

MARIANA FRANÇA GOUVEIA

O DEVER DE INDEPENDÊNCIA
DO ÁRBITRO DE PARTE

Separata

THEMIS

Revista da Faculdade de Direito da UNL
Ano IX – N.º 16 – 2009

O DEVER DE INDEPENDÊNCIA DO ÁRBITRO DE PARTE

MARIANA FRANÇA GOUVEIA¹

1. De acordo com as regras da Lei da Arbitragem Voluntária, cabe às partes a designação dos árbitros ou a fixação do modo por que serão escolhidos. Na falta de acordo, cada uma das partes designa um árbitro, cabendo aos árbitros assim nomeados a escolha do terceiro. São estas as regras constantes do artigo 7.º da Lei da Arbitragem Voluntária.

Daqui retira-se, portanto, que o tribunal arbitral é, em regra, constituído por três árbitros – dois designados pelas partes e um escolhido por estes dois. Aos árbitros designados pelas partes chama-se vulgarmente árbitro de parte, querendo com esta expressão distingui-lo daquele que foi escolhido por acordo entre os árbitros de parte, que é, normalmente, o presidente.

A regra legal é supletiva – qualquer outro número e método de designação pode ser fixado pelas partes. No entanto, a prática tem demonstrado que esta é a formação mais comum dos tribunais arbitrais, quer se trate de arbitragem institucionalizada, quer se trate de arbitragem *ad hoc*.

A questão que pretendo aqui tratar é a de saber se, no quadro de direito positivo, existe um estatuto diferenciado do árbitro de parte. No essencial se o árbitro de parte está ou não obrigado a idêntico dever de imparcialidade e independência como o árbitro-presidente ou não designado. Interessa-me sobretudo a questão da sua actuação no tribunal arbitral, colocando o problema não tanto ao nível dos conflitos de interesses, mas sobretudo face ao que deve ser a sua função num tribunal arbitral.

Costuma distinguir-se independência de imparcialidade, relacionando uma com a necessidade de distância em relação às partes e outra em relação ao litígio em julgamento. A independência é, assim, subjectiva e a imparcialidade objectiva. A distinção não é, porém, fácil pois na prática o problema é sempre o mesmo – garantir a equidistância do árbitro no processo arbitral. Seguimos, por isso, a posição de Redfern e Hunter quando entendem que se trata de duas faces da mesma moeda, sendo utilizadas como instrumentos

¹ Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

para aferir do mesmo e único problema.² Ainda assim, por uma questão de tradição, utilizarei o termo independência para tratar o problema em debate.

O estudo que se segue não tem como objectivo determinar qual o melhor sistema *de iure condendo*, mas qual o regime que está em vigor no nosso ordenamento jurídico, pensando tão só e apenas em arbitragens domésticas. O que me proponho fazer é, assim, o de responder à questão da exigência perante o nosso Direito vigente do dever de independência do árbitro de parte.

2. Para o fazer é útil referir em termos muito genéricos a posição metodológica sobre qual o direito vigente numa determinada ordem jurídica. Essa posição é influenciada pela de António Hespanha e, por isso, marcada por três ideias: pluralismo, realismo e solução consensual estabilizadora.

Uma concepção pluralista do direito defende que o direito não advém apenas da lei, mas de várias fontes, não necessariamente hierarquizadas. O pluralismo jurídico surge como resposta ao positivismo, de acordo com o qual o Direito se identificava com a lei. Embora o pluralismo esteja há muito enraizado na Teoria do Direito, não tem conseguido instalar-se no discurso dogmático, que permanece quase exclusivamente legalista.³ Ainda assim, parece-me que este discurso não corresponde à realidade do modo de decidir em Direito. A análise de algumas decisões judiciais (quaisquer que sejam) permite percebê-lo claramente. Adoptar o pluralismo é assim a forma mais adequada de descobrir as normas jurídicas.

A arbitragem é, aliás, um campo excelente para aplicar o pluralismo jurídico, na medida em que as fontes legais são parcas e a auto-regulação tem uma forte tradição. Essencialmente na cena internacional (destacando-se a Lei Modelo da UNCITRAL), mas mesmo internamente começa a haver sinais de normação privada.

Voltando à metodologia, dizer-se que o sistema jurídico se caracteriza por uma pluralidade de fontes não é suficiente para determinar, em cada caso, qual a norma aplicável. É necessário, ainda, tomar posição sobre o que é o Direito. Aderimos, quanto a este ponto, à concepção realista do Direito, defendida por Herbert L. Hart.

De acordo com o realismo, para se encontrar a norma vigente no meio dessas diversas fontes do direito, há que procurar a norma que existe na socie-

² Alan Redfern e Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4.ª Edição, London, Thomson, 2004, p. 238.

³ António Manuel Hespanha, *O Caleidoscópio do Direito*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 56 e seguintes.

dade, que nela se encontra e reconhece como válida. O Direito não é assim necessariamente o que está na lei, mas antes o que está na sociedade. Para determinar as regras existentes em determinado momento histórico, Hart constrói a noção de norma de reconhecimento. A norma de reconhecimento reconduz-se a um conjunto de critérios que define quais as normas juridicamente válidas.⁴

Interessa, portanto, auscultar a sociedade para encontrar a norma aplicável ao caso concreto. Não num sentido populista, mas num sentido democrático ou realista.

Mesmo com estes critérios, podem permanecer dúvidas sobre qual a regra que existe, que está na sociedade. Nestas situações, a melhor opção é escolher aquela norma que trouxer maior estabilidade ao sistema jurídico, aquela que maior segurança oferece aos seus destinatários. Esta última posição tem como fundamento teórico as teses de Niklas Luhman. Para este autor, o Direito tem como função essencial a segurança através da redução da complexidade. Tal desiderato leva à construção de um sistema fechado, hermético, que se auto-recria permanentemente, conseguindo resolver os problemas e lacunas de acordo com o seu próprio método. Uma espécie de ente vivo que se deixa mudar apenas quando tal se mostra coerente e necessário. Refiro-me à visão do Direito como um sistema auto-poiético, gerador de estabilidade e segurança.⁵ Esta posição sobre o sistema jurídico leva-nos a preferir a justiça ou a igualdade enquanto fim capital do direito, para dar lugar à segurança.

A solução estabilizadora será, naturalmente, aquela que resultaria se fosse possível um diálogo entre todos os cidadãos sobre o problema. Faço agora apelo às conhecidas teses de Habermas, nos termos das quais o Direito, enquanto meio para atingir o aperfeiçoamento dos indivíduos, se encontra através de uma diálogo universal.⁶

Pluralismo, realismo e solução consensual estabilizadora – são as três peças chaves do caminho da interpretação sobre qualquer questão jurídica. A questão que me proponho tratar não escapa a este trilha.

3. Começemos então a análise pela LAV, a nossa Lei de Arbitragem Voluntária. A LAV é parquíssima nas regras sobre estatuto do árbitro, limitando-se

⁴ Herbert L. Hart, *O Conceito de Direito*, 5.ª Edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 104 e 111 e seguintes; António Manuel Hespanha, *O Caleidoscópio do Direito*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 99 e seguintes.

⁵ António Manuel Hespanha, *O Caleidoscópio do Direito*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 182 e seguintes.

⁶ António Manuel Hespanha, *O Caleidoscópio do Direito*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 150 e seguintes.

a remeter para o regime de impedimentos e escusas dos magistrados judiciais – artigo 10.º, n.º 1. Esta remissão não é, porém, aplicável a todos os árbitros, mas apenas àqueles que *não* [foram] nomeados por acordo das partes. Esta expressão não é clara, podendo ser interpretada no sentido de excluir ou de integrar os árbitros de parte. Parece, porém, que uma sua leitura cuidada impõe a conclusão de que pretende apenas excluir os árbitros que foram nomeados por acordo entre ambas as partes.⁷

Uma primeira e importante conclusão, assim, é a de que a LAV remete o árbitro de parte para o regime dos impedimentos e escusas dos magistrados judiciais previstas no artigos 122.º e seguintes do Código de Processo Civil, em especial nos artigos 122.º e 127.º. O interesse maior desta remissão não é tanto a utilização das específicas *facti-especies* de cada uma das alíneas aí previstas, mas antes a aplicação do princípio ou cláusula geral que lhes está subjacente – a de que o juiz tem de ser imparcial.

O capítulo intitula-se, aliás, garantias de imparcialidade e na norma relativa à suspeição – artigo 126.º, n.º 1, parte final CPC – é estabelecido que o juiz pode pedir dispensa em todas as acções em que entenda que possa suspeitar-se da sua imparcialidade.

A regra do Código de Processo Civil é, assim, sem dúvida a da imparcialidade – não podia aliás ser outra, se falamos em juízes. Seria inadmissível, impróprio de um Estado de Direito admitir juízes parciais. A conclusão a tirar da lei é, então, que o árbitro de parte tem, como qualquer outro, a obrigação de ser independente e imparcial.

O facto de muitas das circunstâncias que normalmente afectam a independência dos árbitros não estarem ali referidas não significa que a obrigação de independência as não abranja. Pelo contrário, o que interessa é aferir se determinada circunstância afecta ou não a neutralidade e perante esse juízo decidir.

Falta realmente na LAV uma cláusula geral de independência, mas esta omissão encontra imediata solução através das garantias de imparcialidade dos magistrados judiciais. Na minha opinião, a omissão nem chega a ser lacuna (em termos técnicos).

O regime legal é, pois, idêntico para árbitro de parte e para árbitro não designado por uma das partes: todos estão obrigados a agir com imparcialidade.⁸

⁷ Lopes Cardoso, *Da Deontologia do Árbitro*, in Boletim do Ministério da Justiça n.º 452, 1996, p. 35 e seguintes.

⁸ Mário Raposo, *Temas de Arbitragem Internacional*, in Revista da Ordem dos Advogados, 2006 (Vol. I), ponto 9, disponível em www.oa.pt

4. Mas, numa óptica pluralista não é possível ficar por aqui, torna-se necessário pesquisar mais fontes do direito, no sentido de saber se esta regra legal é a regra jurídica. Se a norma que encontrámos na lei é verdadeiramente a que existe no nosso ordenamento jurídico, na nossa sociedade.

Antes de mais cumpre fazer referência ao ambiente jurídico internacional, com especial incidência na tradição jurídica ocidental. Aqui a regra é claramente a da imparcialidade de todos os árbitros. Desde a lei-modelo da UNCITRAL⁹ à lei sueca ou brasileira, passando pela lei inglesa ou espanhola, a regra é a da imparcialidade dos árbitros, independentemente do modo da sua designação.¹⁰ Assim o impõe as *Rules of Ethics* da IBA, não fazendo qualquer distinção sobre regras aplicáveis aos árbitros consoante o seu modo de designação.

A excepção conhecida – na tradição ocidental – é a dos Estados Unidos da América, onde encontramos prevista a figura do árbitro não-neutral. Assim, de acordo com o *Code of Ethics* aprovado conjuntamente pela *American Bar Association* e pela *American Arbitration Association*, os árbitros de parte, salvo disposição em contrário, não estão obrigados à imparcialidade. Mas esta regra vale apenas para a arbitragem doméstica, pois na arbitragem internacional, a regra nos Estados Unidos da América é a da imparcialidade.¹¹

Certo é que também em Portugal as fontes não legais, como a doutrina e a jurisprudência parecem apontar inequivocamente a regra da não distinção quanto ao dever de independência dos árbitros.

O recentemente apresentado projecto de código deontológico da APA indica também esse caminho ao estabelecer explicitamente no seu artigo 3.º, n.º 2: “O árbitro designado pela parte não é seu representante ou mandatário, estando, em todas as circunstâncias, sujeito às obrigações deontológicas previstas neste Código.”

A auto-regulação que este código traz é deveras importante, designadamente tendo em conta que os árbitros portugueses estarão na sua grande maioria presentes nesta Associação. Trata-se, portanto, de uma auto-regulação ou normação privada, e que por isso constitui, num ambiente pluralista, fonte do Direito.¹²

⁹ Artigo 12.º.

¹⁰ Mário Raposo, *Temas de Arbitragem Internacional*, in Revista da Ordem dos Advogados, 2006 (Vol. I), ponto 2, disponível em www.oa.pt.

¹¹ Luís de Lima Pinheiro, *A Arbitragem Transnacional*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 129; Alan Redfern e Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4.ª Edição, London, Thomson, 2004, p. 237.

¹² Sobre o papel da auto-regulação enquanto fonte do Direito, cfr. António Manuel Hespanha, *O Caleidoscópio do Direito*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 470 e seguintes.

As fontes parecem indicar a mesma conclusão: o de que não há motivo para não exigir ao árbitro de parte a mesma imparcialidade que é exigida ao presidente.

Esta conclusão não é, porém e novamente, suficiente, na medida em que são diversas as referências de que a prática não segue a teoria.

Logo encontramos no importante livro de Fouchard, Gaillard e Goldman que a admissibilidade de árbitros não neutrais no direito norte-americano tem feito alguma doutrina chamar a atenção para a hipocrisia da situação: na verdade os árbitros de parte actuam como ... árbitros de parte.¹³

Ou, na formulação do de Mário Raposo: "*Um dos mistérios da arbitragem estará precisamente em que um árbitro unilateralmente designado passa a ser árbitro das duas partes.*"¹⁴ Ainda segundo o entendimento de Mário Raposo, os árbitros de parte terão a humana propensão para encarar com maior receptividade a posição da parte que os indicou.¹⁵

Será, então, que a realidade é diversa daquilo que as restantes fontes do direito dizem? Numa perspectiva realista do direito – aquela em que me coloquei – norma será a que é sentida como tal na comunidade a quem se dirige e não a que está nos livros.

Porém, é difícil saber ao certo qual a realidade prática. Tanto se ouvem histórias num sentido como noutro. Tanto se ouve dizer que o papel do árbitro de parte é o de tentar influenciar o árbitro-presidente, como já ouvi um árbitro afirmar não ter alguma vez partilhado funções com árbitros parciais.

Há aliás alguma doutrina conceituada (refiro-me a Redfern e Hunter) que referem ser contra-produtivo nomear um árbitro não neutral, porque o presidente o vai perceber e vai deixar de lhe prestar atenção.¹⁶

Se bem percebo o que se passa na prática, estaremos num ponto intermédio entre estes dois extremos – existe realmente a percepção de que o árbitro de parte não é um mandatário de quem o nomeou, devendo agir com independência e imparcialidade. Essa independência não está, porém, ao mesmo nível que a do árbitro-presidente. Se quisermos, há uma ideia de que há graus de independência, que não é uma questão de tudo ou nada. O árbitro de parte não é um mandatário da parte, não faz lobby junto do árbitro-presidente, mas

¹³ Emmanuek Gaillard e John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, Boston e London, Kluwer Law International, 1999, p. 574.

¹⁴ Mário Raposo, *O Estatuto dos Árbitros*, in Revista da Ordem dos Advogados, 2007 (Vol. II), ponto 1, disponível em www.oa.pt.

¹⁵ Mário Raposo, *Temas de Arbitragem Internacional*, in Revista da Ordem dos Advogados, 2006 (Vol. I), ponto 7, disponível em www.oa.pt.

¹⁶ Alan Redfern e Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4.ª Edição, Thomson, London, 2004, p. 200.

está obrigado a garantir que a posição da parte que o nomeou é devidamente conhecida e tomada em consideração.

Em concreto, consoante a pessoa, esta interpretação da função do árbitro de parte pode implicar níveis menores de independência, confundido dar a conhecer com convencer de que tem razão. A humana simpatia por quem nos nomeia é difícil de controlar racionalmente.

Ora bem, se esta é a prática – um nível intermédio de independência – e se o direito dos livros exige um nível máximo de independência, como propõe, aliás, o código deontológico da APA, que solução deve ser aceitar como boa?

5. Ao referir inicialmente a posição metodológica, afirmei que perante a dúvida se deve aceitar a solução consensual e estabilizadora, a solução que traz maior segurança à comunidade que o Direito serve. O que procuro é o sentido mais favorável ao cumprimento da função estabilizadora do Direito, aquela que assenta em consensos duradouros de interesses, ratificando expectativas sociais gerais.

Procurar neste campo a solução estabilizadora, obriga-nos a pensar qual seria a posição adoptada se todos falássemos abertamente sobre o problema.

Pensemos no seguinte: para quê exigir independência dos árbitros? Admitiríamos em termos teóricos uma solução à americana, de árbitros não neutrais?

Julgo que não – e a resposta negativa não tem a ver com qualquer hipocrisia que possa subsistir. Penso que todos concordamos em que a imparcialidade e independência dos árbitros – de todos os árbitros – é consequência directa das suas funções jurisdicionais. E mais: que só o desempenho dessas funções com independência e imparcialidade, que é como quem diz com integridade e seriedade, permite que o Estado valide estes exercícios privados de jurisdição. O desenvolvimento da arbitragem depende da sua credibilidade perante os cidadãos e perante o Estado.

O reconhecimento de efeitos potestativos à convenção de arbitragem implica uma derrogação do direito constitucionalmente garantido de acesso à justiça – porque as partes renunciam ao direito a recorrer aos tribunais. O reconhecimento deste efeito – que só se verificou com a aprovação da LAV em 1986, assim como a eficácia judicial da sentença arbitral exige o respeito pelas regras do processo justo. E a primeira de todas elas é, evidentemente, a imparcialidade do tribunal que decide o litígio.

Não se pode dizer que um processo é equitativo se os juízes forem parciais. É consensual.

Parece-me, pois, que a solução estabilizadora – apoiada nas fontes e em parte na prática – é a da exigência da imparcialidade do árbitro de parte, em

MARIANA FRANÇA GOUVEIA

todos os aspectos e momentos do processo arbitral. A sua função não deve ser entendida como a de fazer com que a posição da parte que o nomeia seja conhecida, muito menos influenciar o árbitro-presidente. Deve, antes, ser a de julgar com imparcialidade, isenção e integridade o caso que perante si está pendente.