

REVISTA DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO

R Arb

ANO 12 • 46 • JULHO-SETEMBRO • 2015

FUNDADOR E DIRETOR:
ARNOLDO WALD

REDATOR CHEFE:
GIOVANNI ETTORE NANNI

NESTA EDIÇÃO

Lei 13.140/2015,
que dispõe sobre
a Mediação, na íntegra
e Caso Petrobras -
Decisão de
Nova Iorque.

PUBLICAÇÃO OFICIAL



IASP
INSTITUTO
DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO



THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

REGRAS PARA NOMEAÇÃO DE ÁRBITROS. O EXEMPLO DO CENTRO DE ARBITRAGEM COMERCIAL DA CÂMARA DE COMÉRCIO E INDÚSTRIA PORTUGUESA

RULES FOR THE APPOINTMENT OF ARBITRATORS. THE EXAMPLE OF THE CENTRE OF COMMERCIAL ARBITRATION OF THE CHAMBER OF COMMERCE OF THE PORTUGUESE INDUSTRY

JOSÉ MIGUEL JÚDICE

Presidente da Direcção do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa. Sócio Coordenador de PLMJ Arbitragem.

DUARTE GORJÃO HENRIQUES

Advogado – BCH Advogados.

ÁREA DO DIREITO: Arbitragem; Internacional

RESUMO: O presente artigo trata da questão da atuação das instituições arbitrais no processo de nomeação de árbitros e da participação das próprias partes nesse processo, bem como da necessidade de existência de conjunto mínimo de regras aplicáveis à matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Árbitro – Indicação de árbitro – Regras – Arbitragem – CCI – Câmara de Comércio Internacional – Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – CAC-CCIP.

ABSTRACT: This article deals with the question of the role of arbitral institutions in the appointment of arbitrators, the participation of the parties in this process and the need for a minimum set of rules governing the matter.

KEYWORDS: Arbitrator – Appointment of arbitrator – Rules – Arbitration – ICC – International Chamber of Commerce – Centre of Commercial Arbitration of the Chamber of Commerce of the Portuguese Industry – CCA-CCPI.

1. A literatura jurídica que nos últimos anos se tem dedicado a temas de arbitragem, tanto internacional como doméstica, não tem deixado de chamar a atenção para os fenómenos que resultam da ausência ou da falta de colaboração de uma das partes no processo arbitral.

Efetivamente, é muito comum uma das partes na arbitragem resistir ao impulso inicial promovido pela outra parte, quer criando dificuldades ou deduzindo oposições destinadas a atrasar o normal decurso do processo, quer abstendo-se de custear os preparos e adiantamentos de honorários da sua conta, quer, finalmente, absten-

do-se pura e simplesmente de comparecer, de apresentar defesa e até de nomear o árbitro que, de acordo com as regras procedimentais aplicáveis, lhe cumpria nomear.

Perante um fenómeno desta última natureza, não existe virtualmente nenhuma lei nacional ou internacional, nem nenhum conjunto de regras de arbitragem institucionalizada que admita a possibilidade de a indicação do árbitro faltoso caber à parte que inicia a arbitragem, que ficaria assim e na prática com a possibilidade de “compor” a integralidade do “painel arbitral” à sua escolha e medida.

Por outro lado, é também usual que, indicados que estejam os árbitros por cada uma das partes, estes não alcancem um acordo quanto à pessoa do Presidente do tribunal arbitral. Neste particular ponto, tem-se dito e com alguma razão, que a escolha do Presidente do tribunal arbitral é justamente o ponto estratégico mais relevante para a boa condução do processo e, em última análise, para uma disputa bem ou mal sucedida. Daí que não seja de admirar, na verdade, que muitas vezes não exista acordo quanto a esta indicação.

Ainda de outro lado, casos relativamente recentes, mas sobejamente conhecidos, trouxeram à luz do dia a discussão sobre o confronto entre o direito de cada uma das partes nomear um árbitro da sua escolha, a generalidade dos regulamentos de arbitragem institucionalizada que preveem a nomeação de apenas três árbitros e, finalmente, a existência de um natural conflito de interesses entre partes envolvidas, ainda que estas estejam colocadas na mesma posição de demandadas ou de demandantes. Estamos a referir-nos, evidentemente, ao problema das arbitragens multipartes e ao famoso “caso Dutco”.¹

2. Por tudo isso é frequente que a decisão de escolha de um ou mais membros do tribunal arbitral seja relegada para uma terceira entidade, a entidade de nomeação (nas arbitragens sujeitas às Regras Uncitral), para uma entidade judicial (como é o caso da maioria das leis de arbitragem), ou ainda para a instituição que administra a arbitragem em questão.

Esta forma de nomeação, que deixa de ser feita directa ou indirectamente pelas partes, suscita muitas vezes – sobretudo para empresas (ou seus advogados) menos familiarizadas com o sistema – preocupações quanto ao efeito surpresa de uma

1. O regulamento aplicável (ICC) previa que o tribunal arbitral fosse composto por três árbitros, cabendo ao demandante o direito de nomear um, às demandadas o direito de nomear outro e o terceiro, que serviria de presidente, seria escolhido entre os árbitros antes nomeados. Devido à falta de consenso entre dois demandados quanto à escolha do co-árbitro que lhes competia nomear a ICC nomeou, mas manteve o nome indicado pelo Demandante. A Cassation veio a anular a sentença por causa de violação da regra de igualdade e desde então existe uma regra que impõe (ou ao menos permite) que a instituição arbitral nomeie então os três árbitros.

JÚDICE, José Miguel; HENRIQUES, Duarte Gorjão. Regras para nomeação de árbitros. O exemplo do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 46. ano 12. p. 241-254. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2015.

nomeação que suscita dúvidas – fundadas ou não – quanto à qualidade técnica, experiência ou independência.

No fundo, as questões resumem-se ao seguinte: qual foi o critério de escolha das pessoas que servirão como árbitro ou árbitros? Que processo foi observado nessa escolha? De que faculdades gozam as partes nesse processo e, mais concretamente, têm elas a efetiva opção de serem ouvidas antes de tomada a decisão?

Algumas jurisdições dispõem de aparelho legal para abordar estas questões.

Efetivamente, quando perscrutamos a Lei Portuguesa de Arbitragem, verificamos que o art. 10.º contempla as situações típicas de ausência de nomeação de árbitro pela parte ou partes, a ausência de nomeação de árbitro presidente pelos co-árbitros e os casos em que as partes ou os árbitros entre si não alcançam acordo quanto à pessoa ou pessoas em falta. Além disso, a Lei de Arbitragem foi um pouco mais além e previu algumas linhas a observar pela entidade de nomeação (em regra nas arbitragens *ad hoc* os tribunais de 2.ª instância) para a escolha:

“Quando nomear um árbitro, o tribunal estadual competente tem em conta as qualificações exigidas pelo acordo das partes para o árbitro ou os árbitros a designar e tudo o que for relevante para garantir a nomeação de um árbitro independente e imparcial; tratando-se de arbitragem internacional, ao nomear um árbitro único ou um terceiro árbitro, o tribunal tem também em consideração a possível conveniência da nomeação de um árbitro de nacionalidade diferente da das partes”.²

Reconhecidamente, este preceito tem algumas vantagens quanto à orientação a seguir: determina que se tenha em conta as qualificações exigidas pelo acordo das partes; se assegure tudo o que for relevante para garantir a independência e imparcialidade; e se tenha em atenção o princípio de nomeação de um árbitro de nacionalidade “neutra” quando se trate de uma arbitragem internacional.³

O legislador – em boa medida devido ao carácter muito inovador da norma (sobretudo quanto à consagração legislativa do princípio da neutralidade) – entendeu não dever densificar os critérios concretos a utilizar, tarefa que a doutrina e a jurisprudência devem ir realizando.

Seja como for, o facto é que ao menos em Portugal não havia reflexão sobre o tema e não se conheciam *guidelines* de entidades de nomeação, designadamente de

2. N. 6 do citado art. 10.º da LAV.

3. Considerando que, nos termos do n. 1 do art. 49.º da LAV, uma arbitragem é “internacional” quando “põe em jogo interesses do comércio internacional”, a redação deste n. 6 do art. 10.º teve como objetivo que seja aplicada a regra da ponderação do princípio da neutralidade, mesmo que as partes até sejam ambas portuguesas. Uma opção mais conservadora foi no entanto acolhida, como veremos abaixo, nas Regras de Nomeação de Árbitros pelo Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa.

JÚDICE, José Miguel; HENRIQUES, Duarte Gorjão. Regras para nomeação de árbitros. O exemplo do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 46. ano 12. p. 241-254. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2015.

tribunais judiciais. Por isso as partes pouco ou nada sabem acerca do processo de nomeação de árbitros pelo Tribunal estadual.

Além disso, a lei não exige (embora não impeça) que a entidade de nomeação consulte as partes para averiguar se existe alguma oposição fundada ao nome ou nomes que se pretenda nomear.⁴

3. É comum dizer-se que o juiz estadual competente tem organizadas as suas listas de árbitros. Mas como são estas compostas? E dentro destas, admitindo que existem, como são escolhidos os árbitros em concreto?

O paralelo que se possa estabelecer com a nomeação de peritos pelo tribunal só nos deixará mais perplexos. Enquanto estes são muitas vezes nomeados pela “secretaria judicial” de entre as listas oficiais ou, em alternativa, as Ordens representativas dos diversos profissionais potencialmente envolvidos são solicitadas para indicar peritos (p.ex., se a disputa envolve questões de contabilidade e finanças, a Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas ou a Ordem dos Revisores Oficiais de Contas são por vezes chamadas a indicar um perito, o mesmo sucedendo com a Ordem dos Arquitetos ou a Ordem dos Engenheiros para as respectivas matérias profissionais), o mesmo já não se passa quanto aos árbitros em arbitragens *ad hoc*.

Seja por que razão for, a verdade é que o processo de nomeação de árbitros pelo tribunal estadual é algo que não está acessível à maioria das pessoas, incluindo às próprias partes envolvidas e interessadas nesse processo de escolha (aos “utentes” da arbitragem).

4. Com exceção dos casos em que a arbitragem é necessária,⁵ todos os casos em que uma instituição arbitral intervém na gestão de um processo de arbitragem decorrem da iniciativa das partes, em regra mediante uma convenção de arbitragem, que faça parte de um contrato.

Porém, é sabido que as instituições que administram arbitragens regem-se por determinados conjuntos de regras processuais e procedimentais, que nalguns casos têm natureza “injuntiva”.

4. O legislador entendeu que a atribuição de uma espécie de contraditório não se afigurava uma adequada solução, visto que nem tem tradição no sistema arbitral e que poderia ter mais inconvenientes do que vantagens, sobretudo se comparada com a alternativa da mera consulta prévia para efeitos de averiguar questões de independência.
5. É o que resulta, entre nós, do regime instituído pela Lei 62, de 12.12.2011, que institui a arbitragem necessária para resolver litígios decorrentes de patentes de medicamentos de referência e genéricos, mas mesmo nesse caso a opção pela arbitragem institucional é sempre o resultado da vontade das partes, pois na sua ausência a arbitragem necessária – com exceção de alguns casos como a arbitragem fiscal – por defeito segue a forma *ad hoc*.

JÚDICE, José Miguel; HENRIQUES, Duarte Gorjão. Regras para nomeação de árbitros. O exemplo do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 46. ano 12. p. 241-254. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2015.

O segredo de uma instituição arbitral bem-sucedida reside na capacidade de encontrar um equilíbrio entre forças e tensões que necessariamente existem entre as partes (que pretendem um processo totalmente modelado à sua imagem e medida) e as instituições (que necessitam daquela objectividade e constância).

Da mesma forma que as partes semearam e fizeram germinar um processo arbitral e são, portanto, os “progenitores” do mesmo, a partir de uma determinada fase este ganha autonomia: por exemplo, em matéria de honorários dos árbitros ou das regras a aplicar ao processo, as partes têm de chegar a acordo antes de despoletar a constituição do tribunal arbitral (cf. arts. 17.º e 30.º da LAV) sob pena de só o poderem fazer com o acordo dos árbitros.

O mesmo sucede, paralelamente, na arbitragem institucionalizada: uma vez submetido o litígio à administração da instituição de arbitragem esta torna-se responsável pela gestão do mesmo, assumindo também o papel de supervisão e guarda fiduciária do expediente e fluxo processual. A tendência natural nesta matéria – até porque existem outros interesses que superam o particular interesse dos litigantes, como o interesse público ligado à boa gestão de processos ou o próprio interesse de preservação da sua imagem pela instituição e dos árbitros – é encarar a instituição como a “dona e senhora” do processo arbitral enquanto gestão e os árbitros como “donos e senhores” do processo arbitral enquanto poderes decisórios. Mas, evidentemente, se estiverem de acordo são as partes que realmente determinam o essencial, desde logo porque até podem colocar termo ao processo.

Em todo o caso, como adiantámos, o segredo reside em dar satisfação e ter em permanente atenção os interesses dos “utentes”, que são na verdade aqueles que recorrem à instituição, a fazem funcionar e que justificam a sua existência.

Por isso, dentro do quadro do que é aceitável em termos orgânicos e processuais, a instituição deve observar e exponenciar a vontade das partes, dando-lhes não só margem para modelar o processo a que se vão submeter, mas também permitindo-lhes a todos os momentos processuais relevantes serem ouvidas e terem uma real e efetiva opção de intervir.

Ora, é justamente na nomeação de árbitros que, geralmente, surge a primeira oportunidade para as partes serem ouvidas e se pronunciarem sobre a figura das pessoas que vão decidir o seu caso. O mais natural é que as partes já o tenham feito, cada uma por si, no momento prévio ao impulsionamento do processo – ou no momento imediatamente subsequente a este – quando nomeiam o árbitro que lhes cabe indicar. Mas, como se viu acima, a instituição que administra arbitragens (ou que simplesmente se limita a nomear o árbitro ou os árbitros em falta) pode assumir um papel de extrema relevância neste momento processual, designadamente quanto à nomeação do árbitro presidente se não houver acordo nesse sentido entre os co-árbitros e/ou as partes.

Esta consideração justifica que, desde logo, às partes seja dada a oportunidade de tomarem conhecimento prévio da pessoa (e do seu *curriculum*) que irá ser nomeada pelo tribunal judicial, pela entidade de nomeação ou pela instituição, quando não impõe que as mesmas sejam previamente consultadas sobre a identidade dessa pessoa.

Assim, quanto mais procurarem escutar as partes e dar-lhes uma oportunidade de serem ouvidas antes de tomar uma decisão crucial, como é seguramente o caso da nomeação de árbitros, mais reforçada sairá a entidade de nomeação. E quanto melhor estas conseguirem gerir a tensão que, em maior ou menor grau, necessariamente existe entre as próprias partes, entre as partes e a instituição e até, a partir de certo momento, entre as partes, a instituição e os próprios árbitros, mais prestigioso sairá o processo, a instituição e a arbitragem, no seu todo, como forma de resolução de litígios.

5. A inexistência desta precaução durante muito tempo não suscitou reparos generalizados. Mas a evolução do sistema está a fazer-se no sentido a maior transparência, *accountability* e participação. Por isso adensa-se o risco de que se assim não for, as partes passem a encarar o processo de arbitragem em geral e as instituições arbitrais em particular, mais como fontes de problemas e não como reais e efetivos mecanismos melhor adaptados à resolução das suas disputas.

E o recurso à arbitragem *ad hoc* não é panaceia.

Já acima dissemos que o processo de nomeação de árbitros em arbitragens *ad hoc* vai supletivamente desembocar numa decisão judicial. Em Portugal, sempre que as partes não tenham institucionalizado a arbitragem ou indicado uma “entidade de nomeação” e não cheguem a acordo quanto à nomeação dos árbitros ou do árbitro presidente, a escolha é deixada ao Presidente do Tribunal da Relação em cujo distrito se situe o lugar da arbitragem (art. 59.º da LAV).

Actualmente, este expediente gera um exagerado grau de incerteza e insegurança jurídicas.

Como se disse, os Presidentes dos Tribunais da Relação ou não têm uma lista de árbitros a quem devem recorrer ou, tendo-a, não a publicitam. E salvo raras e honrosas exceções, não dão às partes oportunidade de se pronunciarem: os árbitros são indicados por decisão tabelar, insondável e com um grau de discricionariedade que, apesar de abstratamente sujeito a controlo jurisdicional por via de recurso, dificilmente se compagina com uma real sindicância.

A tendência que actualmente se verifica nas mais modernas e evoluídas jurisdições é, em matéria de arbitragem, afastar o mais possível a intervenção do poder judiciário, relegando-o para o papel de assistência naquilo que é absoluta e estrita-

mente necessário, tendo-se criado uma cultura favorável à arbitragem institucional, por comparação com a *ad hoc*.⁶

A racionalidade da tendência é clara e compreensível. Na verdade, a arbitragem nasceu e desenvolveu-se a partir da constatação de que o aparelho judiciário não se encontra adaptado à resolução de litígios entre as partes de uma forma expedita e menos dispendiosa.⁷ Porém, actualmente e de certa forma, a arbitragem *ad hoc* é precisamente o caminho de sentido contrário, conduzindo a uma dependência indesejável e desnecessária em relação ao aparelho judiciário estatal.

Este afastamento, registrado, como se disse, nas mais modernas jurisdições, é acompanhado pelo recurso e promoção das instituições de arbitragem ou, em alternativa, pela aplicação das regras de arbitragem Uncitral que, quanto à escolha de árbitros e outras questões essenciais, como seja a recusa de árbitros, se aproximam muito das arbitragens institucionais.

6. Por outro lado e como acima afluído, existem casos em que as partes não têm a mesma nacionalidade⁸ e em que, quase por definição, uma delas – isto é, a parte que não tem a nacionalidade ou não está domiciliada no território da instituição arbitral – tem receio de enfrentar um painel que por alguma forma possa ser tendencioso e favorecer a parte “caseira”.

Trata-se de um receio natural e perfeitamente compreensível. Aliás, a arbitragem internacional dos tempos modernos desenvolveu-se justamente na pressuposição e apresentando a vantagem de oferecer às partes um foro neutro de resolução de litígios, algo que não conseguiriam obter pela consagração do foro judicial de uma delas (ou mesmo pela previsão de um terceiro foro, mas correndo o risco deste recusar assumir jurisdição e remeter as partes para um dos respectivos foros judiciais nacionais).

Assim, este princípio de neutralidade do decisor atravessa toda a estrutura de todos os ordenamentos jurídicos internos e internacionais que preveem a arbitragem como meio alternativo de resolução de litígios. Com efeito, ao lado dos princípios fundamentais de independência e imparcialidade dos árbitros, aparece justa-

6. No Brasil é mesmo corrente que o Judiciário reencaminhe as partes para centros institucionais respeitados quando confrontados com o dever de nomear árbitros.

7. Ver, quanto a este ponto, o estudo conduzido pelo Centro de Arbitragem Comercial da CCIP em 2014, que concluiu, entre outras, que as arbitragens de valor superior a três milhões de euros e com árbitro único revelam-se menos dispendiosas de acordo com o seu regulamento de custas, que o recurso aos tribunais judiciais, mesmo sem ponderar custos de recursos, possíveis nesta última hipótese.

8. Ou ainda que tenham, uma delas é uma sucursal de um grupo externo.

JÚDICE, José Miguel; HENRIQUES, Duarte Gorjão. Regras para nomeação de árbitros. O exemplo do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 46. ano 12. p. 241-254. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2015.

mente este princípio de neutralidade que pode ser visto, aliás, como a trave mestra sustentadora de toda a estrutura do regime jurídico da arbitragem e da qual todos os outros dependem – numa determinada perspectiva, pode dizer-se que o árbitro imparcial e independente é o árbitro neutro.

Por isso, as instituições devem procurar a todo o momento observar e fazer com que sejam observados estes princípios estruturantes da arbitragem, oferecendo mecanismos de gestão de processos de arbitragem que sejam justamente o guardião desses princípios.

Esta preocupação não deriva apenas das instituições arbitrais: é também ela própria uma diretriz de referência da própria lei de arbitragem portuguesa, como vimos acima (cf. n. 6 do art. 10.º da LAV).

7. Outra das preocupações relacionadas com o princípio da neutralidade dos árbitros tem a ver com o estabelecimento de mecanismos transparentes na nomeação de árbitros – ou, para ser mais rigoroso, menos opacos.

Com efeito, “too much of a good thing” não é sempre uma boa solução. E a total transparência pode ser facilmente subvertida e conduzir a resultados indesejáveis.

Levada ao extremo, a transparência implicaria divulgação e publicitação dos mecanismos de escolha dos árbitros e legitimaria pretensões de nomeação que não são compagináveis com a administração da arbitragem por instituições a ela dedicadas. Não apenas as partes (“utentes”) poderiam pretender obter acesso às decisões e aos mecanismos internos de decisão no que diz respeito a esta matéria, como também outros atores (leia-se, árbitros com pretensão a serem nomeados) passariam a pretender escrutinar esses processos de decisão como forma de obter nomeações.

Isto não nos parece desejável.

Porém, a total obscuridade ou menor clareza também não é desejável. Há que obter uma correta e adequada ponderação dos interesses envolvidos.

As partes, como “utentes”, e os restantes agentes que entram em contacto com a vida e atividade de uma instituição dedicada à gestão de arbitragem, têm de se assegurar que essa entidade, na sua atuação, se pauta por critérios que se assumem como objectivos e fiáveis, ainda que nunca totalmente independentes da apreciação e ponderação casuística.

Neste sentido, a consagração de um instrumento que preveja, com suficiente clareza e objectividade, os princípios que norteiam a nomeação de árbitros, é uma peça fundamental no processo. As partes e os restantes agentes ligados à arbitragem poderão assim tranquilizar-se e também transmitir a tranquilidade de que a nomeação de árbitros não é o produto de uma qualquer reunião *sub rosa*, nem o resultado de uma arte qualquer de adivinhação.

Todo o processo sai assim beneficiado, levando atrás de si a instituição e, por decorrência, o país como *hub* internacional.⁹

8. Foi em atenção a todas estas preocupações que a Direção do Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa – Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (“CAC CCIP”), aprovou recentemente um conjunto de linhas e princípios orientadores da nomeação de árbitros que, nos termos do regulamento ou do acordo das partes, lhe cumpra nomear.

Iremos aqui fazer referência a tais linhas e princípios orientadores, deixando um ou outro comentário que se afigurar pertinente.

Porém, temos de chamar a atenção para duas notas prévias.

Desde logo, o facto de as “linhas” e “princípios” serem justamente isso. Pretendem ser claros e objectivos, mas não são uma cama procustiana. Como quase tudo o que é a interpretação e aplicação sábias do Direito, eles devem ser interpretados e aplicados *cum grano salis*, sempre ponderando as características específicas do caso concreto.

Em segundo lugar, na elaboração destas linhas orientadoras, a Direção do CAC CCIP teve em consideração e procurou inspirar-se em modelos já testados e bem-sucedidos, como é o caso das regras para seleção e nomeação de árbitros pela ICSID.

Na verdade, de acordo com o disposto no art. 39.º da ICSID Convention (Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, celebrada em Washington, em 1966), “a maioria dos árbitros deverá ser nacional de Estados que não o Estado Contratante parte no diferendo e o Estado Contratante cujo nacional é parte no diferendo” (cf. também Regra 1(3) das Regras de Arbitragem do ICSID).

Por outro lado, os árbitros a nomear devem ser pessoas de alto carácter moral, com reconhecida experiência nos assuntos de direito, comércio, indústria ou finanças e em quem se possa confiar que exercerão um juízo independente (arts. 14(1) e 40(2) da Convenção). Além disso, sem prejuízo de outros requisitos que possam ser exigidos em função das características do caso, deverão ser tidas em conta as seguintes considerações de ordem prática: conhecimento do direito relevante; ausência de conflito de interesses; experiência como árbitros; domínio da língua do processo; disponibilidade do árbitro e gestão do seu conjunto de processos; observância de prazos; coesão do tribunal; e outras áreas de experiência.

9. Sobre esta temática, veja-se o recente “post” de Catherine Rogers no Kluwer Arbitration Blog de 19 de julho de 2015, acessível em: [<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/07/10/innovative-new-criteria-for-appointment-of-arbitrators-at-commercial-arbitration-centre-of-lisbon/>].

Todos estes princípios e linhas de orientação foram, de alguma forma, reflectidas nas recentes regras para nomeação de árbitros pelo CAC CCIP, como iremos ver já de seguida.

Tudo isto parece razoável e mesmo bastante consensual. O que tem de especial o sistema - que também é aplicado pela Permanent Court of Arbitration ("PCA") da Haia - é a apresentação às partes de uma lista de alguns nomes para que escolham ou rejeitem, só exercendo a instituição o poder de nomear sem limitações se esta tentativa fracassar.

9. As regras para a nomeação de árbitros estão divididas em duas secções, a primeira das quais subdividida em duas: "1. Grandes Princípios" e "2. Processo de nomeação".

Assim, quanto aos Grandes Princípios, estabelece-se o seguinte:

1. *Grandes princípios*

a) Nos casos em que a nomeação de árbitros compete ao Centro de Arbitragem, as partes devem, na medida do razoável, ter possibilidade de participar no processo de escolha de árbitros únicos ou presidentes, sobretudo em casos muito complexos ou de elevado valor.

b) Desde que uma parte seja estrangeira, o Centro deve ter em conta o princípio da neutralidade e dar às partes a possibilidade de optarem por um árbitro único ou presidente que não seja da nacionalidade de nenhuma das partes.

c) Para processos de menor valor devem ser escolhidos árbitros que tendo experiência de *advocacy* aceitem dedicar-se ao assunto com toda a disponibilidade e prioridade, também para ganharem experiência e *curriculum* arbitrais contribuindo assim o Centro para ampliar o *pool* de árbitros disponíveis.

d) A regra anterior deve aplicar-se a um dos três nomeados se uma situação de arbitragem multipartes impuser a nomeação de todos os árbitros pelo Centro.

e) Os membros do Conselho do Centro ou da Direção da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa não serão nunca nomeados por proposta do Conselho do Centro, mas evidentemente não haverá qualquer limitação a que o sejam por vontade de uma ou várias das partes.

f) A questão da independência, da imparcialidade e da disponibilidade serão factores essenciais, devendo essa regra estender-se com aplicação das melhores práticas internacionais à apreciação e aceitação de todos os árbitros, mesmo que nomeados pelas Partes. Nos termos do Regulamento de Arbitragem, o Centro aferirá o cumprimento destes requisitos no momento da nomeação de qualquer árbitro e ao longo do processo.

g) Em qualquer caso, se nenhuma das partes se opuser será possível que o Centro aceite a nomeação de árbitros que declarem situações que, embora não afetem a respectiva independência ou imparcialidade, contenham qualificações; mas como regra o Presidente não deverá aceitar tal nomeação se estiver perante uma situação enquadrada na lista vermelha irrenunciável das regras IBA e quando nomear árbitros deverá – salvo acordo das partes – evitar escolher árbitros que apresentem situação com qualificações da sua independência.

h) Nenhum árbitro poderá exercer funções sem que prepare e assine um termo de independência, imparcialidade e disponibilidade, conforme modelo aprovado pelo Centro de Arbitragem.

Quanto aos critérios, aplicam-se os seguintes:

a) As nomeações devem ser feitas tendencialmente em profissionais com experiência arbitral.

b) Sobretudo em processos com questões complexas de direito substantivo, deve tendencialmente optar-se por profissionais com experiência científica e/ou profissional no ramo de direito que seja nuclear para a resolução do caso.

c) Em arbitragens em que existam documentos em outras línguas que não o português, se outras línguas forem consideradas como línguas de trabalho ou, ainda mais, se a língua da arbitragem não for o português, não podem ser nomeados árbitros que não tenham conhecimentos comprovados de domínio na língua, definidos designadamente pela prática profissional como árbitros ou advogados nessa língua.

d) Deve também exigir-se para os árbitros nomeados pelo Centro a prova de formação em matéria arbitral, por exemplo pela participação em cursos de formação levados a cabo pelo Centro, e da experiência arbitral como advogado ou árbitro.

e) A partir de 01.07.2015 nenhum árbitro será nomeado da lista pelo Presidente se não tiver divulgado o seu *curriculum* arbitral no *site* do Centro, de acordo com modelo que será tempestivamente divulgado

2. Processo de nomeação

a) Sempre que haja falta de acordo na nomeação de um árbitro ou do árbitro presidente, o secretariado dará às partes um prazo de oito dias para, querendo e de comum acordo, densificarem o pedido com referências que definam melhor o perfil de árbitro desejado, se ele não estiver já determinado previamente.

b) O Secretariado deverá informar o Presidente do Centro (ou quem no Conselho o substituir em situações de conflito de interesse) no prazo máximo de 5 dias após a conclusão da informação obtida nos termos da alínea supra, devendo a decisão ser tomada no prazo máximo de 8 dias.

c) Quando os processos tenham valor superior a 5 milhões de euros, o Presidente do Centro escolherá nos termos destas regras e no prazo de cinco dias após informação pelo Secretariado após o prazo da alínea *a* supra, para serem submetidos às Partes, cinco nomes para que tentem colocar-se de acordo sobre um deles e/ou para que informem sobre nomes que alguma delas ou todas preferam que não sejam nomeados, sem necessidade de para isso apresentarem qualquer fundamento. O Presidente do Centro, nos termos referidos *infra*, nomeará então o nome escolhido ou um dos que não foi objecto de objecção e, se isso não for possível, nomeará então um outro nome que não conste da lista.

d) Quando uma das partes for estrangeira, a regra da indicação de cinco nomes será aplicada sem dependência de valor e pelo menos dois dos cinco nomes não devem ter a nacionalidade das partes.

e) O presidente do Centro tomará as decisões em sede de nomeação de árbitros, ouvindo os vice-presidentes.

f) No caso de impedimento por razões de conflito de interesse será substituído, sucessivamente, pelos vice-presidentes, devendo nesse caso serem ouvidos um ou dois membros da Direção para que sempre o decisor ouça previamente dois membros da Direção.

10. Das regras e princípios acima transcritos, restam-nos algumas (poucas) notas que aqui deixaremos.

Em primeiro lugar, uma leitura superficial da al. g dos Grandes Princípios poderá levar a pensar que o Presidente do Centro de Arbitragem dispõe de um certo grau de discricionariedade quando uma pessoa sugerida para árbitro se encontre numa situação qualificável na “non waivable red list”, de acordo com as Regras da IBA (“IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration”, na sua versão de outubro de 2014). A discricionariedade só pode existir, como é evidente, na apreciação e subsunção dos concretos factos à previsão da regra. Mas mesmo nessa apreciação e subsunção, a liberdade é limitada e não pode deixar de o ser: se se conclui que existe uma situação da “non waivable red list”, o Presidente do Centro recusará a nomeação do árbitro. Pense-se no caso de um potencial árbitro que é sócio com participação significativa no capital social de uma das partes em litígio. O Presidente do Centro dispõe de um certo grau de discricionariedade para aferir se tal participação societária se enquadra ou não em alguma das ditas situações da “non waivable red list” mas, concluindo que a mesma consiste num “interesse pessoal ou financeiro significativo”, recusará tal nomeação sem qualquer margem para outro tipo de apreciação.

Em segundo lugar, quando se utiliza a expressão “qualificações” nessa mesma regra (alínea g dos Grandes Princípios), o que se está a prever não são as “qualificações pessoais ou profissionais” do árbitro que as partes tenham acordado ou su-

gerido ao Presidente do Centro na escolha daquele. O que se está a referir ali são, de acordo com a terminologia adoptada uniformemente neste domínio, as situações concretas em que o potencial árbitro se encontre e que se enquadrem numa ou mais das “listas” das Regras IBA. Dito de outra forma e dando um exemplo, o facto de um árbitro deter uma participação significativa no capital social de uma das partes em litígio consubstancia uma “situação com qualificação”.

A alínea *h* dos Grandes Princípios tem uma razão de ser. No âmbito do CAC CCIP já ocorreram no passado casos em que os árbitros (*in casu*, os indicados pelas partes) se recusaram a assinar um termo de independência e imparcialidade, o qual contém também uma declaração de que o árbitro não se encontra em qualquer situação que coloque em causa tais atributos. Tem sido argumentado que a sua aceitação do cargo pressupõe justamente a adesão a essa obrigação de cumprimento contínuo que consiste em manter a independência e imparcialidade e que o que se lhes pode ser exigido é identificar situações que possam levantar dúvidas quanto à sua independência e imparcialidade. O fundamento subjacente a esta recusa pode bem ser correto: um árbitro tem obrigação de ser e permanecer independente e imparcial (e, igualmente, manter-se disponível para o processo que aceitou arbitrar) independentemente de qualquer declaração sua expressa nesse sentido. Porém, a recusa em si não tem fundamento e isto por duas ordens de razão. Por um lado, porque, objectivamente, um árbitro que não esteja abrangido por nenhuma “qualificação” não terá razão para não declarar isso mesmo: a recusa é suspeita. Depois e mais importante, porque a recusa coloca em causa um princípio de igualdade entre os que no passado (ou nessa mesma arbitragem) já produziram tal declaração e os que não o fizeram, criando inevitavelmente uma situação de dúvida. Isto representa uma diferença substancial entre os processos de arbitragem institucional (conduzida sob os auspícios do CAC da CCIP) e as arbitragens *ad hoc* em que semelhante declaração não é exigida, podendo até entender-se que nem existe fundamento para recusar um árbitro com fundamento na recusa de prestação de tal declaração.

Finalmente, a al. *c* dos Critérios, a exigência de prova de formação a árbitros pode ocorrer se a instituição não entender que a sua experiência é notória. Nenhum árbitro deixará de ser nomeado se proposto pelas partes, mesmo que não tenha experiência. Mas o CAC do CCIP quando tiver de nomear irá aplicar com rigor esta regra, para assim garantir às partes que a aprendizagem se não fará à custa delas.

11. Em conclusão

A transparência e *accountability* da atuação das instituições arbitrais em geral e do processo de nomeação de árbitros que a estas incumba, em especial, e por outro lado, a participação das próprias partes nesse processo, justifica que seja

criado e publicitado um conjunto mínimo de regras aplicáveis à matéria da nomeação de árbitros.

Esta faculdade, que não é oferecida por todas as instituições que administram arbitragens, permite colocar aquelas que adoptam essa política na linha da frente da ponderação das necessidades e anseios das partes que a elas recorrem. A arbitragem institucionalizada, tende a ser (e tem de ser) “user friendly and user responsible”, permitindo aos diversos agentes reconhecer-se e confiar nela, constituindo um argumento decisivo na opção pelo afastamento do recurso à arbitragem *ad hoc*.

Na verdade, a arbitragem *ad hoc* apresenta vários inconvenientes quando comparada com a arbitragem institucionalizada, sendo o processo de nomeação de árbitros um deles, seguramente o primeiro e talvez o mais relevante.

Foi nesse espírito e com essa intenção que a Direção do CAC da CCIP aprovou as regras acima mencionadas. As partes (“utentes”) que recorram ao CAC ficam agora mais seguras que o processo de seleção e nomeação de árbitros obedece a critérios mais claros, objectivos e transparentes dos que existem na esmagadora maioria das suas congéneres.

É seguramente um passo decisivo na consolidação do prestígio e credibilidade da Arbitragem em Portugal.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A liberdade das partes na escolha e indicação de árbitros em arbitragens internacionais: limites e possibilidades, de Fabiane Verçosa – *RARB* 1/332-350, *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação* 2/711-732 (DTR\2004\5);
- A seleção de árbitros nos procedimentos arbitrais: uma abordagem prática, de Jerry P. Brodsky e Victor Madeira Filho – *RARB* 20/193-206, *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação* 2/791-804 (DTR\2009\807); e
- Quem são os árbitros internacionais. Abordagem sociológica, de Thomas Clay – *RARB* 6/107-125, *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação* 2/1011-1032 (DTR\2005\389).