os preceitos se aplicam igualmente à arbitragem interna e à internacional), a lei adopta o sistema monista (...). A Lei-Modelo (...) está especificamente concebida para a arbitragem comercial internacional. Mas a sua inspiração e as suas soluções são perfeitamente válidas, numa imensa maioria dos casos, para a arbitragem interna". Esta torna-se mais flexível. Certo é que a *lex mercatoria* continua a estar predominantemente vinculada à arbitragem internacional. Mas, designadamente através do canal da *equidade*, propaga-se à arbitragem interna (cfr. Mário Raposo, *Temas de arbitragem comercial*, na *Rev. Ordem dos Advogados* - doravante ROA -, 2006, p. 5-36, *maxime* p. 15 e s.).

Logo em 1990, a autora material da Proposta de Lei 34/IV, Prof. Isabel de Magalhães Collaço, reconheceu a impossibilidade de resolver o "problema" decorrente do preceito([6]).

Certo é que a generalidade dos autores, distinguindo a composição amigável *(a do art. 35)* da decisão de equidade tende a ver nela, *grosso modo*, uma mediação (ou conciliação) com eficácia vinculativa. Desde logo é, sem dúvida, "uma figura de contornos pouco definidos". O lusíada "compositor amigável" *julga* o litígio, "mas deve favorecer a prossecução das relações amigáveis (entre as partes)", como diz, e bem, Dário Moura Vicente([7]), que acrescenta que "não se trata de uma forma de mediação, mas de um *modo possível* de o árbitro julgar o mérito da causa". Ou seja, concluirei eu, destinado a ser um "compositor amigável", o árbitro nem medeia, nem julga com a exigível disponibilidade decisória. Exerce uma função *híbrida*. Do "arranjo" compromissório advirá uma sentença que, mesmo que se queira justa, assentará, inapelavelmente, numa "composição amigável" ficcionada pelo árbitro.

Uma tentativa de dar uma sequência possível à fórmula do art. 35 é a do art. 28.2, do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial([8]): "Se as partes tiverem atribuído poderes conciliatórios ao tribunal arbitral, este diligenciará, na audiência (preliminar), *a composição do litígio, na base do equilíbrio dos interesse em jogo*"([9]).

([6]) Em *L'arbitrage international dans la loi portugaise sur l'arbitrage volontaire*..., em *Droit International et Droit Communautaire*, Actas do Colóquio de 5 e 6.4.1990, *Fund. Gulbenkian*, Paris, 1991, p. 55 s, *maxime* p. 61.

([7]) Em *Mediação comercial* internacional, em *Estudos André Gonçalves Pereira*, Coimbra Editora, 2006, p. 1081 s., maxime p. 1083. Cfr., ainda, também com especial relevo, Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*..., Almedina, 2005, p.166, que dá conta das divergências doutrinais a que o intento de dar "um sentido útil ao preceito" tem dado causa.

([8]) Aprovado em 29.7.2008. Na versão anterior (art. 19) previa-se uma *tentativa de conciliação*, na qual o tribunal procuraria obter "a composição das partes, na base do equilíbrio dos interesses em jogo". A tentativa de conciliação era então obrigatória. Depende agora (Regulamento em vigor) de as partes terem atribuido "poderes conciliatórios ao tribunal arbitral".

([9]) Na lei brasileira de 1996 a tentativa de conciliação é *obrigatória* (art. 21 § 4). Carlos Alberto Carmona (*Arbitragem e Processo*, 3.ª ed., Ed. Atlas, S. Paulo, 2009, p. 303) discorda desta *obrigatoriedade*. Uma cláusula de conciliação prévia é, por vezes, aposta em França, sendo considerada *obrigatória* (Charles Jarrosson, anot. à *Cour de Cassation* 14.2.2003, *Revue de l'arbitrage* (doravante RA), 2003, p. 406 s., *maxime* p. 409).

Há, realmente, uma evidente similitude verbal entre as duas normas (a do art. 35 e a deste art. 28.2). Mas não coincidirão por certo conceitualmente. Esta corresponderá apenas a uma *diligência*, aquela implicará um *modo* de decidir o litígio.

3

O sistema francês: o "amiable compositeur" não corresponde ao nosso (!)"compositor amigável"

7. Na legislação francesa (CPC) — quer a de 1980-81, quer a actual (Dec. 2011-48, de 13.1.2011) — a composição amigável equivale, em essência, à decisão de equidade. A lei não define o que é a *amiable composition*. E a doutrina entende, maioritariamente, que qualquer distinção entre ela e a equidade "pareceria artificial"([10]). O *amiable compositeur* deve aplicar a lei segundo critérios de *equidade*([11]).

8. Entretanto, "si le terme d'amiable composition est le seul légal (...), la même idée peut être exprimée sous les formes équivalentes, par l'*aequo et bono*, en equité, ou tout autre, dès l'instant au moins ou l'accord se fait sur le contenu du terme employé"([12]). Daí que na sua aplicação a "amiable composition" tenha já sido considerada o "enfant terrible" do direito da arbitragem([13]).

([10]) Fouchard — Gaillard — Goldman, *Traité de l'Arbitrage Commercial International*, Litec, 1996, p. 849.

([11]) Christophe Albiges, *L'équité en droit privé*, LGDJ, 2000, p. 248. René David (que por diversas vezes foi por mim citado quando do debate na generalidade da Proposta de Lei da qual resultou, com alterações, a LAV86) afirma com nitidez que em direito francês a "amiable composition" coincide com a equidade (*L'arbitrage dans le commerce international*, ed. Economica, 1982, p. 455-456).

([12]) Jean Robert, *L'arbitrage*..., Dalloz, 6.ª ed., 1993, p. 157.

([13]) Antoine Kassis, *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé en droit français*, LGDJ, 1987, p. 7. O mesmo autor precisaria, no entanto, em 2006, que "la solution de l'amiable compositeur est une solution équitable" (*L'autonomie de l'arbitrage commercial international*, ed. Harmattan, p. 312-313). Olivier Caprasse sintetiza a posição prevalente: "La clause d'amiable composition signifie que les arbitres peuvent ne pas appliquer, sous réserve de normes contraignantes, les règles de droit au litige: elle entraîne

9. Certo é que alguns autores deram à *amiable composition* um conteúdo aparentemente mais amplo ou mais interventivo. Este o caso paradigmático de Eric Loquin ao atribuir ao *amiable compositeur* um *poder moderador*, do qual poderia advir a faculdade de *modificar* os efeitos das obrigações nascidas do contrato([14]).

No entanto, este entendimento corresponde, precisamente, a uma acepção *forte* de equidade, ou seja, a que prescinde do Direito estrito, procurando soluções decorrentes da justiça do caso concreto.

Daí que de tal perspectiva (que é também a de Poudret-Besson([15])) não resulte uma diferenciação substancial entre a *amiable composition* e a equidade.

10. A jurisprudência francesa não põe em dúvida que o tribunal arbitral, actuando como *amiable compositeur*, deva julgar segundo a equidade, *qua tale*. Apenas tem ressalvado que se a regra de direito corresponder a uma solução de equidade o tribunal poderá invocar a regra de direito. Mas terá que motivar *essa coincidência*. Estará assim em causa a fundamentação da decisão([16]).

---

le pouvoir de décider en equité (...)" — *Les sociétés et l'arbitrage*, Bruylant — LGDJ, 2002, p. 133.

([14]) *L'amiable composition en droit comparé et international*, Litec, 1980, p. 255 s. Isso resulta, entretanto, de o árbitro, face à *cláusula* de *amiable composition*, não estar adstrito à aplicação das regras de direito positivo, desde que estas não sejam imperativas (Loquin, *Pouvoirs et devoirs des amiables compositeurs*, RA, 1985, p. 205 s). Id., Loquin, RA, 1997, p. 390.

([15]) *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant — LGDJ — Schulthess, 2002, p. 662.

([16]) Neste sentido *Cour de Cassation* em 10.7.2003, com anotação concordante de Jean-Claude Betto (RA, 2003, p. 1362). Esta também a posição de Eric Loquin (*L'obligation faite à l'amiable compositeur de respecter sa mission et son controle*, RA, 2001, p. 135). Ou seja, o *amiable compositeur* terá sempre de "motiver sa sentence en equité". E ainda no mesmo sentido, anot. jurisprudencial de Vincent Chantebout (*La portée du devoir de motiver en equité*, RA, 2007, p. 829). Cfr, no entanto, *Cour de Cassation* em 28.11.2007, que confirmando a decisão da *Cour d'Appel* de Paris de 14.3.2006, entendeu que uma solução "não jurídica" corresponderá a uma decisão de equidade, mesmo que esta não seja formalmente invocada.

4

Uma perspectiva de Direito Comparado

11. Na *lei* suiça de arbitragem não consta o *nomen* "amiable composition". Era já assim, para a arbitragem *interna*, na *Concordata* intercantonal de 1969 (art. 31) e mantem-se no *Cód. de Proc. Civil* de 19.12.2008 (art. 381)([17]), que àquela sucedeu e que entrou em vigor em 1.1.2011.

Para a arbitragem *internacional* (art. 187 da Lei federal sobre o direito internacional privado — LDIP, de 1987) é idêntico o regime no referente à dualidade (direito/equidade).

12. Prevê-se na lei de arbitragem *holandesa* (WBR) de 1986 que o tribunal arbitral julgue segundo as regras de direito ou, se as partes a tal o *autorizarem*, como "amiable compositeur" (art. 1054. 3). Mas se dispuser de tal autorização o tribunal arbitral estará adstrito a não contrariar regras de direito imperativas ou de ordem pública([18]). E o *amiable compositeur* decidirá, em termos de realidade, segundo a *equidade*.

O Código Judiciário *belga* não prevê explicitamente nem a equidade nem a *amiable composition*. Diz o art. 1700 que "salvo convenção em contrário das partes, os árbitros julgam segundo as

---

([17]) O tribunal arbitral julga segundo as regras de direito aplicáveis, salvo se as partes *na convenção de arbitragem* o tiverem autorizado a julgar segundo a equidade (art. 31). No referido art. 381 a alternativa é a mesma, mas a autorização para julgar segundo a equidade não terá que ser dada na convenção de arbitragem. Cfr., também neste sentido quanto à equidade, Lalive — Poudret — Reymond (*Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, ed. Payot, 1989, p. 172) que figuravam que a *autorização* poderia ser dada ulteriormente. Para além disso, sobre o alcance da decisão de equidade Poudret entende que embora por vezes se refira o julgamento de equidade como sendo a *amiable composition* "du droit français" tal não será exacto uma vez que a *amiable composition* (francesa) atribui ao árbitro "de plus larges pouvoirs" que a equidade (ob. e loc. cits). Esta posição de Poudret é análoga à que tomaria posteriormente quanto ao direito francês (v. supra nota 15) o que, como referimos, não será de aceitar. Cfr. ainda, na mesma obra, Pierre Lalive, p. 401. O *Regul. suiço de arb. internacional* (2003) põe em pé de igualdade a composição amigável e a equidade (art.33.2).

([18]) Bommel van der Bend e *all.*, *A guide to the Nai Arbitration Rules*, ed. Wolters Kluwer, 2009, p. 221.

regras de direito". Tem sido entendido que no preceito caberá a *amiable composition*, ou, identicamente, a equidade([19]).

13. De qualquer modo, a *summa divisio* na arbitragem voluntária faz-se, por via da regra, entre a decisão de *direito* e a decisão de *equidade*.

É, por ex., o que acontece em Itália.

Na versão de 1994 dizia o CPC que os árbitros decidem segundo as regras de *direito*, "salvo se as partes os tiverem autorizado *con qualsiasi espressione* a pronunciar-se segundo equidade". Face a esta norma acontecia que com alguma frequência as partes estabeleciam, na prática, que os árbitros actuariam como "amichevoli compositori([20]).

Na redacção de 2006 no art. 822 foi substituido o termo "autorizzati" pelo termo "disposto". A alteração é significativa([21]) mas não impedirá *por si* só que, como cláusula de equidade, se destine que os árbitros actuem como "amichevoli compositori".

De resto, em Itália a expressão "amichevole compositione" foi usada na lei até ao CPC de 1942, tendo então sido substituida pela "pronuncia secondo equità". Mas, como lembra Chiara Tenella Sillani, a alteração de terminologia mais não foi do que "un aggiornamento della vecchia formula dell'amichevole compositione"([22]).

Esta é hoje tida como "ambigua e intramontabile", induzindo as partes a supor, erradamente, que estão a atribuir ao tribunal arbi-

---

([19]) Bernard Hanotiau, *Développements récents (...) en matière d'arbitrage commercial en Bélgique*, Cahiers de l'Arbitrage, I, 2002, p. 165 s, *maxime* p. 168.

([20]) Briguglio — Fazzalari — Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Giuffrè, 1994, p. 155.

([21]) Do art. 36.1 da Proposta de Lei 48/XI resulta que as partes podem *incumbir* (..."determinem"...) os árbitros de *julgar* segundo a *equidade*. Adoptou-se (?) assim o critério do *novo* art. 822 CPC italiano. Usualmente não se *impõe* aos árbitros um *dever*, atribui-se-lhes uma *faculdade*, dá-se-lhes uma *autorização* (por todos, § 1051.3 ZPO alemã). A Proposta de Lei não é clara no tocante à *composição amigável*. É um *dever* ou uma *faculdade*? Poderá entender-se ser esta a contida no art. 36.3 (..."o tribunal *pode* decidir o litígio"...). Mas mesmo que seja assim (faculdade) ela terá que ser atribuida *quando da designação dos árbitros*. Com efeito, a composição amigável não incide apenas sobre o modo de julgar: influi, necessariamente, no desenrolar de todo o processo arbitral.

([22]) *L'arbitrato di equità*..., Giuffrè, 2006, p. 208.

tral o poder-dever de encontrar uma solução compromissória para o seu diferendo([23]). Ora, o que acontece é que lhe estão apenas a atribuir o *dever* (na nova redacção do cit. art. 822) de julgarem segundo a equidade. Em qualquer caso deverão os árbitros diligenciar por uma solução conciliatória. No entanto, esse dever não lhes advem da sua condição (?) de "amichevoli compositori", mas sim de actuarem como árbitros — quer de *direito*, quer de *equidade*. Esta é que pode ser tomada numa acepção mais *forte* ou mais *fraca*.

Mas a equidade nunca poderá ser por completo "substitutiva" da regra de direito. O que estará em causa é evitar "le pur rare iniquità che possono derivare del confronto delle singole fattispecie con il regime giuridico destinato a regolarle"([24]).

14. Na sec. 46 do *Arbitration Act* inglês (1996) faculta-se que os árbitros, havendo acordo das partes, decidam "em conformidade com outras normas que tenham escolhido ou que o tribunal (arbitral) considere aplicáveis" (n.º 1. *b*). Diz a generalidade dos autores que tais normas corresponderão às *equity clauses*.

Nestas caberão a *equity*, a *amiable composition*, o *honourable engagement* e os *general principles of law recognised by civilised nations* (ou seja, *grosso modo*, a "lex mercatoria").

No Regulamento LCIA (1998) alude-se ao "honourable engagement", à decisão "ex aequo et bono" e à "amiable composition" (art. 22.4).

Mas em Inglaterra "equity" ou a "amiable composition" correspondem, com designações diferentes, à mesma realidade([25]).

No *Arbitration (Scotland) Act* 2010 permite-se, na Regra 47. 2, a decisão com base em "general considerations of justice, fairness or equity", não se mencionando a "amiable composition"([26]).

([23]) Sergio La China, *L'arbitrato*..., 3.ª ed., Giuffrè, 2007, p. 205-206.

([24]) Leo Piccininni, *Arbitrato ed equità: un connubio sempre attuale*, Rivista dell'Arbitrato (doravante *Riv. Arb.*), 2006, p. 751 s, *maxime* p. 758.

([25]) Assim Sutton — Kendall — Gill, *Russel on Arbitration*, 21.ª ed., Sweet & Maxwell, 1997, p. 163-164. Em idêntico sentido Redfern — Hunter, *ob. cit.*, pp. 46 e 118.

([26]) O mesmo acontece no novo Cód. Proc. Civil da Roménia (lei de 15.7.2010) que não faz qualquer distinção entre a equidade e a composição amigável, como, aliás, já acontecia no Código anterior (Sergio Deleanu, *Le nouveau droit de l'arbitrage international en Roumanie*, RA, 2010, p. 989 s, *maxime* p. 996).

15. É patente a influência que a *Lei-Modelo* teve na consagração da dualidade terminológica *equidade — composição amigável*.

Dispõe, realmente, o seu art. 28.3: "O tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* ou na qualidade de *amiable compositeur* apenas quando as partes a isso expressamente o autorizarem".

As duas fórmulas verbais terão, em termos de realidade, o mesmo sentido([27]).

16. Significativamente, o irlandês *Arbitration Act* 2010 incorporou em bloco a *Lei-Modelo*, completando-a com 32 artigos de carácter processual secundário. E daí que nele surja a dualidade.

O mesmo tinha já acontecido com o Dec.-Lei 55/98/M (regime jurídico da arbitragem externa de Macau) que declaradamente recebeu a *Lei-Modelo*, com apenas duas pontuais alterações([28]).

17. Nem todos os sistemas jurídicos acolhem a diferenciação entre arbitragem de direito e de equidade. Isto acontece pelo menos com o *norte-americano*, até porque aí se entende que o espírito que subjaz à arbitragem comercial é sempre o de obter uma decisão *ex aequo et bono*([29]).

Em Espanha (Lei 60/2003, de 23.12) fala-se em equidade, se as partes nisso acordarem (art. 34, 1). Mas na *Exposição de Motivos* logo se precisa:

([27]) Como se depreende de Bento Soares — Moura Ramos, *Contratos internacionais*, Almedina, 1986, p. 403-404. Lembra pertinentemente Lima Pinheiro, *ob. cit*., p. 164, que a expressão *amiable compositeur* é a empregue na versão francesa da Convenção de Genebra de 1961 (art. VII, 2). Na versão em língua *alemã* esta expressão é substituida por uma referência à decisão segundo a *equidade* ("Billigkeit"). É de acrescentar que na versão *inglesa* é usada a expressão *francesa*.

([28]) Dizia o Regulamento de arbitragem da CNUDCI de 1976 "que o árbitro só julgará como *amiable compositeur* ("ex aequo et bono") se o tribunal para tal for expressamente autorizado pelas partes" (art. 33.4). O novo Regulamento (de 2010) usa uma disjuntiva: "amiable compositeur *ou* ex aequo et bono" — o que, no entanto, não altera a equivalência. Alguns regulamentos usam a expressão *amiable compositeur* "but is generally accepted that there is no meaningful difference between the two concepts which refer to the power of an arbitrator to decide a case on the basis of fairness and equitable considerations" (Yves Derains — Eric Schwartz, *A guide to the new ICC Rules of Arbitration*, Kluwer, 2005, p. 245-246).

([29]) Clara Tenella Sillani, *L'arbitrato di equità*, Giuffrè, 2006, p. 380.

> A arbitragem de equidade fica limitada aos casos em que haja acordo expresso das partes, já através de uma remissão literal para a *equidade*, quer para termos similares como decisão "em consciência", "ex aequo et bono", ou que o árbitro actuará como *compositor amigável*.

E, por ex., na lei *peruana* de 2008 (art. 57. 3) fala-se em arbitragem de equidade ou "em consciência". Era a formulação anterior (lei de 1996).

Já no Código Comercial mexicano a alternativa em relação à decisão de *direito* é a de o tribunal actuar como "amigable componedor" ou em consciência (art. 1445).

Entendeu o Supremo Tribunal mexicano (em 27.5.2009) que da composição amigável advinha o dever de promover uma conciliação através de uma solução justa e equitativa.

Foi a decisão em causa severamente criticada na *Revue de l'Arbitrage* (RA)([30]), desde logo porque tal procedimento não corresponderia a uma arbitragem.

5

A arbitragem e a mediação

18. O que se passa é que — como se sabe — a arbitragem e a mediação são modos diversos de regulação de litígios. A 1.ª é um meio de *hetero — regulação* através de um processo jurisdicional. A 2.ª é um meio de *auto-regulação*, com o apoio de um mediador.

Ora, por assim ser, para além de não ser uma norma minimamente entendível, o art. 35 dá causa a uma desnecessária confusão entre duas realidades conceituais distintas: o *árbitro pode decidir* o litígio por apelo (?) à *composição das partes* — estas, com o auxílio de um *mediador*, podem *compor*, elas mesmas, o litígio.

Por assim ser, as partes, que não terão, elas próprias, que ser juristas ou ser por eles aconselhadas, e que pensam conhecer o

---

([30]) RA, 2011, p. 201 — 205. O comentário é de um professor da Univ. de Monterrey (James A. Graham).

Direito porque o podem "apalpar" com as mãos, serão eventualmente remetidas para uma nebulosa conceitual que o legislador deverá evitar([31]).

19. Como dissemos, a AR, em sede de Comissão, tomou como *modelo* a designação francesa e, *em evidente estado de urgência*, deu-lhe um conteúdo que ela em França *não tem*.

Com algumas modulações (assim, por ex., as propostas por Loquin) que não colidem com o seu sentido decisivo, a *amiable composition* equivale ali à *equité*.

O que acontece é que esta (a equidade), não corresponde a um conceito unívoco. Desde logo, pode ter como referência determinante o direito legislado atenuando a sua rigidez, na mira de uma solução justa para o caso concreto. Mas também pode prescindir do direito estrito([32]).

20. Embora as *leis* francesas (CPC) se furtem a dar uma definição, mesmo sumária, de *amiable composition*, o certo é que não contêm uma referência *autónoma* de *equité*([33]). Quem o faz são algumas leis de influência francesa, num evidente paralelismo entre os dois conceitos.

Assim, designadamente, a lei de Madagascar de 1998 (CPC)([34]) que dispõe no art. 449:

([31]) Como lembrava o prudente e sábio Giorgio del Vecchio, *A crise da ciência do Direito*, no Bol. Fac. Direito (Coimbra), XVIII (1942), *maxime* p. 152. Na circunstância (a do art. 35) nem para os mais qualificados juristas a lei é objecto de entendimento fácil e uniforme. Continua a ser um *enigma*.

([32]) É, no entanto, de dizer que a *regra moral*, directamente aplicada (assim Pierre Mayer, *La règle morale dans l'arbitrage international*, em *Études Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 388), devendo estar presente em todos os actos humanos, poderá *na circunstância* conduzir a uma equidade meramente "cerebrina" quando não tenha em conta uma referenciação *jurídica*.

([33]) Fouchard, aludindo aos arts. 1474 e 1497 da versão de 1980-81, diz que "ce texte est surtout riche de ce qu'il ne dit pas", remetendo para a doutrina e a jurisprudência a fixação do seu conteúdo. De qualquer modo o intérprete — aplicador deve evitar tudo aquilo que "lui paraît contraire à l'equité" (cfr. *Écrits* — obra póstuma ed. pelo *Comité français de l'arbitrage*, 2007, p. 320-321).

([34]) "...o legislador malgache inspirou-se no direito francês e para a parte internacional (...) na Lei-Modelo" — RA, 2003, p. 381.

> "L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que, dans la convention d'arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer en *amiable compositeur*, c'est-à-dire *selon les règles de l'equité*".

21. E isto acontece porque esteve sempre latente ou mesmo explícita essa equivalência.

Ela já era pressentível na Idade Média([35]).

A fórmula *amiable composition* ganhou prestígio em França no séc.XVIII porque se pensava que assim "se acomodavam as partes e se compunham sumariamente os seus litígios". Realmente, ela era vista como "le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens" (Condorcet).

Era a sensatez de *equidade* a esbater rigidez da lei([36]).

Isto ainda hoje é pensado pelos autores que mais especificamente têm tentado apurar uma noção de *amiable composition*. Através dela promover-se-á "une souplesse suffisante pour atténuer les rigueurs de la pure logique juridique et de promouvoir, dans un souci de réalisme, une solution équitable et acceptable pour tous" (Magendie), evitando, não obstante, os possíveis riscos de arbitrariedade eventualmente decorrente da equidade, ou seja, "un subjectivisme outrancier" (Motulsky)([37]).

22. Verdadeiramente, a sede natural da *composição amigável*, tal como está figurada no art. 35 LAV86 (e no art. 36.3, do Projecto de Lei 48/XI, *é a mediação — conciliação*([38]).

([35]) Anne Lefebvre — Teillard, *Arbiter, arbitrator seu amicabilis compositor*, RA, 2008, p. 369 s., *maxime* p. 383.

([36]) E também a dos juizes togados. E daí que os árbitros começassem a ser tidos *como mediadores* (Chiara Tenella Sillani, *ob. cit*., p. 122).

([37]) Cits. por Christophe Albiges, *ob. cit*., p. 257.

([38]) Que, a nosso ver, são conceitos complementares: pela *mediação* alcança-se uma *conciliação*. Esta deve ser integrada naquela: é a sua resultante, quando conseguida. Cfr. Mariana França Gouveia, *Meios de resolução alternativa de litígios*, em *Estudos 10 anos Univ. Nova*, 2008, p. 727. Cfr. ainda no mesmo sentido Petrônio Calmon, *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*, Ed. Forense, R.J., 2007, p. 1998, p. 35 Bruno Oppetit (*Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998, p. 35), embora tendo-as como "meios" próximos, distingue-as: "le conciliateur joue sans doute un rôle plus actif el plus directif que le

Ora, esta é um meio específico e informal de resolução de litígios.

Precisamente por isso no preâmbulo do Regulamento ADR da CCI refere-se que as diversas modalidades nele previstas ("mediation", "neutral evaluation", "minitrial"...) se destinam a promover uma "amichevole compositione" do diferendo (v. *Riv. Arb*., 2002, p. 611). Acontece que na versão francesa diz-se "règlement amiable", assim se evitando confusão terminológica com "amiable composition" — *equidade*.

Exemplo característico desta dualidade de acepções estava já no Regulamento de Arbitragem da Câmara Arbitral do Piemonte de 1998 (v. *Riv. Arb*., 2000, p. 636). Na 2.ª Parte — respeitante à *arbitragem* dispõe-se que "os árbitros decidem segundo o *direito*, salvo se as partes as tiverem autorizado a julgar segundo a *equidade*" (art. 16.3). Na 3.ª Parte — respeitante ao "processo de conciliação ADR — Piemonte" — diz-se (art. 19.1) que a finalidade do processo de conciliação ADR é a de promover *la composizione amichevole* di controversia...

6

Os "males" da "composição amigável" criada (precipitadamente!) pelo art. 35 LAV86

23. Situar-se-á, pois, a composição amigável no espaço natural da *mediação*.

Só que na LAV86 ela está figurada como método de actuação e de decisão em *arbitragem voluntária*.

O mediador (i.e., o conciliador) não *decide*: a mediação é, em princípio, um meio não vinculativo de resolução do litígio([39]).

---

médiateur". Mas exactamente em sentido contrário Fali S. Nariman (*Médiation et Arbitrage*, Bull. CCI, sup. esp. 1999, p. 43 s, *maxime* nota 10) ao confrontar a mediação com a conciliação diz que "le conciliateur prend moins d'initiatives que le médiateur". Fouchard precisara já que "a mediação é o mecanismo tipo de resolução amigável ("réglement amiable") de litígios" (*Arbitrage et modes alternatifs de réglement des litiges*, em *Mélanges Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 97 s, maxime p. 109).

([39]) Cfr., no entanto, a Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, respeitante à mediação em matéria civil e comercial (mas cujo regime poderá ser apli-

No decurso da mediação poderá o mediador contactar com as partes em conjunto ou separadamente.

Mas poderão as partes acordar em que, se da mediação não resultar a "composição amigável" das partes, o mediador passará a ser um árbitro, com poderes jurisdicionais decisórios. Surgirá então uma MED-ARB.

Só que esta não tem sido favoravelmente encarada pela doutrina. Diz-se, sobretudo, que devendo o árbitro comunicar no decurso da *mediação* com as partes, separadamente ou em conjunto, delas terá recebido informações e razões que afectarão a isenção decisória com que deveria actuar na fase decisória([40]). Acresce que, sabendo as partes que, caso se não "componham amigavelmente" na fase de mediação, o *mediador* passará a ser um *árbitro*,

---

cado a processos internos de mediação) na qual se prevê a executoriedade dos acordos obtido por via de mediação nas circunstâncias previstas no art. 6.º Sobre a Directiva e a sua transposição para o ordenamento português cfr., sobretudo, Dário Moura Vicente, RIAC, 2009, p. 125-148. Cfr., também, suscitando pertinentes dúvidas quanto "à real força da proclamação", Paula Costa e Silva, *A nova face da Justiça*, Coimbra Editora, 2009, p. 83. Para a *transposição* foi "aproveitada" a Lei 29/2009, de 29.6, que genericamente parecia destinada a aprovar o regime jurídico do *processo de inventário* (!). E consta do art. 79 e não de um diploma próprio e claramente entendível. Na Portaria 203/2011, de 20.5. — essa, sim, referenciada à mediação — "explica-se" no preâmbulo que com aquela Lei "se iniciou o processo de transposição" da Directiva, que a *Portaria* vem completar. Tudo isto revela o *apuro* com que em Portugal hoje se está a legislar... É, aliás, de referir que para efeitos da aplicação da Directiva (i.e. do disposto nos artigos 249-A-B e C e 279 do CPCivil) são "sistemas de mediação", *a nível nacional*, apenas "os sistemas *públicos* de mediação já existentes ou a criar" — al. *a*). Ora acontece que na *Directiva* nada aponta para um sistema *público* de mediação. Cfr., por ex., Roberta Tiscini, *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciale*, na *Riv. Arb*., 2010, p. 585-610. O moderno sistema de mediação comercial foi, como é sabido, tratado pela CNUDCI na *Lei-Modelo* de 2002, que visivelmente aponta para a sua natureza *não pública*. E muito antes disso tinha o nosso *Centro de Arbitragem Comercial* aprovara (em 1994) um "Regulamento de Mediação e Conciliação". Os centros de mediação constituem, como regra, uma emanação de Câmaras do Comércio ou de organizações ligadas à actividade forense. Assim, apenas como exemplo, a CCI ou a *American Arbitration Association* (cfr., em geral, o já "clássico" *ADR in Business*, de Goldsmith — Ingen Housz — Pointon, *Kluwer Law*, 2006). No tocante à mediação *pública* ela terá sentido quando incluida na área dos *julgados de paz*. Estes, na feliz formulação de 2001, dão resposta cabal a uma justiça *não judicial* vocacionada para causas de menor relevo material. Isso não tinha acontecido com os 1.os *julgados de paz*, criados pelo Dec.-Lei 539/79, de 31.12, em termos impraticáveis. A A.R. recusou a ratificação desse Dec.-Lei (cfr. o meu despacho, como ministro da Justiça, de 18.2.1980 — B.M.J., 294, p. 11-19), no qual se motivou a A.R.

([40]) Assim Redfern — Hunter, *ob. cit*., p. 40 e Thomas Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, p. 431.

agirão no decurso desta com natural reticência, até para preconstituir a sua posição na fase *jurisdicional*, ou seja, na arbitragem.

24. Acresce que numa arbitragem "decidida" por "composição amigável" estarão os árbitros de parte numa relação de maior proximidade com os *interesses* em conflito.

Deverão ser, como qualquer árbitro, integralmente *neutros*. Mas, mesmo insensivelmente, conseguirão sê-lo, por inteiro?

Ao invés, na *mediação* o conflito das partes será *resolvido* pelas partes, elas mesmas, embora apoiadas pelo mediador.

A forma *natural* de encontrar o equilíbrio dos interesses das partes, de as "compor amigável", é a *mediação* e não a arbitragem na "modalidade" do art. 35 LAV86.

25. A "composição amigável" *arbitral* (!) potencia pois, os *males* que poderão ser figurados na MED-ARB([41]).

Realmente, o *mediador* que, na hipótese MED-ARB, passará a ser o *árbitro* é, salvo em casos muito excepcionais, *um*. Na *arbitragem* o tribunal é, por via de regra, constituido por três árbitros, dois dos quais serão *ex-parte*([42]).

Não haverá mediadores *de parte*. E da *Lei-Modelo* de 2002 (como da anterior, de 1980) vê-se que, salvo convenção em contrário, o mediador não deve actuar no mesmo litigio como mediador e como árbitro([43]). Ora, é precisamente isso que se dá na "arbitragem por composição amigável".

([41]) Realmente, enquanto a "composição amigável" arbitral terá que se manter, por natural destinação, até final como um meio *híbrido*, na MED-ARB o mediador apenas passará a ser árbitro se as partes nisso convierem. Isto em síntese. Cfr. Jacob Rosoff, *Hybrid Efficiency in the Arbitration: Waiving Potential Conflicts for Dual Role Arbitrators in Med-Arb and Arb-Med Proceedings*, em *Journal of International Arbitration*, 2009, p. 89-100.

([42]) O que não significa que, como se sabe, não haja um só árbitro (ou mais de três). Mas que não é essa a tendência advem do art. 10, 1 e 2, da *Lei Modelo* e do art. 7.1 do *Regulamento* CNUDCI (2010). Cfr., no entanto, por ex., art. 15.3 da lei espanhola de 2003 e §1035 (3) ZPO. No que respeita à mediação a *Lei-Modelo* da CNUDCI de 2002 sobre conciliação — *mediação* (art. 1.3) figura a hipótese (não confirmada pela prática) de mais do que um mediador. Mas no articulado fala-se sempre do "conciliador" (mediador).

([43]) Assim R-8 do Regulamento de arbitragem e mediação da AAA (2007). Daí que a MED-ARB apenas seja legitimável se o mediador fôr substituido na fase arbitral por outra pessoa (cfr., por ex. Paula Costa e Silva, *A nova face da Justiça*... cit. p. 129).

26. Certo é que o árbitro *de parte* está vinculado a uma actuação imparcial (e independente). Actuar assim é para ele uma questão de honra pessoal e de deontologia profissional e não simplesmente uma obrigação legal"([44]).

E se fôr além de um *state of mind* de natural *proximidade* com a parte que o designou e passar a desenvolver ao longo do processo uma *estratégia* de favorecimento dessa parte, actuando com parcialidade *evidente* (e deliberada), afrontará os principios do contraditório e da igualdade de armas, constantes, designadamente, do art. 16 da LAV86 e violará, por decorrência, regras de ordem pública (processual)([45]).

27. Os árbitros *de parte* não são, por natural destinação lógico-jurídica, mandatários dessa parte; sê-lo-ão de *ambas* as partes([46]).

Poderão ocorrer falhas ou situações desviantes. É a elas que se refere Peter Schlosser([47]) que chega ao ponto de considerar adequada uma decisão do Tribunal Federal Suiço, no sentido "que as exigências de integridade pedidas aos árbitros designados pelas partes não são tão estritas como as pedidas ao presidente do tribunal arbitral".

Mas não deve ser assim. Se a *neutralidade* pura, quase robotizada, é um mito, o *valor* da imparcialidade aparece sempre como o esperável critério de actuação.

E mesmo quando o árbitro, findo o processo, emite uma *dissenting opinion* esta não deve necessariamente ser tida como uma

---

([44]) Ahmed El-Kosheri e Karim Youssef em *L' indépendance de l'arbitre*, Bull. CCI, sup. esp., 2007, p. 47. O árbitro *ex-parte* passa a ser árbitro de ambas as partes "ao ponto de poder e dever não dar razão à parte que o designou" (Sergio La China, *ob. cit*., p. 89). Cfr. Mariana França Gouveia, *O dever de independência do árbitro de parte*, Themis, 16, 2009, p. 319 s, *maxime* p. 325.

([45]) Chiara Spaccapelo, *L'imparzialità dell'arbitro*, Giuffrè, 2009, p. 410-419 e autores aí referidos. Cfr. também Sampaio Caramelo, *A reforma da Lei de Arbitragem*..., RIAC, 2009, p. 7 s, *maxime* p. 45-50. E com especial interesse sobre a incidência da violação da ordem pública na anulação de sentença arbitrais, cfr. anot. de Assunção Cristas — Mariana França Gouveia, em *Cadernos de Direito Privado*, 29, 2010, p. 48-56.

([46]) Assim, Mário Raposo, *O estatuto dos árbitros*, ROA, 2007, p. 529-540.

([47]) em *L'impartialité et l'indépendance de l'arbitre en droit allemand*, na *Riv. Arb*., 2005, p. 1 s, *maxime* p. 8. Informa, entretanto, Schlosser que a doutrina largamente prevalecente na Alemanha vai no sentido de que não há diferenças de estatuto (p. 6).

"prestação de contas" à parte que o designou e que nele pôs confiança. Tratar-se-á, muitas vezes, da expressão de um ponto de vista pessoal, de auto-estima *intelectual*([48]).

7

Conclusão

28. É de ter como certo que a imparcialidade (e a independência) são qualidades necessárias do árbitro.

Não poderão as partes *renunciar* a essa regra essencial.

O sistema do árbitro *parcial* ou *partidário* — que actua como "arbitrator — advocate" sob a presidência de um "umpire"([49]) — é contrário à ordem pública portuguesa([50]).

29. Acontece, no entanto, que a dinâmica da "composição amigável" *arbitral* propõe o programado e *decisório* equilíbrio de

---

([48]) O anterior Dec-Lei 243/84 dizia expressamente que "a sentença (...) incluirá os votos de vencido, devidamente identificados" A LAV86 adoptou a mesma solução (art. 23.2). E a Proposta de Lei 48/XI estatui no art. 39.2: "não se formando maioria, o presidente do tribunal tem voto de qualidade *e os demais árbitros exaram o respectivo voto de vencido*". É de crer que o "pre"-legislador, se adoptar o sistema (que é controvertível) deverá prever que o voto *dissidente* deve ser emitido *em separado*, não sendo incorporado na sentença (neste sentido Claude Reymond). A sê-lo deverá ser *sucinto*, para obstar a excessos já ocorridos (cfr. Mário Raposo, *Estudos*... cit., p. 19-27).

([49]) Marc Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, LGDJ, 2001, p. 236; Claudio Consolo, *Arbitri di parte non "neutrali"*?, na *Riv. Arb*., 2001, p. 9-17.

([50]) Cfr. Mário Raposo, *Estudos* cit. p. 82. Patrícia da Guia Pereira (*Fundamentos da anulação da decisão arbitral*..., *O Direito*, 2010, V., p. 1057 s, *maxime* p. 1067, nota 41) refere, no entanto, que na minha "terminologia" (sic) o arbitro *de parte* é entendido como o árbitro parcial ou partidário. Referência que não é, obviamente, exacta. Reconheço, no entanto, que essa perspectiva foi já figurada. Assim M. Taruffo, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, na *Riv. Arb*., 1996, p. 486: "In quanto *arbitro* egli dovrebbe essere independente, neutrale ed imparziale, ma in quanto *di parte* egli non può esere indipendente e nessuno si aspetta — *in realtà* — che egli sia neutrale ed imparziale". Sem concordar com este *fatalismo* lembro, no entanto, que foi já sustentado que a obrigação de *imparcialidade* deverá advir do *colégio* arbitral e não de cada um dos árbitros. Imparcial deverá ser *o tribunal arbitral*. Não é, de qualquer modo, de acolher esta figuração. A imparcialidade é, em qualquer caso, uma obrigação *pessoal*. Assim também Sergio Marullo di Condojanni, *Il contratto di arbitrato*, Giuffrè, 2008, p. 230.

interesses conflituais. Só que não serão destrinçáveis a fase de *composição* e a fase de *decisão*([51]).

Nesse contexto o árbitro *de parte*, qualquer árbitro, terá que pisar terrenos movediços, porventura de inapreensível risco para a imparcialidade que, como regra, deverá manter.

24.5.2011

([51]) Essa "confusão" não acontecerá no sistema legal que mais proximamente estará do "ambicioso" art. 35 da LAV86: a *Lei sobre a Arbitragem Comercial Internacional*, da província do Ontário (1990) que dispõe no art. 3: "Para facilitar a regulação de um litígio o tribunal arbitral pode, em qualquer fase do processo, com o acordo das partes, tentar a conciliação. E pode igualmente, também com o acordo das partes, retomar a sua função de árbitro". Do preceito decorre que, por via dele, o árbitro poderá actuar em duas vestes perfeitamente identificáveis e compartimentadas: a de mediador (uma) e a de árbitro (outra). Refira-se, aliás, que o preceito canadense é apontado por Frédéric Bachand (*L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, LGDJ, 2005, p. 139) precisamente como uma variante da *med-arb*. E em seu entendimento esta não é, só por si, censurável, uma vez que as partes poderão *recusar* o árbitro quando ele assume ou re-assume essa função.