

José Miguel Júdice

Advogado e Professor Associado Convidado da Faculdade de Economia da Universidade Nova. Coordenador da Área de Arbitragem de PLMJ, membro da Corte Internacional de Arbitragem da CCI, Presidente da Direcção do Centro de Arbitragem Comercial da ACL (Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa) e membro da Direcção da Associação Portuguesa de Arbitragem.

Fixação dos honorários dos árbitros

1. Introdução

Quando eu era jovem ouvia frequentemente dizer que é má educação falar de dinheiro. O Mundo evoluiu, ou involuiu, e depois o paradigma mudou radicalmente, passando sobretudo a falar-se de dinheiro, mesmo em sociedades de inspiração cristã em termos civilizacionais, como a nossa.

No mundo da arbitragem a realidade não é muito diferente; a regra é (ou era) não falar de dinheiro quanto à questão da fixação dos honorários dos árbitros. Mas talvez se possa e deva dizer que não se falar de dinheiro – algumas vezes e como adiante se tentará explicitar – é, paradoxalmente, uma forma de falar nisso.

Entendo que a hipocrisia é ainda uma forma de assumir o enquadramento cultural tradicional no que ao dinheiro se refere. Nem sempre a hipocrisia é inconveniente, por vezes é inevitável, pode mesmo revelar-se útil no plano das relações humanas e até há quem diga que é a homenagem que o vício presta à virtude, o que nos tempos que correm já não é pouca coisa.

Por isso, e deixando-nos de hipocrisias, registre-se que a actividade arbitral é uma profissão remunerada e que, para os que foram capazes de atingir o seu *high-end* e que consigam aí manter-se, pode mesmo ser muito bem remunerada. É também uma actividade de enorme responsabilidade, que exige esforços e sacrifícios¹, exercida em regra por juristas

¹ O menor dos quais não é por certo a realização de constantes e cansativas deslocações a países estranhos, com pouco tempo para usufruir das suas belezas.,

que já tiveram uma longa carreira profissional e são confrontados com litígios de enorme complexidade, valor e intensidade de emoções.

Para os que levam a sério os seus deveres, e são a esmagadora maioria, arbitrar litígios é um trabalho no qual não é possível aplicar o “modelo de negócio” da advocacia que se baseia num *leverage* controlado, mas otimizador de rentabilidade: os árbitros trabalham sozinhos, quando muito vagamente assistidos e apoiados por um secretário/assistente que sem dúvida lhes pode facilitar a vida, mas que não pode substituir-se na investigação jurídica de corte fino, na reflexão e debate para decisão e na redacção das sentenças. E, como se isso não bastasse, nesse tipo de processos arbitrais é evidente que a remuneração que as equipas de advogados recebem é em regra muito substancialmente superior à dos árbitros, como estes podem confirmar quando, pelo menos nos casos internacionais, no final dos processos arbitrais recebem a informação dos honorários pagos a advogados e peritos.

Esta realidade parece-me inequívoca: os árbitros esperam ser remunerados e consideram que se justifica serem bem remunerados pelas partes. Em termos de relação preço/qualidade, se recordarmos que resolvem de modo definitivo litígios com frequência complexos e muito valiosos, em relativamente pouco tempo, com elevada qualidade e com ponderação experiente dos interesses em presença, justifica-se efectivamente que o sejam.

Mas outra factualidade também é inequívoca: as partes estão cada vez mais, e também compreensivelmente, preocupadas em conseguir uma boa relação custo/benefício. Ora uma especificidade dos processos de resolução de litígios é que a soma algébrica do benefício das partes tende para zero. Realmente, cada uma das partes tem em regra o benefício equivalente ao não benefício da outra. No entanto a realidade pode ser ainda mais complexa, pois na convicção das partes o habitual é que a soma algébrica percebida seja negativa, pois ambas tendem a considerar que têm total razão, pelo que tudo o que seja menos do que um sucesso a 100% (o que exigiria o milagre matemático de se atingir 200% de satisfação...) é frustrante. E, mesmo quando o realismo e o *risk assessment* são rigorosos, na prática a insatisfação pode existir devido à esperança de sucesso (que se diz ser a última coisa a morrer) ou à probabilidade de que a decisão a todas as partes desagrade, ainda que por razões diversas e até opostas.

2. Os riscos do conflito de interesse entre os árbitros e as partes

O sistema arbitral vale o que valem os árbitros, costuma dizer-se². E é velha a máxima extraída da sabedoria dos povos que o barato muitas vezes sai caro. Bons árbitros valem o que custam. Mas se não houver confiança no sistema arbitral de pouco serve um *stock* disponível de excelentes árbitros se o mercado neles se não revelar interessado.

Ora o sistema arbitral só pode sobreviver e crescer se todos aqueles que com o sistema beneficiam se esforçarem para que não se agigantem críticas, mesmo que injustas, a tal método de resolução de litígios. Por isso, sobre os práticos da arbitragem cai uma responsabilidade de primeiro grau que não pode ser escamoteada.

A questão dos honorários dos árbitros não é seguramente a principal questão que encontramos no caminho crítico da sua qualidade técnica, do seu rigor decisório ou da eficiência na gestão do processo. Por exemplo, a independência e a imparcialidade dos árbitros são questões seguramente mais determinantes³. Mas o tema dos honorários dos árbitros não deixa de ser importante e dever merecer aturada reflexão. E está a tornar-se mais importante nos últimos anos.

Sem necessidade de entrar em querelas dogmáticas – que fazem o prazer da academia e têm pelo menos a utilidade e destino dos *libelli* (que, como diziam os clássicos, *habent sua fata...*) – é pacífico afirmar que, pelo menos numa vertente ou visão, a relação entre os árbitros e as partes reveste um carácter contratual, ao mesmo tempo que noutra

² “Arbitration is only as good as the arbitrator” é a frase muitas vezes repetida por vários autores (veja-se, a título meramente exemplificativo, YVES DERAÏNS/LAURENT LÉVY, “Introduction”, in *Is Arbitration Only As Good as the Arbitrator? Status, Powers and Role of the Arbitrator*, Dossier VIII, Câmara de Comércio Internacional, Paris, 2011, pp. 7 e ss.. Neste sentido, e ainda no plano internacional, costuma afirmar-se que “*tant vaut l’arbitre, tant vaut l’arbitrage*” (tanto vale o árbitro, tanto vale a arbitragem), para salientar, justamente, a importância que os árbitros têm para a arbitragem. Invocando este célebre adágio, veja-se, entre outros, PIERRE LALIVE, “Le choix de l’Arbitre”, in *Mélanges Jacques Robert, Libertés*, Montchrestien, Paris, 1998, pg. 354.

³ Sobre a independência e imparcialidade dos árbitros, veja-se, por exemplo, José MIGUEL JÚDICE, “A constituição do tribunal arbitral: características, perfis e poderes dos árbitros”, in *II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 117 a 120.

perspectiva os árbitros exercem sobretudo uma função jurisdicional que as ultrapassa. E ambas as hipóteses têm a sua parte de verdade e rigor. Realmente só a visão dual define o sistema adequadamente.

Se pela segunda visão encontramos a fonte mais primacial dos deveres de imparcialidade e independência, pela primeira vamos encontrar a nascente da responsabilidade contratual e dos deveres que nela estão ínsitos. A legitimidade dos árbitros resulta (também) da vontade das partes e daí decorre inexoravelmente um dever de se não deixarem colocar numa situação de conflito de interesses, já não na vertente publicista e até constitucional da independência e da imparcialidade, mas na privatística de recusar deslizar para situações que coloquem o árbitro em conflito com quem o indicou.

O cerne da questão ontológica que subjaz ao tema dos honorários dos árbitros reside nisso e por aí devemos começar, antes mesmo de nos determos nas questões pragmáticas e práticas que serão adiante abordadas. Realmente se estas questões práticas forem iluminadas pela percepção da essência das coisas, a visibilidade dos problemas torna-se mais intensa e com muito maior facilidade e menores riscos pelo meio deles podemos caminhar.

O problema potencial do conflito de interesses é evidente. As partes têm o desejo de otimizar o que pagam sem com isso prejudicarem o resultado. Os árbitros, também muito legitimamente, querem garantir uma adequada remuneração para o seu trabalho. Muitas vezes ou até como regra, é difícil ou mesmo impossível aos árbitros saber, quando são convidados, quais os valores em presença e ainda mais preverem qual a complexidade do caso e o tempo que lhe terão de dedicar, e qual vai ser o comportamento dos advogados. O melhor de dois mundos seria que as partes soubessem com absoluto rigor quanto vão pagar e os árbitros com idêntica certeza soubessem quanto do seu tempo e esforço intelectual devem usar para fazer justiça.

Mas depois do Sr. Pangloss a humanidade tornou-se seguramente mais comedida; e, em qualquer caso, esse mundo de maravilhas não pode existir em matéria de fixação de honorários de árbitros. A experiência mostra realmente que, quando o processo arbitral termina, a possibilidade dos árbitros entenderem ter sido mal remunerados ou da(s) parte(s) acharem que se pagou demasiado (ou até de que ambos estejam insatisfeitos, por razões opostas, no que se refere aos honorários...) é maior

do que a alternativa de ambos terem ficado satisfeitos com a solução da equação do tema do *value for money* no caso concreto.

Se as coisas podem ser assim, então existe um risco potencial de conflito. Ao contrário do que se passa com profissionais contratados para assistir cidadãos ou pessoas colectivas, em que a denúncia ou resolução dos mandatos é em regra possível e muitas vezes sem custos, a relação contratual com os árbitros não pode ser terminada, como sabemos, a não ser que ocorra uma especial situação de justa causa, no caso de renúncia do árbitro após um *challenge* ou pela sua remoção – pelos tribunais judiciais ou pela entidade que administra a arbitragem – devido a graves falhas nos seus deveres éticos ou de eficiência⁴. Ou seja, o árbitro depois de nomeado passa por uma espécie de banho lustral que reduz a densidade contratual do mandato e faz agigantar a jurisdicional, reforçando a sua independência e imparcialidade perante quem directa ou indirectamente o nomeou. É assim, e ainda bem, pois nesse paradigma se baseia o método arbitral de resolução de litígios. Mas sendo e devendo ser assim, existe um inevitável subproduto potencial dessa mudança essencial, que é uma alteração profunda da relação de poder que estruturou o contrato de mandato para arbitragem, tornando-se ele objectiva e profundamente assimétrico em benefício do árbitro. Ou seja, a partir de certa altura o árbitro deixa de poder ser condicionado e ganha as asas de uma liberdade, que tem por isso de ser feita de responsabilidade e ética⁵.

E como se isso não bastasse, o poder dos árbitros – sobretudo se a atitude do tribunal arbitral for coesa – ainda se torna maior na prática do que a apreciação teórica e abstracta sugere. Para os mandatários das partes e para elas próprias, para o bem e para o mal, é muito difícil enfrentar um tribunal coeso, por elementares razões psicológicas a que alguns – mais terra à terra – chamarão, pura e simplesmente, medo.

⁴ Claro que a relação jurídica com os árbitros também pode terminar por acordo entre as partes que ponha termo ao processo arbitral, sem prejuízo de algumas outras válvulas de escape.

⁵ Por isso é que, como veremos adiante, o regime do art. 17.º da Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa é geneticamente pensado sobretudo para proteger as partes e não tanto para preservar a independência dos árbitros, que após a constituição do tribunal – e se não for afectada pela parcialidade – se torna muito maior e plena. Mas não deixa de ter essa utilidade, como é evidente.

O paradigma arbitral pede, dir-se-ia que exige, isso mesmo. Só funciona muito bem um tribunal em que a solidariedade grupal dos árbitros seja superior à que remanesce do momento genético da respectiva nomeação. E a independência indispensável dos árbitros aumenta exponencialmente pela certeza e pela convicção de que nada ou praticamente nada pode ser feito pelas partes que estejam desagradadas com o tribunal ... que não seja não voltar no futuro a nomear algum deles para outras arbitragens. Esta independência aproxima-se e tem idêntico racional à que é atributo dos magistrados judiciais, que na sua inamovibilidade se tornam mais fácil e naturalmente são e se sentem livres de pressões dos poderes jurídicos ou fácticos. Esta é a versão moderna da protecção de que beneficiavam os tribunos da plebe na Roma clássica, que eram invioláveis por uma espécie de sacralidade da função. É assim; e ainda bem que assim é.

3. Um sistema de freios e contrapesos

Os tribunais arbitrais devem ser e sentir-se independentes das partes, mas esse enorme poder pode ser uma oportunidade para abusos e para excessos. Um sistema jurídico adequado deve estruturar-se com sistemas de freios e de contrapesos, de limitações que evitem os excessos seja qual for a direcção em que se concretizem. E no caso da fixação de honorários dos árbitros revela-se de forma exemplar esse modelo paradigmático dos freios e contrapesos. Quando os não encontrarmos, o sistema fica potencialmente fragilizado.

Em função da realidade subjacente, devem pois estruturar-se soluções que permitam reduzir as situações potenciais de conflito, gerar por defeito soluções equilibradas para os casos conflituais e encontrar freios e contrapesos que actuem com automatismo quando a realidade imponha a necessidade de resolver casos excepcionais. E a tendência da evolução do sistema arbitral tem sido claramente nesse sentido.

Como é evidente, o avanço nas soluções sociais para os problemas faz com que eles surjam à luz do dia com uma intensidade ou dimensão que leva os menos atentos a pensar que foi a normatização de soluções que criou os problemas que supostamente não existiriam. Mas não é assim nas sociedades, como não o é no sistema arbitral. Os problemas existiam, em estado de latência, corroendo a aceitação social do sistema

e perturbando o seu progresso, acumulando sensações de injustiça e inadequação que provocam efeitos negativos um pouco por vários lados, como quando os caudais das águas subterrâneas não têm por onde sair de forma regular e adequada.

A esse título é curioso analisar a realidade portuguesa, a que voltaremos mais adiante. Conhecem-se decisões judiciais em fluxo regular sobre arbitragem desde os anos 90 do século passado e até este ano nenhuma encontrei que abordasse a questão do desacordo entre as partes e os árbitros no que à fixação justa dos honorários se refere. Mas recentemente houve duas decisões do Tribunal da Relação de Lisboa⁶, e muito provavelmente outras surgirão no futuro, agora que a Lei da Arbitragem Voluntária (LAV) veio clarificar de forma pioneira em Portugal que os tribunais judiciais podem ser chamados a determinar o valor dos honorários dos árbitros.

A melhor forma de evitar um problema é sempre resolvê-lo com antecedência. Por isso, se as partes e os árbitros acordarem de modo prévio sobre os honorários destes últimos, e a menos que exista alguma das excepcionais situações que permitem ou impõem a alteração do que as partes livre e conscientemente acordaram, o problema nunca ocorrerá.

No entanto, um acordo sobre os honorários antes da constituição do tribunal arbitral nem sempre é fácil ou evidente; nessa medida, é pouco provável que tenha muito sucesso, e equilíbrio, um modelo em que logo que estejam conhecidos os nomes dos árbitros e antes da constituição do tribunal se abra uma fase complexa de negociação dos honorários que chegue à previsão de tudo e mais alguma coisa, mesmo daquilo que seria em princípio altamente improvável. Como atrás se referiu, a relação de poder nesse momento já começa a ser muito mais favorável aos árbitros, sendo psicologicamente difícil que as partes admitam desagradar aos árbitros impondo-lhes valores com que eles não concordem (mas não tanto que estes últimos coloquem em cima da mesa propostas que considerem justas, mas que sintam que as partes irão aceitar constrangidas). Seja como for, esta terá de ser por defeito a solução desejada, e foi essa a razão pela qual o art. 17.º, n.º 1 da LAV veio determinar que – se na convenção de arbitragem não estiver tudo regulado – deve ser cele-

⁶ 157/13OYRLSB de Maio (Ferreira de Almeida) e 537/13.1YRLSB de Julho (Fernanda Isabel Pereira).

brado e reduzido a escrito o acordo entre partes e árbitros sobre a matéria antes da aceitação do último árbitro. Sempre que isso ocorra, a probabilidade de conflito futuro – ainda que não desapareça em teoria – reduz-se substancialmente.

Mas a fragilidade da solução atrás mencionada é evidente. Para além de esse ser já provavelmente um momento demasiado tardio para encontrar uma solução justa, pode ocorrer que uma das partes tenha interesse em tornar o litígio mais caro se a outra parte estiver em dificuldades financeiras; e árbitros ou partes desatentas podem descobrir que a aceitação do último árbitro já ocorrera quando procuraram celebrar o acordo sobre honorários, o qual assim se tornou inviável quanto aos efeitos pretendidos à luz da legislação aplicável.

Compreende-se por isso que a tendência internacional seja claramente no sentido de suscitar mecanismos de automatismo que possam tornar essa ingrata e difícil negociação desnecessária, numa fase ainda muito inicial do procedimento, mas apesar de tudo quando ele de certa forma já se iniciou.

A preferência da LAV vai também claramente no sentido de que as partes regulem por antecipação a questão na convenção de arbitragem (art. 17.º). O que se compreende: nesse momento as partes não estão em regra em litígio e para elas é seguramente mais fácil consensualizar uma solução otimizada em relação a eventuais custos arbitrais. E quando num litígio nascente tratam de iniciar o processo de constituição do tribunal arbitral, abordando potenciais árbitros, estes não terão nada para negociar com as partes, pois as regras do jogo estão definidas, podendo os árbitros apenas aceitar ou não ser nomeados⁷.

Só que a determinação na convenção de arbitragem, sobretudo se, como é regra, ela revestir a forma de uma cláusula arbitral num contrato celebrado por vezes muitos anos antes de o litígio surgir, não é fácil nem prática, se com isso se entender clausular as regras que vão funcio-

⁷ Uma hipótese que não é admissível, por motivos legais e deontológicos, é que uma parte (ou ambas...) decidam pagar a quem nomeiam valores que não sejam clarificados de uma forma ou outra no procedimento arbitral. Aliás todos e quaisquer fluxos financeiros das partes para os árbitros têm de ser canalizados através do presidente ou do secretário do tribunal e, no caso das arbitragens institucionais, através da entidade que administra o procedimento que é em regra o secretariado do centro de arbitragem.

nar num futuro mais ou menos longínquo para hipotéticos litígios cujos contornos são impossíveis de prever, no que à complexidade, valor e características se refere.

Se outros motivos não existissem, esta é uma razão mais do que suficiente para que as partes optem pela arbitragem institucional, aderindo ao sistema de regras de uma instituição⁸. Se a convenção de arbitragem determinar que os litígios futuros serão resolvidos de acordo com as regras de um centro de arbitragem, a questão da fixação dos honorários ficará, como adiante melhor se verá, resolvida no que ao interface entre partes e árbitros se refere.

4. A vantagem da arbitragem institucional

Esta opção pelas regras de uma instituição de administração de arbitragens pode ser feita numa arbitragem *ad hoc*, através da decisão de utilizar as regras de uma instituição e não através da opção de institucionalizar a arbitragem. E no que tange à resolução do problema da negociação dos honorários com os árbitros, prévia à constituição do tribunal, o problema fica resolvido. Só que o problema dos honorários é bem mais complexo do que se pode imaginar e não se esgota nem resolve tão-somente com a sua fixação por remissão para uma tabela abstracta; e nessa segunda vertente torna-se evidente a fragilidade da arbitragem *ad hoc*.

Realmente, existem situações que dificilmente podem ser previstas *ab initio* com sensatez. Pense-se por exemplo no caso do processo arbitral terminar por acordo, logo no início ou até já depois da audiência, o que em termos de trabalho dos árbitros faz muita diferença; ou na evolução do processo, nuns casos bem mais fácil e menos trabalhosa do que se antecipava ou pelo contrário a complexidade se ter revelado muito para além do que se esperava; ou na hipótese de novas partes se juntarem ao processo; ou ainda na existência de complicados e morosos incidentes com especial produção de prova, como ocorre por vezes com as providências cautelares; ou ainda na eventual bifurcação que, se o tribunal

⁸ Ou, como adiante se verá mais em detalhe, optando pelas regras UNCITRAL, as quais serão mais adequadas mesmo para arbitragens nacionais do que as que resultam da nossa LAV e a que vimos fazendo referência.

vier a concluir pela existência de jurisdição ou de incumprimento, obrigará à passagem a uma segunda fase do procedimento (fase dos aspectos materiais ou da quantificação dos danos); ou o facto de produção de prova ter de ser feita noutra(s) país(es); e os exemplos poderiam continuar, o menor dos quais não sendo por certo a surpresa com que por vezes as partes são confrontadas com “pedidos” dos árbitros para que os seus honorários sejam maiores por entenderem que o trabalho efectuado o justifica.

Como é evidente, tentar regular previamente os honorários prevendo todas estas hipóteses é tarefa hercúlea, de morosa negociação e que com toda a probabilidade acabará por se revelar inútil e sem dúvida que pouco adequada à realidade concreta com que se virá mais tarde a deparar. Mas se a opção tiver sido pela arbitragem *ad hoc* é inevitável que acabem os árbitros a tomar a decisão sobre se devem ou não reduzir ou ampliar os seus honorários, com a única alternativa para a parte ou partes insatisfeitas de exercerem o direito de recorrer aos tribunais comuns nos termos do art. 17.º n.º 3.º.

A conclusão para este efeito, por tudo isso, só me parece poder ser uma: as partes devem optar nos seus contratos e convenções de arbitragem (ou, no limite, quando concluem que devem iniciar arbitragem para a qual previram o sistema arbitral *ad hoc*) pela arbitragem institucional através de um centro respeitado, experiente e com regras claras.

A solução institucional – apesar da diversidade entre os muitos centros de arbitragem existentes – tem sempre de comum a existência de regras que permitem a previsibilidade ou que definem soluções para enfrentar e resolver o imprevisível, evitando ou limitando drasticamente a necessidade de negociação entre árbitros e partes. Na generalidade dos casos existem tabelas de honorários e de preços a pagar ao centro pela gestão do processo que são publicitadas e conhecidas. A adesão ao sistema implica *ipso facto* a aceitação de tais regras, o que evita como já se referiu a necessidade de negociar com os árbitros os honorários, ou pelo menos de o fazer em situações normais.

⁹ Sobre o processo de redução dos honorários na LAV, veja-se PEDRO METELLO DE NÁPOLES/CARLA GÓIS COELHO, “A arbitragem e os tribunais estaduais – alguns aspectos práticos”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Associação Portuguesa de Arbitragem, ano V (2012), Almedina, Coimbra, 2012, pp. 206 a 208.

Mas para além disso, a generalidade das regras permitem enfrentar a questão prática para a qual as arbitragens *ad hoc* não têm nenhuma solução que não seja a atribuição aos árbitros do poder de fixar alterações aos honorários (ou, na prática, a dificuldade de lhes recusar o pedido de aumento). O habitual é que as tabelas se organizem com um valor máximo e mínimo, que nalguns casos pode chegar a uma diferença de 1 para 4. Em cada caso concreto a direcção do centro terá o poder para decidir majorar (ou minorar) os valores previstos, em função de critérios mais ou menos objectivos que o justifiquem e lhe sejam indicados pelas partes ou pelos árbitros para decisão, ou através de uma análise independente do processo. Deste modo se consegue a desejada e compreensível adaptação sem que a decisão seja tomada em manifesta situação de conflito de interesses pelos árbitros, numa fase em que para as partes será incómodo ou mesmo difícil, se não impossível, resistir ao pedido dos árbitros.

Uma outra vantagem do sistema institucional é que as decisões do centro sobre a adequação dos honorários à realidade concreta – que não sejam tomadas em conflito de interesses – não são sindicáveis nos termos do art. 17.º n.º 3 da LAV, visto que tal matéria foi regulada na convenção de arbitragem (por remissão para as regras do centro de arbitragem). E essa insindicabilidade reforça o carácter alternativo e voluntário que está no ADN da arbitragem, diminuindo o recurso aos tribunais comuns para matérias que as partes desejaram que não fossem por eles decididas.

Alguns poderão entender que este sistema é menos adequado aos interesses das partes do que o modelo supletivo que está previsto na LAV, visto que as decisões dos tribunais da Relação são tomadas por magistrados independentes e sem qualquer interesse na questão. Não se discute – antes se deve presumir – essa independência, mas é legítimo admitir que a sua sensibilidade às especificidades dos procedimentos arbitrais e a sua disponibilidade para uma análise de corte fino e com base no princípio do contraditório possam conduzir a decisões menos adequadas do que se forem feitas pelas direcções dos centros arbitragem¹⁰, que são formadas por profissionais experientes e qualificados e com maior imediação (atra-

¹⁰ Como em certa medida aconteceu nas duas decisões da Relação de Lisboa atrás mencionadas.

vés dos serviços administrativos do centro que acompanham *pari passu* as arbitragens) para obterem a informação necessária a uma boa decisão.

E acresce que a realidade demonstra que a haver alguma tendência das instituições arbitrais prestigiadas ela é claramente no sentido de moderar excessos de custos arbitrais, pois têm consciência de que o seu sucesso e quota de mercado se baseiam na convicção dos utilizadores de que conseguem através delas obter custos equilibrados e controlados. Ou seja, o “negócio” da arbitragem, que é desenvolvido pelas instituições arbitrais, exige que os utilizadores potenciais tenham a convicção de que os seus custos com o sistema são controlados.

5. Os diversos modelos de fixação de honorários

A preocupação com a previsibilidade, com o princípio do *value for money*, com a necessidade de motivar especialistas qualificados e com a renovação dos painéis de árbitros disponíveis tem conduzido a diversas soluções para a fixação dos honorários dos árbitros e com a sua revisão ao longo do processo em função da forma como este evolui.

No que se refere à determinação do valor dos honorários à partida, dois principais sistemas existem, de que são exemplos a solução da CCI (a mais importante instituição de gestão de arbitragens comerciais mundial) e a da ICSID (a mais relevante instituição gestora de arbitragens de protecção de investimentos internacionais). A primeira (usando a regra denominada internacionalmente como “*ad valorem method*”) opta pela existência de uma tabela calculada em função do valor do processo, tal como resulta das pretensões das partes. A segunda (“*per diem method*”) determina uma taxa horária para o trabalho a realizar pelos árbitros, que é aplicada sem dependência directa do valor do processo. Existe um terceiro sistema, claramente caído em desuso pela sua inflexibilidade, que é o de determinar um valor fixo para os honorários (“*fixed fee*”).

Como é normal, cada um dos sistemas tem as suas vantagens e inconvenientes. O sistema da CCI tem uma enorme previsibilidade à partida¹¹, permite pagar mais caro o trabalho em arbitragens mais valiosas e mais

¹¹ Embora a CCI analise com rigor a complexidade do caso, o tempo despendido e a eficácia da gestão processual pelos árbitros.

barato nos casos de menor importância financeira, não exige qualquer controlo do tempo despendido pelos árbitros; mas tem como aspectos mais negativos a menor insensibilidade da complexidade e dimensão do trabalho dos árbitros que não é automaticamente função dos valores em jogo, e poderia conduzir a valores astronómicos se não existisse um sistema de que adiante se tratará e que reduz proporcionalmente o valor dos honorários em relação ao aumento do valor das causas.

O sistema da ICSID, pelo seu lado, tem a vantagem da adequação dos honorários à complexidade e dimensão do problema, mas é menos previsível à partida (nenhuma parte pode saber quanto será o número de horas que cada árbitro irá aplicar ao caso) e exige controlos que permitam evitar excessos de horas dedicadas ao caso pelos árbitros ou até abusos de menção de horas que realmente não foram efectuadas. E, evidentemente, exige para a sanidade do sistema que as partes confiem nos registos horários dos árbitros.

Instituições arbitrais com longo *track record* de arbitragens, experientes e com equipas de profissionais dedicados em *full time* à gestão dos processos, conseguem potenciar as vantagens e reduzir os inconvenientes de cada sistema. Sendo poderosas e, naturalmente, essenciais para os árbitros que queiram ter actividade de alto nível no plano internacional, conseguem tomar decisões que podem desagradar aos árbitros, mas que estes não podem deixar de aceitar. E, além disso, as suas regras permitem compensar os inconvenientes decorrentes da solução concreta.

No caso da CCI, essas regras têm duas válvulas de escape principais: em primeiro lugar a circunstância de que a percentagem aplicada ao valor do processo para determinar os custos de administração dos processos e os honorários dos árbitros vai sendo gradualmente mais baixa à medida do aumento desse valor; e, em segundo lugar, a existência de uma diferença entre o valor mínimo e máximo que tem uma relação de cerca de 1 para 4¹². Esta flexibilidade é gerida, no que à determinação

¹² Por exemplo, para um processo com o valor de US\$ 1,000,000, o valor dos honorários por árbitro varia entre US\$14,627 e US\$ 64,130. Mas para um processo com o valor de US\$ 1,000,000,000 (ou seja mil vezes superior) o valor dos honorários por árbitro pode variar entre US\$ 171,867 e US\$783,300, ou seja apenas cerca de 100 vezes mais. A CCI disponibiliza, em <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/cost-and-payment/cost-calculator/>, um sistema automático para

do valor dos honorários em concreto se refere, com base no acompanhamento permanente da evolução dos processos pelo Secretariado e pela Corte Internacional de Arbitragem da CCI, sendo pedido a início que seja feito pelas partes um adiantamento que corresponde em regra ao valor médio previsto para os honorários e custos administrativos da CCI, o que permite depois aumentar ou reduzir o valor final dos honorários.

Este sistema é o mais usado pelos centros de arbitragem nacionais e internacionais. E mesmo nas arbitragens *ad hoc* acaba por ser o dominante, devido à facilidade com que os tribunais e as partes remetem para as regras de um concreto centro de arbitragem como forma de evitar os difíceis debates sobre o valor dos honorários.

O outro sistema baseia-se em taxas horárias. A ICSID considera como regra que os árbitros deverão receber US\$3000 por dia de trabalho (que se assume ser de 8 horas, chegando-se assim a um valor médio de US\$375 por hora), mas admite que sejam feitos pedidos ao Secretariado Geral por árbitros para que esse valor seja aumentado. A London Court of International Arbitration (LCIA), outra das mais importantes instituições mundiais de administração de arbitragens, também segue o princípio do custo horário e a sua tabela varia entre £150 e £350, embora possa ser requerido ao secretariado do centro um valor diverso¹³.

determinar os valores para cada caso concreto. Registe-se também que a opção por único árbitro fará com que os custos com honorários de árbitros se reduzam a um terço como regra.

¹³ Os principais centros portugueses (Centro de Arbitragem Comercial de Lisboa e Instituto de Arbitragem Comercial do Porto) seguem o sistema CCI. Entre outras regulamentos de relevantes instituições internacionais, também a Corte de Arbitraje de Madrid, a Stockholm Chamber of Commerce (SCC), a American Arbitration Association (AAA), o Regulamento Suíço de Arbitragem Internacional da Instituição de Arbitragem das Câmaras Suíças, a Camera Arbitrale di Milano seguem o sistema de honorários CCI. Destaque-se, porém, o Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara Portuguesa de Comércio no Brasil – São Paulo (Câmara Portuguesa) que, apesar de estabelecer valores máximos de honorários por árbitro em causas até 1.000.000 de Reais, segue o sistema ICSID de determinação de honorários dos árbitros. Com relevância dever-se-á ainda indicar a existência de centros de arbitragem que optam por sistemas mistos, seguindo o modelo ICSID para causas de menor valor e o modelo CCI para causas de valor mais elevado. Assim, o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) e a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem Ciesp/Fiesp optam por seguir o Modelo ICSID para arbitragens com um valor inferior, respectiva-

A Corte Permanente de Arbitragem de Haia é também uma muito prestigiada instituição que cada vez mais compete com a ICSID em arbitragens de investimento e que em regra aplica as normas UNCITRAL¹⁴, tendencialmente optando por um sistema de taxa horária algumas vezes negociado pelo respectivo Secretariado directamente com as partes.

Tudo medido, o sistema dominante internacionalmente parece ser o que apelidei de sistema CCI. Mas não creio que se possa afirmar que um deles seja melhor do que o outro em abstracto. No entanto, em minha opinião, o sistema de tabela tem uma vantagem implícita que me parece ser mais adequado, pelo menos para mercados menos maduros como é o caso do português. Realmente a solução de taxa horária favorece menos, tendencialmente, uma dinâmica de crescimento da *pool* de árbitros, pois os mais conhecidos e instalados podem sempre aceitar casos de menor valor, visto que a sua remuneração não vai depender tanto do que está em jogo. Pelo contrário no sistema de tabelas baseadas no valor, e mesmo que exista a possibilidade de majorar a tabela média, processos mais pequenos não serão aceites por árbitros mais experientes e qualificados e desse modo a ventilação acentua-se com a entrada de novos árbitros que assegurarão o crescimento e futuro da arbitragem.

6. Alguns vícios e perplexidades dos sistemas

A conclusão atrás referida não pode no entanto ser usada como forma de nos tranquilizar e nos conduzir a pensar que a simples referência a um dos sistemas seja suficiente para que tudo funcione bem. É que, pelo contrário, a utilização de qualquer deles sem os controlos e a experiência que noutros lados foi sendo acumulada, pode facilmente provocar efeitos perniciosos a que se deve estar atento.

A realidade prática permite demonstrar que o cerne dos problemas reside em especial em quatro tipos de situação, concentrando-se aí as principais queixas dos utentes e o provável crescente envolvimento dos

mente, a 7.500.000 e a 8.000.000 de Reais e o modelo CCI para arbitragens com valores superiores a estes.

¹⁴ Art. 39 (1) do Regulamento UNCITRAL e art. 41 do Regulamento de arbitragem UNCITRAL.

tribunais estatais: (i) arbitragens *ad hoc* em que, na falta de uma instituição administradora da arbitragem, o interface entre árbitros e partes no que aos honorários se refere se acentua inevitavelmente; (ii) processos que terminam muito antes da sentença numa fase em que o tempo despendido pelos árbitros foi ainda muito limitado; (iii) pedidos dos árbitros para majorar honorários durante o decurso do processo; (iv) eventual insensibilidade dos tribunais judiciais para as especificidades e custos das arbitragens, reduzindo excessivamente valores nos casos em que legalmente são chamados a decidir em última instância.

Este tipo de problemas é altamente potenciado nas arbitragens *ad hoc*. Isso talvez explique a inexistência de muita reflexão da doutrina internacional sobre o tema, visto que na generalidade dos países o sistema *ad hoc* é marginal em relação ao sistema institucionalizado, ao contrário do caso português. Realmente, nas arbitragens institucionais “*it is unnecessary for the parties to engage in any direct discussions or negotiations with the arbitrator or arbitrators as to the amount of his or their fees*”¹⁵.

Claro que se as partes tudo vierem a prever nas cláusulas arbitrais, mesmo nas arbitragens *ad hoc*, os problemas serão minorados; mas já vimos que é impraticável que isso aconteça num grau suficiente para se poder concluir que a opção pela arbitragem institucional deixe de ser comparativamente preferível a esse esforço de negociação contratual.

Mas mesmo nas arbitragens institucionais acontece que os Regulamentos não sejam elaborados em termos tais que evitem ou limitem significativamente o problema. Por vezes acontece que os regulamentos aceitam que sejam os tribunais arbitrais, e não a instituição, a fixar as majorações sobre a tabela e que a eles também compita decidir se e em que termos o facto do processo arbitral terminar mais cedo por acordo deve reduzir o valor previsto para os honorários.

Ou seja, a melhor forma de evitar os problemas é manifestamente que os centros administradores de arbitragens tenham regulamentos que apontem claramente para a inexistência de negociação entre árbitros e partes sobre honorários e para que os tribunais arbitrais não tenham

¹⁵ “Law and Practice of International Commercial Arbitration”, Alan Redfern and Martin Hunter, 2nd edition, Sweet & Maxwell, London, 1991, pág. 249.

o poder de fixar ou alterar os seus honorários. Para tal efeito algumas regras podem ser recordadas.

Em primeiro lugar, é de toda a vantagem que as tabelas de honorários disponíveis tenham uma estrutura com um valor mínimo e um valor máximo prováveis e que as provisões para honorários sejam calculadas em regra por um valor médio (excepto naturalmente quando o valor dos pedidos seja tão baixo ou tão alto que se justifique o afastamento do valor médio).

Depois é importante que as regras dos centros de arbitragem contêmham aquilo a que Redfern e Hunter chamam "*cancellation fee*"¹⁶, ou seja soluções transparentes para o caso dos processos terminarem antes da fase de condensação do processo, antes da audiência ou antes da sentença, estabelecendo critérios (por exemplo percentuais sobre o valor dos honorários e custos administrativos fixados) que reduzam os valores a pagar pelas partes em função do menor trabalho que foi pedido aos árbitros.

Para além disso é importante que fique claro que os árbitros têm durante o processo arbitral o direito de pedir ao centro de arbitragem – apresentando a respectiva fundamentação – majoração dos honorários, se circunstâncias imprevistas ocorrerem¹⁷; mas não deverão negociar com as partes tal majoração na pendência do processo, devendo apenas informar os respectivos advogados de que o vão solicitar. E o centro, antes de decidir, deve ouvir as partes para assegurar o princípio do contraditório.

Uma outra regra útil é que os procedimentos, nas arbitragens institucionais, clarifiquem que a remissão para as tabelas existentes e publicadas constitui um acordo nos termos e para os efeitos do disposto no art. 17.º, n.º 1 da LAV. Esta afirmação (que pode e deve estar contida na convenção de arbitragem, máxime nas cláusulas arbitrais dos contratos) não me parece essencial, pois a boa interpretação normativa já o leva a

¹⁶ Ob cit, pág. 249.

¹⁷ Por exemplo, entrada de novas partes, deslocações não antecipadas, audiências muito mais longas do que se previa ao início, incidentes como ordens processuais ou medidas cautelares solicitadas ao tribunal, comportamento dos advogados que conduzam a excessos de trabalho evitáveis (devendo isso depois ser ponderada na alocação a cada uma das partes dos custos), etc.

concluir, desde que não existam elementos factuais que infirmem essa conclusão, mas nunca será prejudicial.

No entanto, não me parece que nas arbitragens *ad hoc* seja possível concluir que a mera remissão para a tabela de um centro de arbitragem possa significar automaticamente e por defeito que os honorários dos árbitros ficaram regulados por essa via e que, portanto, as partes deixam de poder usufruir da vantagem que resulta da faculdade legal prevista no n.º 3 do art. 17.º, se antes da aceitação do último árbitro a ser designado não formalizarem um acordo específico. Realmente, a remissão para a tabela – sem que ao centro ou ao seu presidente sejam atribuídos os poderes que resultem do respectivo regulamento – não resolve o problema do conflito de interesses nem gera a existência de freios e contrapesos. Pelo contrário, nesses casos o tribunal arbitral pode vir a ter de tomar decisões exercendo poderes que não lhe são atribuídos, *rectius* que lhe são negados, pelos regulamentos das instituições. E a opção por manter a arbitragem como sendo *ad hoc*, mas atribuir ao centro de arbitragem e/ou ao seu presidente os poderes contidos no regulamento, não é viável por motivos óbvios. Outra coisa será as partes, antes da aceitação do último árbitro, decidirem com base no princípio da liberdade contratual que a arbitragem deixe de ser *ad hoc* e passe a ser institucional, nesse caso sendo permitido aos árbitros que tenham aceitado a nomeação o direito de se afastar sem quaisquer sanções, se não desejarem submeter a sua acção aos mecanismos próprios do centro de arbitragem em concreto.

Pelo mesmo tipo de razões tendo a considerar que não deve ser possível que, em homenagem a um princípio abstracto de liberdade contratual, as partes possam acordar com os árbitros (com toda a probabilidade a pedido deles, num momento em que poderá ser difícil dizer que não), no âmbito de uma arbitragem institucional, que seja admissível não respeitar o respectivo regulamento e alterar o que tenha sido determinado previamente pelo centro de arbitragem ou que resulte das regras aplicáveis. Tal seria, por exemplo, o caso de atribuírem ao tribunal arbitral competências próprias do centro ou do seu presidente. Esse procedimento esqueceria que a instituição também é parte na estrutura contratual que está subjacente ao procedimento e, por isso, a alteração não poderá ocorrer sem a sua concordância. Admite-se que essa possa na prática ser uma regra sem sanção, visto que é provável que a direcção do centro prefira aceitar o que tenha sido decidido pelas partes e pelos árbitros, evitando

suscitar questões. Mas não se deve esquecer que tal inação pode mais tarde ser questionada pela parte menos feliz no resultado final, designadamente invocando que não tinha como resistir e que antecipara que o centro aplicaria as suas regras, defendendo-a do que venha a considerar abusivo. Daí poderá resultar pelo menos um risco de responsabilidade contratual ou até extracontratual para o centro, que deve ser ponderada por quem de direito.

7. A intervenção dos tribunais da relação na fixação de honorários

A última queixa mencionada é sobretudo originária de árbitros. Quando o tribunal da Relação é chamado a decidir a pedido de uma ou ambas as partes sobre os honorários dos árbitros, pede-se uma decisão a uma entidade que não tem em regra qualquer experiência de procedimentos arbitrais e que está genética e culturalmente formatada com base num modelo em que os custos judiciais são (ou eram até à recente reforma do CPC) praticamente insensíveis à especificidade do caso concreto. E, como se isso não bastasse, os magistrados judiciais habituaram-se a tolerar os comportamentos infelizmente frequentes de advogados que complicam e fazem demorar os processos para além do razoável e do que deveria ser tolerável. Finalmente, podem inconscientemente ter tendência a comparar a remuneração dos árbitros, sobre que têm de decidir, com o vencimento de um magistrado judicial, não valorando de forma diversa as consequências do processo genético e das expectativas de base contratual com que legitimamente os árbitros contaram quando aceitaram a nomeação.

As duas recentes decisões do Tribunal da Relação de Lisboa podem ser exemplo do que se acabou de mencionar. No caso do processo 157/13/0YRLSB tratava-se de um processo não contestado em que se devia aplicar a tabela de um centro de arbitragem (a decisão não clarifica se por remissão ou por se tratar de uma arbitragem institucional¹⁸), que

¹⁸ Embora no meu entendimento e com os fundamentos já atrás mencionados só deva poder ser por remissão, visto que se a arbitragem fosse institucional, não competiria ao tribunal a decisão sobre honorários e sua eventual redução nem as partes poderiam ter usado da faculdade prevista no n.º 3 do art. 17.º.

levaria a um valor de honorários de €179,241.17. Os árbitros, aparentemente de *motu proprio* e sem que a isso fossem obrigados (a decisão não clarifica se assim era), decidiram reduzir em 80% o valor dos seus honorários chegando a uma verba de €35,000 para o conjunto dos três árbitros.

Uma das partes, inconformada, suscitou a questão, por entender que uma verba de €5,000 seria suficiente. A decisão da Relação foi que seria adequada uma redução para 1/8, ou seja de 87,5%, determinando que os honorários devessem ser de €20,000 para os 3 árbitros.

Admite-se, embora o Acórdão o não clarifique, que o Tribunal da Relação tenha analisado todos os aspectos do procedimento¹⁹. E não tenho elementos que me permitam debater se €20,000 é em si mesmo no caso concreto a justa remuneração dos árbitros. A dúvida que prevalece é sobre se será justa uma remuneração com base no critério usado de considerar devido 12,5% do valor acordado pelas partes com os árbitros, num caso que terminou por sentença²⁰

Como também pode não ter sido ponderado o facto de nos processos arbitrais existir uma fase inicial em que são reguladas as formas procedimentais (prazos para as peças processuais e seu número, depoimentos escritos ou não, alegações de direito e de facto conjuntas ou em separado, verbais ou escritas, etc.) e a circunstância da prática arbitral ser no sentido de que os árbitros analisam e estudam cada peça processual e respectivos documentos quando são recebidas e muitos deles – é essa

¹⁹ Ainda que com maior probabilidade, e como aliás se entende dever ser, o Tribunal da Relação tenha apenas analisado o que a parte requerente e o tribunal arbitral lhe referiram, não lhe sendo exigido – ao contrário do que acontece com os centros de arbitragem – conhecimento em detalhe do procedimento arbitral.

²⁰ Não se desconhece que – ao contrário das arbitragens voluntárias em que a falta de contestação não liberta a requerente de fazer prova e o tribunal de aferir sobre tal prova – nos processos de arbitragem necessária de genéricos, como é o caso, a falta de contestação tem um regime especial – Arts. 3 n.º 2 e 6 n.º 1 da Lei 62/2011: “2 – A não dedução de contestação, no prazo de 30 dias após notificação para o efeito pelo tribunal arbitral, implica que o requerente de autorização, ou registo, de introdução no mercado do medicamento genérico não poderá iniciar a sua exploração industrial ou comercial na vigência dos direitos de propriedade industrial invocados nos termos do n.º 1.”

pele menos a prática internacional que pessoalmente sigo – de imediato começam a preparar a parte expositiva da futura sentença²¹.

O outro Acórdão (537/13/1YRLSB) está bastante mais fundamentado. Mas parece merecer mais crítica do que o anterior no que se refere à decisão. Percebe-se que se estava perante uma arbitragem *ad hoc*, em que as partes e os árbitros acordaram aplicar o regulamento de um centro de arbitragem, mas não a respectiva tabela. E, quanto aos honorários, celebraram acordo estabelecendo que o valor variaria entre €8,000 e €15,000 para cada árbitro, consoante o grau de complexidade do processo e sua duração, competindo ao tribunal definir em concreto o valor. Isto é, as partes acordaram com o tribunal sobre os honorários, embora somente após a sua constituição, o que faculta formalmente a aplicação do disposto no n.º 3 do art. 17.º. O processo decorreu até que, uma semana antes da audiência para produção de prova, as partes informaram o tribunal de que tinham chegado a acordo.

O tribunal arbitral entendeu fixar os honorários num valor de €7,500 para cada árbitro; mais tarde²², as demandantes vieram impugnar a decisão e considerar que €1,250 (!) para cada árbitro seria valor adequado. O Tribunal da Relação veio a entender que um valor de €4,000 para cada árbitro seria adequado porque entendeu que o acordo de honorários tinha sido feito no pressuposto de que o processo terminaria por sentença²³, e que não tendo havido audiência nem sentença a decisão do tribunal de reduzir apenas €500 ao limiar mais baixo do acordado era insuficiente. Nada no acórdão clarifica quanto foi o tempo despendido pelos árbitros (pois estes – e em minha opinião, mal – não o informaram) nem se tal

²¹ Pode acontecer que nada disto tivesse ocorrido, mas até pelo facto de ser a primeira decisão no âmbito do novo regime teria talvez sido boa ideia – a esquecer-se o excesso de trabalho que impende sobre os desembargadores – que o acórdão fosse mais detalhado na fundamentação das razões para a redução.

²² Tudo parece indicar que a impugnação se seguiu à notificação para preparos, em 14 de Abril de 2013, ou seja mais de 10 dias após a notificação do valor dos honorários fixados (que ocorreu em 7 de Fevereiro de 2013), o que entendo ser já intempestivo, e mesmo mais de 60 dias após, tese defendida por outros autores, e tema a que voltarei mais adiante.

²³ O Acórdão não explicita em que se baseia para assumir tal presunção juridicamente relevante e devia fazê-lo pois aparentemente nada parece indicar que assim tivesse sido.

pressuposto resulta da factualidade ou é uma conclusão de base jurídica do tribunal da Relação.

No entanto, se for assumido que houve reuniões com as partes, três peças processuais que tiveram de ser lida e estudadas, que uma semana antes da audiência (altura da informação sobre o acordo das partes) seguramente que a parte substancial da preparação para a audiência estava feita, não será exagero afirmar que pelo menos 40 horas de trabalho foram realizadas, o que daria uma remuneração de € 100 por hora para cada árbitro²⁴.

Ora este tipo de processo (arbitragem necessária nos termos na Lei n.º 62/2011) tratam de matérias altamente especializadas e complexas, em que a análise de temas científicos e o estudo de documentos técnicos é essencial. Remunerar a € 100/hora os árbitros neste tipo de processos, em que aliás e além do mais os valores em jogo são muito elevados, sabendo-se do valor de IRS que actualmente pagam os profissionais e que facilmente chega a mais de 50%, é evidentemente absurdo pois está totalmente afastado das práticas do mercado na comarca de Lisboa para trabalho jurídico especializado.

Em meu entendimento, na decisão do Tribunal da Relação poderá ter estado inconscientemente presente o que atrás referi sobre comparação com o vencimento dos magistrados, não sendo ponderado o vector contratual da arbitragem, as legítimas expectativas que os árbitros seguramente sobre elas criaram e a circunstância de serem, para o bem e para o mal, profissionais liberais.

Estes dois acórdãos surgem em processos de arbitragem necessária que tem uma etiologia menos contratual do que a arbitragem voluntária. Sou muito crítico deste tipo de arbitragens que em minha opinião pervertem o paradigma arbitral, pois partes que o não desejam e nunca o contratualizaram podem ser obrigadas a recorrer a arbitragem quando desejariam ter recurso a tribunais judiciais. Sei de casos que me parecem inadmissíveis quer quanto a valores de honorários que me parecem abusivos quer de graves lesões ao princípio da independência (como seja de sociedades de advogados a nomear o mesmo árbitro para dezenas de arbitragens). Isso pode explicar as reacções e até torná-las socio-psi-

²⁴ Com a agravante de que o Acórdão não clarifica se esse valor inclui já o IVA ou se, pelo contrário, ele acresce como deveria ser.

collogicamente mais compreensíveis. Mas nada disso torna mais justas as decisões em apreciação. E, sobretudo, parece-me perigoso que elas sejam usadas como uma espécie de *benchmark* no futuro.

Seja como for, é possível que no futuro sejam mais frequentes os casos em que os tribunais de 2ª instância sejam chamados a decidir. De facto, não será de um dia para a outro que a tendência portuguesa para a opção pela arbitragem *ad hoc* vai terminar. E o aumento do acesso ao sistema de justiça arbitral, como resultado entre outros motivos da nova LAV, da compreensível tendência das empresas para reduzir custos e do *pool* de advogados que surgem em arbitragens a aumentar de forma clara, cria as condições para que o recurso aos tribunais da Relação aumente. E isso será ainda mais acentuado se prevalecer uma tese interpretativa, de que discordo e se tratará a seguir, que permitiria suscitar a questão após a notificação da sentença arbitral, ou seja numa fase em que existem fortes probabilidades de que uma das partes esteja mais descontente do que a outra, considerando que tendo decaído nas suas pretensões o *value for money* não existiu e tudo o que for pago aos árbitros é excessivo.

Por isso é muito importante que se comece a criar um conjunto de procedimentos e uma corrente jurisprudencial que permita a previsibilidade, o que é ainda mais importante em casos de arbitragens internacionais com sede em Portugal. O esforço para tornar Portugal um “seat” de arbitragens, em que a nova LAV se insere, será muito prejudicado se as decisões judiciais se afastarem das práticas internacionais.

Quanto aos procedimentos, creio que é essencial que os árbitros quando forem notificados pelo Tribunal da Relação actuem como se de um processo judicial se tratasse – como aliás se trata – e carreassem para ele toda a informação necessária a uma boa decisão. Não é de excluir que a eventual censurabilidade de alguma das decisões acima analisada resulte da inércia dos árbitros que não forneceram ao decisor toda a informação sem a qual dificilmente podem esperar um resultado adequado. Deverão informar, como se de um laudo de honorários advocatícios se tratasse, sobre a complexidade do caso, a eficiência que colocaram no processo²⁵, os valores em jogo, o tempo despendido descrevendo ainda

²⁵ Por exemplo a CCI na decisão final sobre honorários dos árbitros pondera a eficiência do trabalho que o tribunal conseguiu assegurar.

que sumariamente o que fizeram, e informações de facto e de direito sobre a prática quanto a honorários em Portugal e noutros países.

Quanto aos tribunais não devem hesitar em pedir esclarecimentos adicionais se entenderem que não têm toda a informação essencial a uma boa decisão e, além disso, na fixação dos honorários devem ponderar cautelosamente os factores que atrás mencionei. Não seria aliás inútil, antes pelo contrário, ainda que não corresponda à nossa tradição, que os Tribunais da Relação preparassem algumas “guidelines” sobre a informação que como regra deve ser trazida aos autos pela parte que discorda dos honorários e pelos árbitros para justificarem a sua decisão.

Mas para além de tudo isso, não tenhamos dúvida que nesta como em outras situações, os árbitros, os advogados e, evidentemente, os magistrados judiciais sobretudo os dos tribunais superiores deveriam investir mais do que fazem na sua formação arbitral. Durante muitos anos era praticamente inexistente em Portugal a oferta de formação, mas actualmente se algo há de errado será pelo contrário um certo excesso de congressos, seminários e conferências sobre temas arbitrais. E especialmente quanto aos magistrados judiciais poucos são os que estão a investir nessa formação, ao contrário do que tenho observado por exemplo no Brasil, Espanha e França, já não falando nos países de common law, onde isso é cada vez mais evidente²⁶. Com uma grande vantagem: distintos juízes conselheiros e desembargadores que investissem nessa formação teriam melhores condições – como ocorre nesses países – para iniciarem uma nova “carreira” de árbitros em que a experiência de julgar que acumularam se revelaria intensamente, em benefício das partes e da própria comunidade arbitral.

²⁶ Ainda recentemente a Professora Stacie I Strong, a convite do Federal Judicial Center (a agência de investigação e formação do sistema judicial federal dos Estados Unidos), elaborou um manual para ajudar o judiciário federal na sua interface com a arbitragem (*International Commercial Arbitration: A Guide for U.S. Judges*, 2012, disponível na página web da Professora Strong, em www.law.missouri.edu/faculty/directory/)

8. A questão do prazo para requerer redução de honorários

Mas o que sem dúvida estes acórdãos reforçam é o risco das arbitragens *ad hoc* para os árbitros, sobretudo se prevalecer o prazo para impugnação com base numa interpretação mais liberal da LAV. E pode ter como consequência que os nomes mais experientes e prestigiados se recusem a aceitar servir nelas para não correrem o risco de verem o seu trabalho remunerado por valores que em termos relativos e para a sua prática profissional podem vir a ser reduzidos para além do razoável. E isso vai prejudicar as partes e o próprio sistema arbitral.

Este tipo de problemas será potenciado se as partes tiverem a possibilidade de impugnar as decisões dos tribunais sobre honorários num prazo mais amplo, ou sem prazo, pois tenderão a fazê-lo se a sentença lhes desagradou.

Também por isso discordo da interpretação que o Dr Manuel Barrocas faz quanto ao prazo que entende ser de 60 dias após a notificação da sentença²⁷. Esta tese baseia-se na invocada aplicação do artigo 59.º, n.º 7, que ordena ao tribunal competente nos casos previstos no n.º 1 do mesmo artigo (entre os quais a redução de honorários ou despesas, nos termos do art. 17, n.º 3) que deva “observar o disposto nos artigos 46.º, 56.º, 57.º, 58.º e 60.º” da LAV. E nada disso é discutível. Mas não se vê que daí possa resultar que seja após a prolação da sentença e sua notificação que o prazo se inicia, por várias razões, como sejam (i) o facto de alguns processos que terminem por acordo dispensarem, a pedido das partes, a sentença homologatória do acordo e apesar disso o regime do n.º 3 do art. 17.º ser aplicável; (ii) os artigos citados se referirem a situações bem distintas e que algumas delas podem ser bem posteriores à sentença arbitral (por ex. os casos do art. 56 a 58) e nada aí ser dito sobre prazos; (iii) a circunstância da remissão genérica para um conjunto de artigos não poder ser considerada suficiente para aplicar automaticamente cada uma das previsões que em tais artigos é contida; e, sobretudo, (iv) o facto de esta interpretação poder levar a resultados absurdos como seja exigir que o pedido de reconhecimento de sentença estrangeira seja feito no prazo de 60 dias sobre a sua notificação, sob pena de caducidade ou prescrição

²⁷ In *Lei da Arbitragem Comentada*, Almedina, 2013, págs. 82-83.

do direito (art. 59.º, n.º 1, h); ou mesmo (v) a impossibilidades práticas (como é o caso do pedido de nomeação de árbitro (art. 59.º, n.º 1, a).

Por isso continuo a defender o que escrevi em comentário feito pouco tempo antes da entrada em vigor da LAV²⁸: “o pedido ao tribunal estadual deve ser feito no prazo processual supletivo do CPC (10 dias), a menos que os árbitros determinem um prazo superior; os árbitros podem (nos termos do art. 12.º, n.º 1 da LAV, aplicado por analogia) suspender o processo até à decisão do tribunal estatal e qualquer deles pode recusar continuar a servir como árbitro se discordar da decisão judicial”²⁹.

Pedro Metello de Nápoles e Carla Góis Coelho³⁰ discordam da minha posição quanto à aplicabilidade do art 12.º, n.º 1 da LAV à situação em apreço³¹. Consideram que isso não constitui causa superveniente que possa dar aso a invocação de escusa justa, pelo que os árbitros que não tenham afinal tomado a precaução de acordarem honorários em termos que impeçam a aplicabilidade do regime do n.º 3 do art. 17.º da LAV, têm de continuar o procedimento mesmo que no final acabem por ser remunerados de forma e em valores que não teriam aceiteado *ab initio*, sobretudo se, bem ou mal, ainda que fora do prazo, tivessem acordado o valor dos honorários com as partes. E, com base nisso, concluem que o processo não pode ser suspenso até que o Tribunal da Relação decida.

²⁸ In Lei de Arbitragem Voluntária Anotada, Almedina, ARMINDO RIBEIRO MENDES, DÁRIO MOURA VICENTE, JOSÉ MIGUEL JÚDICE, JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, PEDRO METELLO DE NÁPOLES, PEDRO SIZA VIEIRA, Março 2012, anotação ao artigo 17.º, n.º 3, pág. 40.

²⁹ Embora me pareça ser esta a melhor solução *de iure constituto* de acordo com as regras da certeza e da segurança jurídica, na falta de norma especial que defina o prazo, não me repugnaria a aplicação por analogia de um prazo de 30 dias (ou até de 60 dias), mas sempre contados da data em que as partes ou os seus mandatários foram notificados da decisão do tribunal arbitral quanto a alteração do valor dos honorários. E *de iure condendo* parece-me realmente que um prazo tão curto de 10 dias não prima por excessiva sensatez....

³⁰ Ob citada, pag 207 e nota (23).

³¹ Quanto ao prazo não oferecem solução alternativa, mas resulta do texto que não concordam com a solução proposta por Manuel Barrocas: “Da mesma forma, já não poderá ser impugnada por via do pedido de anulação da sentença arbitral (cujos fundamentos estão taxativamente previstos no n.º 3 do artigo 46.º da LAV), nem por via do recurso (se admissível), que terá por exclusivo objecto a sentença arbitral proferida pelo tribunal arbitral sobre o mérito da causa”, ob cit. pág 208.

Com toda a amizade e respeito, aliás extensiva a Manuel Barrocas, não fiquei convencido. A superveniência de um facto não tem uma componente ética ou uma relação com uma situação de *sibi imputet*. A superveniência é um facto objectivo que torne demasiado oneroso ou inexigível que se mantenha nos precisos termos a relação contratual. É evidente que em minha opinião não é qualquer alteração que pode justificar a escusa, devendo a gravidade ou relevância do facto ser analisada casuisticamente e de forma objectiva. O que talvez justifique que os árbitros optem pela prudência em se escusarem após uma decisão judicial. Mas não me parece razoável nem aceitável que de forma “lapidar”, para usar as palavras dos autores a outro propósito, se impeça que deixe de servir como árbitro quem seja confrontado com decisão judicial que se afaste fortemente de padrões de razoabilidade, sobretudo não tendo nenhum dos árbitros ou o colectivo possibilidade de recorrer da decisão. No caso das arbitragens institucionais a situação é diversa: os árbitros aceitaram servir sabendo que, dentro de certos limites mínimos ou máximos, os honorários podem ser fixados livremente pela instituição. Nenhuma surpresa, nenhuma superveniência, nenhuma onerosidade excessiva, sobretudo nenhuma inexigibilidade.

Esta interpretação – reconhece-se que em especial se confrontada com a tese de Barrocas – tem, além de outras, a vantagem de não surpreender desnecessariamente os árbitros, que se manteriam de boa-fé a trabalhar confiados em que as partes estavam de acordo com o que tivessem fixado como honorários (até após contactos e acordo com as partes, como aconteceu no caso do Acórdão 537 já mencionado), para no final, após terem terminado todo o trabalho para que foram contratados, serem surpreendidos com uma decisão que reduzisse de uma forma que teriam considerado inaceitável os seus honorários.

E, como se isso não bastasse, tal tese que rejeito pode ter implicações complexas, até fiscais: é frequente, dir-se-á que é mesmo a regra dominante, que o valor dos custos e honorários arbitrais seja totalmente provisionado ao longo do processo e em regra antes da audiência final ou, ao menos, da sentença arbitral. Os árbitros passam recibos (como adiantamentos) de tais valores, entregam o respectivo IVA se for devido e se não tratarem como adiantamentos o que receberam pagam sobre isso IRS. Basta que a decisão judicial venha a ocorrer em ano fiscal diferente, para ser evidente a complicação desnecessária daí resultante, com obri-

gação de devolver valores recebidos, sobre os quais se pagaram impostos (pelo menos IVA) e que terão de ser devolvidos mesmo que tenham sido gastos pelos árbitros que evidentemente nenhum dever têm de manter honorários provisionados numa conta *escrow* sem deles usufruírem.

9. Conclusão

A fase inicial de qualquer diploma legal é ocasião naturalmente propícia a debates sobre a sua interpretação e daí decorre em regra um avanço da ciência jurídica. Para um jurista nada existe de surpreendente nem de criticável que assim seja. Este texto visa participar nesse debate e desse modo contribuir para uma reflexão mais geral. Para o fazer entendi que deveria evitar cair em mistificações ou afirmações “politicamente correctas” que tendem a mascarar ou a varrer para debaixo dos tapetes os problemas. A questão da fixação dos honorários dos árbitros é uma zona de potencial tensão e mal-estar. A LAV tentou enfrentar o tema, usando a experiência acumulada em outras jurisdições³².

Agora é à jurisprudência das instituições arbitrais e dos tribunais de 2.^a instância que competirá determinar as formas adequadas de aplicar a lei. Para o fazerem é essencial a atenção ao que vai ocorrendo em Portugal, mas também no Mundo, não apenas pelo facto de a LAV ser uma denominada “Lei UNCITRAL” (e por isso a jurisprudência e doutrina de outras regiões pode ser muito útil), mas também porque a lei assume-se como inspirada por regras de outros países.

A LAV é um instrumento essencial para atrair para Portugal litígios arbitrais internacionais, o que se reveste de elevado interesse para a comunidade jurídica e para a economia portuguesa. A previsibilidade e a razoabilidade das interpretações é um elemento essencial desse programa que foi assumido pelo legislador como uma das razões, ou mesmo a principal, para a reforma que culminou com a LAV em finais de 2011. Se este texto servir para fazer avançar nesse sentido a realidade, já se justificou.

³² ARMINDO RIBEIRO MENDES e outros, ob cit, páginas 39-41.