

INTRODUÇÃO À ARBITRAGEM, CONVENÇÃO ARBITRAL, CONSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

**Curso de Resolução Alternativa de Litígios
Universidade Nova, 27 de Novembro 2010
José Miguel Júdice**

A. INTRODUÇÃO À ARBITRAGEM

- 1. A arbitragem é um método alternativo, e não subsidiário, de resolução de litígios. Tem igualdade dignidade e internacionalmente adicional valor.**
- 2. É ontologicamente diversa da resolução judicial de litígios.**
- 3. O Código de Processo Civil nada pode ter a ver com a arbitragem (a procura da verdade material, a recusa da facilidade das decisões apenas formais, a perspectiva dos interesses empresariais em presença, os deveres de conduta e a boa fé, o depoimento testemunhal das partes, a produção de prova, etc).**
- 4. A eficácia e a experiência dos julgadores.**
- 5. O significado do poder da escolha pelas partes dos julgadores,**
- 6. o significado da abdicação do poder das partes após a escolha dos árbitros.**

B. CONVENÇÃO ARBITRAL

- 1. Carácter constitucional da decisão.**
- 2. Uma cláusula mal amada (“24 hour clause”)**
- 3. A impreparação dos advogados que negoceiam contratos para analisar e decidir sobre a clausula arbitral**
- 4. A primeira decisão: arbitragem institucional ou ad hoc?**
- 5. A segunda decisão: que tipo de instituição ou, se ad hoc, como escolher o árbitro presidente na falta de acordo?**
- 6. A terceira decisão: que local para a arbitragem. Importância especial nas arbitragens internacionais.**

7. **O processo arbitral não é uma realidade neutra: em função da estratégia de cada parte assim especificidades processuais podem fazer sentido (quem tem mais ou mais complexa prova a fazer, quem tem interesse em invocar deveres de conduta, quem tem um melhor caso jurídico, etc).**
8. **O processo arbitral não é uma realidade abstracta: O tipo de litígio deve comandar o tipo de processo para o tornar mais adequado.**
9. **As questões controversas a abordar (Recurso? Providências cautelares? Meios de prova e critérios para a sua produção? Prazo máximo para a decisão arbitral?)**

C. CONSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL. O ARBITRO

1. **Um Árbitro é diferente de um Juiz. E deve ser assim. O paradigma do Bom Juiz não se pode aplicar automaticamente.** O risco das arbitragens “ad hoc”. O menor formalismo, a fuga ao CPC, outra forma de analisar a independência ou a imparcialidade.
2. **O Árbitro “vale” o Juiz. E até vale mais:** irrecorribilidade, mais fácil executoriedade externa, a especialização, o tempo disponível e a escolha pelas Partes (negação do juiz natural).
3. **O Árbitro pode “não valer” o Juiz:** parcialidade, dependência, falta de experiência de julgar, falta de tempo, excesso de especialização, falta de paciência para os factos.
4. **O Árbitro é sobretudo distinto do Juiz “Boca da Lei”:** justiça de “comerciantes”, ponderação de interesses, vontade de compromisso dos árbitros, tendência para alguma equidade na decisão.
5. **Mas em comum têm o essencial:** imparcialidade, independência, neutralidade e isenção. A importância dos Códigos Deontológicos. A essencialidade da “disclosure”. O princípio “at the eyes of the Parties”. O princípio da “rule of thumb of stepping aside”.

C. CONSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL - A ESCOLHA DOS ÁRBITROS

1. **É tanto ou mais importante, para o sucesso, do que a “advocacy”.**

2. Um processo errado de escolhas pode selar o destino do litígio.

3. Direitos e deveres do árbitro.

- a) A imparcialidade
- b) A independência
- c) A neutralidade
- d) O dever de ser adequado
- e) Os deveres de disponibilidade, de revelação, de eficiência, de não renúncia. A questão de assegurar exequibilidade
- f) Os direitos à cooperação e boa-fé, à confidencialidade das partes, aos honorários e despesas
- f) A soft law sobre direitos e deveres de árbitros (regras IBA, Código Deontológico da APA e do Club Español de Arbitraje, jurisprudência das instituições arbitrais)
- f) A necessidade de alterar a Lei 31/86. A inadequação da aplicabilidade do regime legal dos juízes. A Proposta de Nova Lei de Arbitragem da APA

4. O estatuto do árbitro. Impedimentos e causas de recusa.

- a) The rule of thumb of stepping aside
- b) A aplicação das IBA Rules como instrumento auxiliar
- c) O abuso das “challenges”
- d) O Árbitro ferido na asa
- e) As oportunidades para os Requerentes
- f) As situações de árbitros imparciais, ainda que menos independentes
- g) A evolução cultural

5. Nem todos os árbitros são iguais. Ou, pelo menos, alguns são mais iguais do que os outros. A importância da imagem no mercado do arbitragem. “Independence implies the courage of displeasure, the absence of any desire specially for the arbitrator appointed by a party, to be appointed once again as arbitrator, disse Pierre Lalive.

6. As regras mínimas: inteligência emocional, capacidade argumentativa, jeito para forjar consensos – sobretudo quando a posição de quem nomeia seja provavelmente mais fraca nessa específica arbitragem - que coincida com fortes convicções e coragem para as defender. O “cursus honorum”. A disponibilidade de tempo. O domínio de línguas estrangeiras.

7. Responsabilidade dos árbitros e das instituições arbitrais.

- a) Culpa (apenas grave) ou dolo, ainda que eventual? O erro grosseiro
- b) Incumprimento contratual ou da função de julgar?
- c) Equiparação a Juízes?
- d) A LAV: recusa injustificada de julgar (9º nº 3) e obstar injustificadamente ao cumprimento do prazo (19º, nº5)

D. CONSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL – OS ARBITROS DE PARTE OU A QUADRATURA DO CÍRCULO

1. Devem ser e parecer independentes e imparciais, mas que sejam sensíveis ao ponto de vista de quem o nomeou. “When I am representing a client in arbitration, what I am really looking for in a party nominated arbitrator is someone with the maximum predisposition towards my client, but with the minimum appearance of bias”, escreveu Martin Hunter. “Se admite que el árbitro de parte pueda, sin cambiar su condición de imparcial, facilitar a que el tribunal arbitral entienda de mejor manera la posición jurídica, cultural, con el entorno de negocios, de la parte que lo designe. Se admite incluso una predisposición del árbitro de parte a favor de quien lo nombró, sin que tal predisposición pueda significar falta de independência ni parcialidad”, escreveu Rodrigo León Letort.

2. Devem ser capazes de ser ouvidos e seguidos pelo Árbitro Presidente. As qualidades para isso (prestígio e honorabilidade, capacidade de trabalho e gosto pelos detalhes do processo, experiência de

“advocacy”, criatividade jurídica). Disse Doak Bishop que deve possuir personalidade e capacidade de relacionamento com os outros árbitros.

- 3. Seja qualificado para as questões que estão em apreço: os riscos e as vantagens da especialização, a opção entre teórico e prático, o jogo de cintura doutrinário. A questão da nacionalidade do árbitro.**

E. CONSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL – O ÁRBITRO PRESIDENTE

- 1. A interacção entre árbitro de parte e advogado. Bom senso e bom gosto.**
- 2. A decisão mais importante no processo.**
- 3. A independência de carácter e a imparcialidade como ética, para além dos aspectos formais.**
- 4. O escrutínio pessoal e profissional dos candidatos.**
- 5. A relação pessoal com os outros árbitros.**
- 6. A adequação ao litígio. Teórico ou prático? Decisor ou consensualizador? Formalista ou não? Especialista ou não? Professor, Advogado ou Juiz?**

F. ALGUMAS QUESTÕES PROCESSUAIS ESSENCIAIS

- 1. Base instrutória ou guião?**
- 2. Bifurcation ou não?**
- 3. A armadilha das providências e dos laudos parciais**
- 4. Depoimentos de partes sem limitações?**
- 5. Depoimentos escritos?**
- 6. Prova pericial com perito presidente?**
- 7. Sequência dos interrogatórios de testemunhas e peritos e audição conjunta.**
- 8. Alegações de direito e de facto simultâneas ou sucessivas?**

9. Mediação durante a arbitragem?

G. CONCLUSÃO – A DIVISÃO DE PODERES

- 1. O processo é das partes até à constituição do tribunal e depois é dos árbitros.**
- 2. A igualdade de armas e o princípio do contraditório como única limitação aos poderes dos árbitros, para além do prazo e no silêncio do contrato arbitral.**
- 3. A necessidade da eficácia da arbitragem.**