

## REFLEXÃO SOBRE A CONSTRUÇÃO DE UM BOM LAUDO ARBITRAL

Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 31/2011 | p. 233 - 245 | Out - Dez / 2011  
Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 3/2014 | p. 747 - 760 | Set / 2014  
DTR\2011\5133

José Miguel Júdice

Antigo Presidente da Ordem dos Advogados de Portugal. Membro da Corte Internacional de Arbitragem da CCI e da lista de árbitros e conciliadores do Cirdi. Advogado.

Área do Direito: Arbitragem

Resumo: O artigo discute o procedimento arbitral, com enfoque nos elementos que contribuem para a elaboração de uma boa sentença arbitral. O autor menciona o papel, postura e os deveres do árbitro presidente e dos coárbitros durante o procedimento arbitral, bem como o tipo de interação entre eles na condução do procedimento e deliberações, destacando a obrigação de respeitar o devido processo legal. Saliencia a importância da audiência que é como uma parte elementar da elaboração de uma boa sentença arbitral. Conclui que a boa sentença não agradará a todos necessariamente, mas será por todos admirada, e deverá ser exequível nas jurisdições de provável execução.

Palavras-chave: Sentença arbitral - Tribunal arbitral - Procedimento arbitral proceedings - Audiência - Funções do árbitro presidente e coárbitros - Devido processo legal - Cooperação.

Abstract: The article discusses arbitration proceedings, focusing on the elements that contribute to drafting a good arbitral award. The author mentions the role, attitude and duties of presidents and co-arbitrators, and the type of interaction between them in the conduction of the proceedings and voting, stressing the duty to respect due process. The article underlines the importance of the hearings, which significantly contribute to drafting the arbitral award. The author concludes that a good arbitral award will not necessarily please all parties, but will be admired by them: it will have to be enforceable in the jurisdictions where parties are likely to enforce it.

Keywords: Arbitral award - Arbitral tribunal - Arbitral proceedings - Hearings - Role of chairman and co-arbitrators - Due process - Cooperation.

Sumário:

A finalidade de qualquer procedimento arbitral é que seja possível alcançar no seu final um bom laudo arbitral. Por sua vez um bom laudo arbitral é o que (a) põe termo ao litígio, (b) com a força de caso julgado, (c) aplicando adequadamente a lei e o contrato, (d) respeitando as normas de ordem pública obrigatórias, (e) após um julgamento justo, onde as regras do "due process" foram respeitadas, e (f) sendo "enforceable" nos países onde existam activos que possam garantir a concretização da decisão arbitral, se e na medida em que as partes a não venham a respeitar.

Pode dizer-se que a obtenção de um bom laudo começa na escolha dos advogados que patrocinem o caso. <sup>1</sup> Sem boa "advocacy" as probabilidades de se alcançar um bom laudo são bem menores. Para além disso, sem dúvida que a escolha dos árbitros é um momento essencial para a boa decisão da causa. Árbitros incompetentes nas questões de direito e de facto que lhes vão ser submetidas, pouco trabalhadores, sem tempo disponível para dedicar ao processo, que não tenham experiência, que não sejam independentes ou imparciais, só por um improvável acaso produzirão um bom laudo arbitral.

Esta reflexão <sup>2</sup> não vai abordar a fase inicial do processo arbitral; antes se inicia no momento em que os dois coárbitros escolheram já o árbitro presidente (ou ele foi

escolhido pela entidade competente para a sua nomeação), e em que, com a constituição do tribunal arbitral, o procedimento vai realmente ter início.

Pode acontecer que os árbitros se conheçam, tenham estudado na mesma universidade, participem em encontros, seminários e congressos em conjunto ou até que já tenham trabalhado uns com outros em processos arbitrais como advogados, árbitros ou peritos legais. Mas, sobretudo nas arbitragens internacionais, é muito provável que os coárbitros<sup>3</sup> não tenham um do outro mais conhecimento do que resulta da leitura dos respectivos *curricula vitae*. Disto resulta que uma tarefa essencial é que os árbitros que vão trabalhar juntos ganhem gradualmente, mas desde cedo, um grau elevado de coesão.

Por isso, para se conseguir obter no final um bom laudo arbitral, tudo deve começar a ser preparado quando os árbitros se reúnem ou trocam impressões pela primeira vez e os requerimentos e documentos das partes chegam aos árbitros. É nessa fase que o Presidente começa a tentar perceber que tipo de tribunal tem de dirigir e como o fazer. É também nesta fase que se deve iniciar a percepção, que seja o mais clara possível, dos pontos de vista das partes e uma definição rigorosa das questões legais e factuais que são nucleares.

Esta tarefa não é fácil, mas é melhor que comece a ser concretizada desde muito cedo no processo arbitral. Cada uma das partes naturalmente que apresenta os seus pontos de vista com o máximo de parcialidade compatível com a necessidade de evitar o risco de prejudicar a credibilidade da tese que defende. A lógica e a força dos princípios do contraditório e da igualdade de armas permitem ao Tribunal Arbitral o acesso a pontos de vista contrastados e em regra incompatíveis, e isso em regra ajuda a encontrar uma boa decisão.

Mas não é suficiente que existam as posições contrastadas e antinómicas das partes. É também essencial que os árbitros se submetam eles próprios ao efeito do contraditório: analisem o ponto de vista de uma das partes e depois da outra, para a seguir puderem beneficiar da percepção que nasce de olhares diferentes sobre os factos e interpretações diversas do direito aplicável.

Esse é um bom método para se evitar os pré-conceitos que possam poluir o processo decisório. Estamos perante uma regra prática, aparentemente evidente e fácil de seguir, mas que nem sempre se concretiza em todos os tribunais arbitrais. Mesmo não falando de situações patológicas de árbitros que não são independentes nem imparciais, por vezes algum enviesamento favorável a quem nomeou o coárbitro<sup>4</sup> conduz a que consciente ou inconscientemente o espírito de algum ou alguns dos árbitros não esteja preparado realmente para considerar a controvérsia como um campo aberto a várias e opostas soluções.

Mas, para além disso, o Tribunal Arbitral é um órgão colegial. Beneficia da interacção de três pessoas, muitas vezes com culturas jurídicas diversas, que possuem experiências distintas e que podem nalguns casos ter predisposições em relação ao caso que sejam opostas ou pelo menos dificilmente assimiláveis. É aliás provável que assim seja, pelo menos até um certo ponto, sem que se possa considerar patológica tal situação. Quando um counsel ou uma parte escolhe um dos coárbitros, tem em regra o cuidado de eger alguém que sobre as questões de direito não seja intelectualmente hostil ao ponto de vista que ao seu Cliente mais convém e que sobre questões de facto tenha alguma predisposição favorável, que em todo o caso não afecte a independência do coárbitro pois isso seria altamente nefasto e contraproducente. Assim, quando o Tribunal começa a trabalhar, o Árbitro Presidente já sabe ou deve pelo menos admitir que cada um dos coárbitros chega ou pode chegar com alguma predisposição; e por isso cada um dos coárbitros precisa de ser integrado no colectivo em termos que favoreçam a constituição de uma equipa de trabalho que seja coesa.

A questão é, portanto, saber como conseguir então que a unidade e a coesão do tribunal se construam, se mantenham fortes e dures até ao fim. Para tal efeito e mais vezes do

que seria desejável existe – sobretudo em arbitragens com árbitros pouco experientes – uma tendência para optar por *to split the baby*, com sentenças salomónicas que permitam um consenso entre todos os árbitros, evitem o “risco” da dissenting opinion e tentem agradar pelo menos em alguma medida a todas as partes. Esta tendência é muito nefasta ao instituto da arbitragem, desrespeita a vontade das partes (que determinaram um processo arbitral e não uma mediação além do mais vinculativa) e afecta o direito e a justiça.

No plano da estratégia militar e da teoria dos conflitos, costuma-se dizer que só consegue alcançar e construir uma boa paz quem esteja preparado para fazer uma (boa) guerra. Este paradigma, com as devidas e naturais adaptações, pode e deve aplicar-se ao tema que estamos a desenvolver. O árbitro presidente só conseguirá obter um bom consenso se estiver preparado – e os coárbitros o saibam – para uma decisão que não seja unânime e que, no limite e se e quando legalmente possível, não seja apoiada por nenhum dos coárbitros.

O tribunal arbitral é uma entidade colectiva, em que aspectos psicológicos e comportamentais são determinantes. Deve tentar-se que entre os árbitros se desencadeiem processos virtuosos que acentuem a coesão e o sentido de participação; ou que – se e quando algum dos árbitros o recuse – isolem quem não quer, não pode ou não sabe agir de acordo com as regras básicas do sistema. Do que se trata, afinal, é sobretudo de se conseguir que cada um dos árbitros se sinta gradualmente cada vez mais ligado ao colectivo arbitral e menos ao advogado que o indicou ou à parte que o escolheu.

Mas isto não é tudo. Visto do lado dos coárbitros a questão é um pouco diversa. O coárbitro deve aspirar a que os seus pontos de vista, aquilo que soube entender ou que entende dever iluminar, sejam perceptíveis para os colegas do tribunal e em especial para o árbitro presidente.

Para tudo isto ser alcançável, existem algumas regras de índole prática, que se sustentam (e devem respeitar em todo o caso) em regras legais e contratuais e que exprimem deveres de conduta que não podem ser esquecidos. Assim, no que se refere a cada coárbitro, é mister que ele seja: (a) construtivo, (b) sério, imparcial e independente e que pareça que o é; (c) não queime em combates de menor relevância, através dos quais desgastará a sua imagem, trunfos que possa ter para usar; (d) saiba “sentir” o árbitro presidente; (e) mostre ser e seja efectivamente profundamente leal ao tribunal arbitral; e (f) que domine perfeitamente o caso, nos seus aspectos factuais e legais.

O coárbitro deve acima de tudo ser capaz de articular com o árbitro presidente. De nada serve um coárbitro muito inteligente, com enorme capacidade de trabalho e experiência, com densidade científica de nível superior, se o estilo das suas relações humanas, se a sua forma de estar no colectivo, se a sua maneira inconsciente de tratar os outros, o fizerem alienar a hipótese de empatia com o árbitro presidente. E pode perder-se a empatia por muitas formas, desde o excesso de arrogância à insuportável humildade, desde a discordância autossuficiente até à constante concordância. Um coárbitro deve ter a coragem da coerência, a delicadeza da modéstia, a vontade de cooperação, o equilíbrio na concordância e na discordância. Deve ser uma pessoa aberta e maleável, que se não deixe isolar em posições que nunca obterão consenso, mas também ser capaz de demonstrar que tem convicções e a coragem de as assumir. Nisso, como em tudo o que tem a ver com um procedimento arbitral ou judicial, são os factos e não os argumentos que determinam o resultado do procedimento. Ter e expressar opiniões que os factos não (ou ainda não) comportam é um risco que se não deve correr; mas também a clareza dos factos deve levar a sustentar com determinação a solução de direito que melhor convém à realidade demonstrada.

Pelo seu lado, o árbitro presidente também não pode esquecer algumas regras essenciais para balizar e orientar o seu comportamento. Assim deve (a) ser totalmente

independente e imparcial; (b) dominar em absoluto o processo, conhecendo com detalhe e rigor os factos e o direito; (c) estabelecer uma relação pessoal de lealdade e confiança – e se possível até de amizade – com os coárbitros; (d) analisar e perceber se e em que medida os coárbitros são realmente imparciais e agir em conformidade; (e) dar aos coárbitros a possibilidade e a certeza de serem ouvidos; (f) conciliar a modéstia com a autoridade.

Para qualquer pessoa a quem compete o dever de liderar um grupo humano em acção, os aspectos psicológicos e comportamentais são essenciais. É difícil ganhar a confiança dos outros e muito fácil perdê-la. O árbitro presidente precisa de construir auctoritas sobre a base da potestas que decorre do papel que lhe está atribuído. Se não for capaz de o fazer, dificilmente consegue a legitimação da aceitação indiscutida para acrescentar à legitimidade que resulta das normas legais e contratuais que definem a sua função.

Para além disto existe uma pequena e singela regra que muito pode ajudar a eficácia do trabalho, aumentar a consciência e o conhecimento do caso e das suas especificidades, além de permitir que o tempo de maturação do laudo aumente sem prejudicar a eficiência quanto à decisão no mais curto prazo possível. Trata-se de ir preparando a parte expositiva do laudo (identificação das partes, resumo das posições que apresentam, histórico do processo e questões essenciais a decidir) ao longo do procedimento e antes da produção final de prova testemunhal. Esta regra, raras vezes seguida por árbitros pouco experientes ou com falta de tempo e sem apoios, é da maior utilidade também porque permite ir comunicando com os coárbitros e deles recebendo inputs ao longo da fase processual em que compete essencialmente às partes fazer o seu trabalho.

Durante o procedimento arbitral podem ocorrer situações que era impossível ou pelo menos muito difícil prever. Tais situações devem ser enfrentadas pelo Tribunal Arbitral com coesão e tendo sempre em vista o respeito das regras essenciais do due process, que são o limite aos poderes dos árbitros. A prudência determina que em caso de dúvida se actue em termos que assegurem, ainda que por excesso, a igualdade de armas entre as partes, o respeito do princípio do contraditório, a negação do efeito surpresa e a possibilidade de cada uma das partes apresentar plenamente o seu caso. E, claro, deve ponderar-se com cautela as eventuais normas legais imperativas que – se forem desrespeitadas – poderão gerar a anulação do laudo ou a impossibilidade de obtenção do exequatur. Mas a eficácia exige, por outro lado, que o Tribunal não permita abusos que bloqueiem ou tornem impossível de gerir o procedimento. Encontrar um equilíbrio entre estes dois impulsos deve ser o objectivo dos árbitros e para esse efeito a experiência acumulada por eles é um auxiliar precioso.

Por diversas razões o tribunal arbitral pode ser chamado a tomar decisões antes do laudo final. É o caso evidente de laudos parciais, mas pode ser muito mais do que isso: podem ter de ser decididas questões de organização e logística processuais, pedidos de cooperação ao Judiciário para produção de prova, protestos dos advogados relativamente a atitudes da outra parte etc. Muitas vezes estas questões são perfeitamente razoáveis e legítimas, resultando de preocupações ou de dúvidas, e depois de solucionadas aumentam a eficiência do processo e a cooperação entre as partes e o tribunal. Mas por vezes a realidade é outra. É o que se passa quando uma das partes tem como estratégia apenas a destruição do processo arbitral e a criação de fundamentos verdadeiros ou falsos para tentar a posteriori a anulação ou a inviabilidade da execução nas jurisdições onde existam activos que permitam a cobrança do valor da hipotética condenação.

Estes eventos constituem sempre um teste ao tribunal arbitral.<sup>5</sup> Em primeiro lugar, porque permitem reforçar ou constatar a inviabilidade da coesão interna do tribunal. Depois porque podem demonstrar a falta de independência e imparcialidade de um ou mais árbitros. Também porque, em alguns casos pelo menos, podem dar alguma informação sobre a provável tendência dos árbitros e em especial do presidente do tribunal quanto às questões de fundo. Finalmente, porque podem destruir a viabilidade

de um laudo executável ou reforçar a probabilidade de que os tribunais estatais o aceitem, não anulando ou confirmando para execução, conforme os casos.

Por todos estes motivos, as fases em que aparentemente o tribunal está mais expectante (no caso das arbitragens CCI, entre a assinatura do Ato de Missão e o início da audiência final) podem ser essenciais para a obtenção de uma boa decisão. E para isso é muito importante que os árbitros sintam que têm o dever da independência e da imparcialidade no caso concreto, que não cometam o erro de suportar ou apoiar posições de uma das partes que não fazem sentido ou que manifestamente desagradam ao presidente por questionarem a sua capacidade de liderar o processo ou a sua seriedade; pelo contrário, se ocorrerem situações deste tipo, o coárbitro deve aproveitá-las para demonstrar a sua “fidelidade” ao tribunal arbitral e não à parte ou ao advogado que o nomeou. E o árbitro presidente, para além de dever aproveitar estas situações para aprofundar o conhecimento dos outros árbitros e de certa forma testar a respectiva independência e imparcialidade e o sentido de cooperação que habite em cada um dos coárbitros, precisa nessas ocasiões de reforçar a sua auctoritas e não a degradar com reacções que podem ser compreensíveis, mas que manifestamente demonstrem uma relativa incapacidade de liderança do procedimento.

Mais cedo ou mais tarde chega-se à audiência. A forma como os árbitros actuam na audiência é um factor muitíssimo relevante para a boa decisão final. Esta será a ocasião em que as partes, seus advogados e os árbitros irão estar juntos pela primeira vez de forma continuada e sujeita às naturais tensões das audiências. A aceitação indiscutida do laudo, que afinal permite sócio-psicologicamente a pacificação das relações jurídicas em crise, depende em grande medida da forma como decorre a audiência.

E o bom laudo também depende sobremaneira da forma como decorre a audiência, mesmo quando os documentos são muito relevantes, o direito aplicável suficientemente claro e os depoimentos escritos esclarecedores. A interacção entre os árbitros – que até aí ocorrera no silêncio e na confidencialidade das reuniões, das conference call restritas e dos mails trocados entre eles – passa a fazer-se de forma transparente e pública, em frente de advogados, partes, testemunhas e peritos, todos eles muito atentos aos mais pequenos sinais oriundos do tribunal ou de algum dos árbitros, sejam comentários, perguntas ou até expressões faciais significativas.

Por tudo isso, o papel do árbitro presidente se torna em audiência ainda mais importante, obrigando-o a especiais cautelas para que de forma alguma as suas reacções ou atitudes possam trair a sua opinião, suscitar aos olhos das partes dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência, ou as convença de que não está a dominar adequadamente os factos e o direito aplicável ou que não tem o conhecimento rigoroso do processo. Mas também do lado dos coárbitros as cautelas devem ser muito grandes. Esta é a ocasião em que o árbitro presidente vai – consciente ou inconscientemente – testar os coárbitros em frente de quem os nomeou. Mostrar independência e imparcialidade é manifestamente mais fácil quando ninguém está presente do que quando isso se passa em frente de quem nomeou e, naturalmente, gostaria de sentir que o “seu” árbitro é favorável ou ao menos predisposto a uma das partes.

A questão das perguntas feitas às testemunhas e peritos ou mesmo aos advogados é um clássico tema que está no núcleo central do que se acaba de referir. É frequente que se diga que é normal que o coárbitro ajude a iluminar a posição de quem o nomeou e que seja capaz de fazer entender pelos colegas do colégio arbitral as posições dessa mesma parte. Mas deve fazê-lo sem degradar a sua imagem perante os outros árbitros e, também, sem enterrar os valores éticos que o devem sustentar. Há algo de esquizofrenia mansa neste programa e a arte de não ultrapassar as fronteiras num ou noutro sentido – evitando simultaneamente o desinteresse e o excesso de interesse no que é dito por quem sustenta a posição da parte que o nomeou – é manifestamente uma das mais importantes pedras de toque para aferir a qualidade do coárbitro.

Em minha opinião, o árbitro presidente deve reduzir ao mínimo as suas intervenções

para pedir esclarecimentos adicionais durante as inquirições de testemunhas e até – embora aqui eu entenda que um maior activismo é aceitável – a peritos. A arbitragem é um processo de partes, em regra representadas por advogados qualificados e experientes; por isso não faz muito sentido um activismo do tribunal arbitral para tentar conseguir maior clareza sobre os factos, se os advogados não foram capazes de o fazer. Mas, como com todas as regras, há excepções e a procura da verdade material é conatural ao processo arbitral. Sendo assim, o árbitro presidente por vezes deve perguntar para que não subsistam equívocos ou para que seja esclarecido se as respostas não forem para si claras. Mas deve-o fazer com cautela e procurando que esse procedimento ocorra substancialmente de forma idêntica com testemunhas apresentadas por ambas as partes.

Já quanto aos coárbitros é admissível um activismo mais acentuado, mas evitando que o resultado seja a criação da sensação de parcialidade, de que o árbitro se comporta como um advogado de recurso que vai tentar colmatar as falhas ou insuficiências do advogado do caso. E deve ser capaz de pedir esclarecimentos sem se comportar do modo, compreensível, do advogado da parte que prefere nada perguntar se não souber já a resposta para evitar piorar o seu caso, dando à testemunha a oportunidade de se tornar mais convincente por ter resistido à barragem da cross examination.

Outro muito importante aspecto é o que se relaciona com a convicção que ao longo da audiência o árbitro presidente, ou até o colégio arbitral, vá formando sobre a provável solução, quando das posições que nas memórias foram apresentadas pelas partes não resultar que enfrentaram esse tipo de solução jurídica. Nesse tipo de situações – sobretudo para que não restem dúvidas de que cada parte teve oportunidade de apresentar o seu caso e de se pronunciar sobre as questões em apreço – pode ser conveniente pedir aos advogados das partes que se pronunciem sobre certas questões ou possíveis soluções, por escrito ou verbalmente. Esta possibilidade é útil num processo de partes em que a qualidade que é suposto possuírem os advogados a torna seguramente vantajosa para uma boa decisão. Mas deve ser exercida apenas em casos limite e excepcionais para se não correr o risco de com isso estar a desfocar o trabalho dos advogados ou poder surgir aos olhos de um deles ou de uma das partes como uma “ajuda” à outra parte.

E o mesmo se passa com algum activismo quanto à presença de testemunhas na audiência final. Muitas vezes há testemunhas que não são chamadas para depor e para sofrer cross examination. Isso pode acontecer por um conjunto vasto de razões: carácter periférico do seu depoimento, redundância, vontade de não tornar demasiado longa, cansativa ou dispersiva a audiência. Mas também pode resultar do receio de que a presença de uma testemunha convincente em frente do tribunal arbitral e a sua resistência à prova de fogo do contraditório reforce afinal a parte que a indicou por consolidar a sua versão sobre os factos em relação aos quais pode testemunhar. A regra deve ser que o tribunal e cada um dos árbitros se abstenha de interferir fazendo vir ao tribunal para oitiva testemunhas que sem isso não viriam. Mas, de novo, não há regra sem excepção e – com todas as cautelas para que daí não decorram suspeições sobre imparcialidade – isso pode ser útil e não deve ser liminarmente recusado pelo tribunal arbitral.

Acabada a audiência entra-se na fase crucial do trabalho do tribunal arbitral, a dos debates que conduzem à decisão final. Este trabalho pode e deve ser preparado ao longo de todo o processo, desde logo permitindo aos árbitros conhecerem-se, ganharem confiança uns nos outros, sentirem se e em que medida algum ou alguns não são imparciais. Também ao longo do procedimento se deve ir criando o hábito das decisões colegiais. E, como já foi referido atrás, é importante que nesta fase já o árbitro presidente tenha preparado a parte expositiva do laudo e definido as grandes questões de facto ou de direito a que o tribunal tem de responder. Aliás o ideal é que antes do início da audiência o árbitro presidente tenha essas grandes questões definidas e que possa ter partilhado com os colegas do tribunal tal informação, sobretudo se ao longo do

processo os coárbitros tiverem demonstrado fidelidade ao tribunal, coesão grupal, imparcialidade e independência.

A minha experiência demonstra que é muito útil que logo a seguir à audiência se realize uma primeira reunião entre os árbitros para começar a debater o caso. Esta opção é sobretudo importante nas arbitragens internacionais, pois a reunião física dos árbitros não é em regra fácil e, por isso, não se deve desaproveitar a oportunidade para o diálogo presencial. É certo que nesse momento as alegações finais das partes ainda não foram normalmente produzidas por escrito.<sup>6</sup> Mas as vantagens da reunião presencial sobrelevam os inconvenientes ou riscos. Ao que acresce que mostra a experiência que os comentários e opiniões dos árbitros feitas “a quente”, em cima do acontecimento, são mais espontâneos e construtivos do que se for necessário agendar uma reunião posterior.

Nesta reunião muitas vezes é possível logo encontrar um acordo sobre as linhas gerais das respostas às questões em aberto. É o que acontece muitas vezes com as questões de direito (sobretudo quando os árbitros vêm de jurisdições diversas e nenhuma delas é a que se relaciona com o direito aplicável), pois mesmo que seja apenas um consenso de grandes linhas isso vai facilitar a pesquisa final e a fundamentação da posição jurídica definidora do laudo a fazer pelo árbitro presidente. Mas muitas vezes também o mesmo ocorre com as questões de facto, sobretudo quando a conclusão num ou noutro sentido depende da credibilidade relativa das testemunhas e da relação entre o que dizem os documentos e a forma como os entenderam as partes ou as testemunhas.

Na sequência dessa reunião o árbitro presidente deve fazer uma espécie de acta escrita em que de forma resumida enumere as questões analisadas e as respostas que sobre elas obteve dos coárbitros, com alguma fundamentação resumida. Este documento deve ser tratado como um work in progress, que através de aproximações sucessivas se vai tornando no esqueleto da parte deliberativa do laudo. A acta deve ir mencionando as grandes questões acordadas, as não consensuais ou as que ainda não estão amadurecidas.

Este processo, parece-me que assegura a optimização entre a necessidade de uma liderança e de uma dinâmica forte do árbitro presidente com uma sincera adesão à ideia da colegialidade e da cooperação de cada um dos outros árbitros. Na prática trata-se de um método de aproximações sucessivas, em que a coerência lógica do processo vai ela própria ajudando a aumentar as zonas de consenso sem que isso seja feito com a lesão do princípio fundamental de que a decisão arbitral não é uma decisão de mediação, que os árbitros devem procurar o máximo denominador comum, se possível, mas nunca o mínimo denominador comum que na prática significa em regra uma denegação de justiça.

É evidente que, no mundo real, por vezes – mesmo com árbitros imparciais e independentes, quanto mais quando um ou ambos os coárbitros o não são – não é viável uma solução justa a que todos os árbitros adiram. Nesse tipo de situações é essencial que o árbitro presidente nunca esqueça que é preferível uma decisão por maioria, ou mesmo apenas tomada por si, do que o preço a pagar para se evitar o voto de vencido, cedendo em questões essenciais e destruindo a missão do tribunal arbitral. Nesse tipo de situações o árbitro presidente tem claramente um poder tanto maior quanto mais claro se torne aos olhos dos outros coárbitros de que não irá ceder naquilo que é a sua convicção, apenas para tentar “comprar” uma decisão unânime. Mas esta regra deve ser entendida e aplicada com sensatez e adequação, pois muitas vezes é justificado algum esforço de consensualização que, não afectando os deveres funcionais e a consciência do árbitro presidente e não colocando em perigo o cerne e a essência da decisão, permita alguma acomodação com legítimas preocupações de um ou de ambos os coárbitros. Esse esforço filigrânico, que é timbre de árbitros experientes, insere-se perfeitamente na lógica imanente da justiça arbitral, que geneticamente é uma “justiça de comerciantes”.

Por vezes, infelizmente, os procedimentos arbitrais não podem decorrer com a

normalidade esperada, porque um ou dois coárbitros não aceitaram ser nomeados tendo em vista a resolução do litígio e a sua pacificação. Pelo contrário, por vezes aceitam a nomeação com o objetivo de contribuir para se não possa fazer justiça, deixando-se instrumentalizar ao interesse de uma das partes que pretende boicotar a arbitragem (que no entanto esta parte aceitara como forma de resolver o litígio) ou pelo menos criar as condições para posteriormente ser possível anular a sentença ou impedir a sua confirmação para execução noutros países. São situações típicas de árbitros muito parciais e até “terroristas”, para usar a terminologia internacionalmente estabilizada.

Situações menos graves podem existir, que apesar disso provocam dificuldades sérias. É o caso dos árbitros que não têm tempo por excesso de trabalho, que não são competentes ou qualificados, que aceitaram a arbitragem que vai decorrer com a utilização de um idioma que não dominam ou que são pura e simplesmente preguiçosos. E também existem situações em que no decorrer do procedimento os árbitros se incompatibilizam entre si e/ou com os advogados de uma das partes.

Em todas estas situações a experiência e a determinação do árbitro presidente é essencial. Deve usar de toda a diplomacia para tentar que a coesão do tribunal seja levada ao máximo possível em função das circunstâncias. Mas nos casos limite, a única solução é assumir a liderança do procedimento de forma mais autónoma e menos partilhada, estar com redobrada atenção e cautela para que nenhum acontecimento possa afectar a exequibilidade da sentença arbitral e optar por manter o árbitro ou os árbitros em que perdeu a confiança afastado das informações para evitar que uma das partes seja favorecida por causa da falta de independência do árbitro que nomeou em relação à que seguiu e aceitou as regras do jogo e, desse modo, ficou sem a possibilidade de obter (também ilegalmente) informações privilegiadas.

É verdade que as situações patológicas podem ser tão graves que mesmo o Presidente mais experiente, prudente, diplomático e determinado não consegue ultrapassar e resolver o problema. Mas essas são situações muitíssimo excepcionais. Por isso a escolha do árbitro presidente pelas partes, pelos advogados ou pelos coárbitros ou pela instituição ou appointing authority é uma decisão crucial e da qual depende não apenas uma boa decisão, mas antes disso a própria existência de uma decisão em tempo útil.

A redacção da sentença arbitral que se segue aos debates entre árbitros atrás referidos pode ser um trabalho de equipa, mas é essencial que seja coordenado e unificado pelo árbitro presidente. Em certas situações pode ser muito útil a uma boa sentença que parte dela seja minutada por um ou pelos dois coárbitros, sobretudo no que se refere a questões jurídicas em que um dos árbitros seja mais especializado ou se trate de matérias técnicas em que algo idêntico ocorra. Mas nada disso pode justificar que o presidente se demita da sua função. Pelo contrário o ideal é que a cooperação de redacção feita pelos coárbitros se limite à produção de minutas de partes do texto, se possível de acordo com um guião elaborado pelo Presidente e que seja posterior ao acordo entre os árbitros (ou, na falta dele, à decisão maioritária ou do presidente) sobre o sentido essencial da decisão, pois se assim não for feito o risco é não só a perda de tempo, mas tornar o processo de decisão ainda mais complicado.

Na redacção da sentença arbitral é natural e compreensível que se permita que o estilo pessoal do Presidente seja dominante e que também se ponderem as culturas jurídicas regionais ou nacionais e até das jurisdições em que com maior probabilidade se espera que seja executada a sentença se a parte vencida a não cumprir espontaneamente. Sendo conhecido facto de que a ICC é a instituição arbitral que lidera as arbitragens internacionais em número e valor e, além disso, é caracterizada por um rigoroso processo de controlo de qualidade feito pelo Secretariado e pela Corte Internacional de Arbitragem, a experiência acumulada por esta instituição é importante.

Por isso recomendo vivamente a todos os que tenham de redigir ou participar na redacção de sentenças arbitrais que leiam o artigo seminal “Drafting awards in ICC Arbitrations”, de Humphrey Lloyd e outros,<sup>7</sup> onde são abordados os mais frequentes



problemas que se colocam e também se sugere como organizar de modo mais adequado do ponto de vista formal a sentença.

Como referem os autores do artigo <sup>8</sup> o essencial é que a sentença tenha os seguintes atributos: "Clarity, precision, brevity and ease of use". É preciso que, nas famosas palavras do Professor Wirth, a sentença seja "the rehabilitation of the law, by restoring legal certainty". Por isso a sentença deve ser fundamentada, ainda que deva ser "both thorough and self sufficient"; ou seja não deve ser excessiva, mas também não deve ser tão pouco detalhada e profunda que as partes quem venha a ter de aplicar a sentença não fiquem esclarecidas sobre o sentido e a justificação da decisão.

Chega agora o momento de concluir. E para isso creio que se pode fazer o seguinte resumo:

- a) Cada laudo é (...) um laudo. Não há regras gerais que sirvam para todos os casos.
- b) Um bom laudo é a melhor promoção possível para a arbitragem.
- c) Um bom laudo normalmente não agrada a todos.
- d) Um bom laudo é em regra admirado e respeitado por todos.
- e) Mas acima de tudo, um bom laudo tem de ser enforceable nas jurisdições em que seja mais provável a execução.

1 Ou mesmo na redação da cláusula arbitral, pois uma cláusula patológica vai poluir todo o procedimento, mesmo que não o destrua ou impeça de se concretizar.

2 Originalmente preparada para o 1.º Curso de Formação Avançada em Arbitragem, que a ICC levou a cabo com grande sucesso em junho de 2011 em São Paulo, Brasil.

3 E também o árbitro presidente, se este não foi por eles escolhido.

4 Vide José Miguel Júdice. A constituição do tribunal arbitral: características, perfis e poderes dos árbitros. Disponível em: [[www.josemigueljudice-arbitration.com](http://www.josemigueljudice-arbitration.com)].

5 Aliás, Yves Derains afirma que é essencial aproveitar esse tipo de situações para testar "each other's independence from the start of the case".

6 E também por essa razão favoreço, pelo menos em arbitragens internacionais, que tenham lugar alegações orais no final da audiência, mesmo que a seguir sejam feitas alegações por escrito.

7 Bulletin ICC, vol. 16, n. 2, p. 19-40, Paris: International Court of Arbitration, Fall 2005.

8 Op. cit., p. 27.