

PORTUGAL E AS “IBA GUIDELINES”: DESINVESTIR NA VIRTUDE?(*)

Por Duarte Gorjão Henriques

SUMÁRIO:

Introdução. Breve referência ao regime aplicável aos conflitos de interesses. A internacionalização da arbitragem Portuguesa. Regulação Deontológica e a incorporação das “IBA Guidelines”. Os pedidos de recusa de árbitros e as “Guidelines” nos Tribunais Portugueses. As “IBA Guidelines” nos Tribunais Administrativos. O sentido e abrangência das “IBA Guidelines”. Considerações finais.

Introdução

1. Os conflitos de interesses em arbitragem têm sido e seguramente serão uma das mais importantes matérias para todos os que estão envolvidos nesta área do direito. Nem se pode congeminar que qualquer sistema jurídico que prevê esta forma jurisdicional de resolução de litígios admita não dispensar um tratamento de primazia a tal assunto.

Na verdade, quando o Estado abdica do seu poder fundamental de administrar a justiça, admitindo formas não *judicializadas* de interpretar e aplicar coercivamente a lei aos casos concretos, está a pressupor tudo menos um comportamento do decisor que possa constituir um desvio em relação ao que deve ser uma actuação independente e imparcial. Por isso, os árbitros terão de se pautar por critérios de isenção intelectual — portanto, livre de dependência e de parcialidade — da mesma forma que um juiz do tribunal estadual também o terá.

(*) Este artigo foi já divulgado *online* na <revistadedireitocomercial.com>.

Trata-se de um princípio estruturante de qualquer Estado de Direito, revelador da independência e separação de poderes, mas é também, sobretudo, uma garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Afinal de contas, como refere o n.º 1 do art. 6.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais,

“Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial (...)”

No caso específico de Portugal, este princípio encontra-se previsto no n.º 4 do art. 20.º da Constituição da República Portuguesa, ao dispor que

“Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.”

Sem independência e imparcialidade dos árbitros não existe processo equitativo⁽¹⁾. Faltando tal atributo, deixamos de poder falar numa actividade jurisdicional mas, talvez e quanto muito, poderemos congeminar uma acção puramente adjudicativa em que os sujeitos processuais encarregam outrem de dispor dos seus direitos, pouco importando a forma e o conteúdo dessa postulação. Se não existe uma actividade jurisdicional, conformada pelos seus princípios estruturantes, não temos também arbitragem, mas uma outra coisa qualquer.

2. Como poderá ser uma evidência, a noção de independência e imparcialidade poderá por sua vez assumir diversas formas e contornos consoante o país onde nos encontremos. Lembremos o adágio de Pascal: verdade aquém dos Pirinéus, erro além.

Isto, só por si, poderia constituir um argumento para que a apreciação das questões ligadas à isenção e imparcialidade fosse deixada ao critério de cada paróquia.

Soluções absurdas para um canto da Europa civilizada podem ser bem acolhidas, vividas e perpetuadas noutro canto completamente diferente.

A variável do tempo também entra nessa equação: uma solução hoje adoptada pode ter sido considerada demasiado desajustada dez anos antes

⁽¹⁾ Sobre a independência e imparcialidade dos árbitros como princípio fundamental do direito, v. entre outros, MÁRIO RAPOSO, *Imparcialidade dos Árbitros*, in “Estudos sobre Arbitragem Comercial e Direito Marítimo”, Almedina, 2006, p. 75 e ss. e também MANUEL P. BARROCAS, in *Manual de Arbitragem*, 2.ª ed., Almedina, 2013, p. 299 e ss. A nível da literatura internacional, v. entre outros CATHERINE A. ROGERS, in *Ethics in International Arbitration*, Oxford, 2014, p. 90 e ss.

e o inverso é também verdadeiro. O que antes existia como prática comum pode ser agora para nós inaceitável.

Tomemos o exemplo Português nesta matéria.

O n.º 1 do art. 10.º da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto (Lei da Arbitragem Voluntária de 1986) dispunha que:

“Aos árbitros não nomeados por acordo das partes é aplicável o regime de impedimentos e escusas estabelecido na lei de processo civil para os juízes”.

Este não é seguramente o local para abordar a forma como tal preceito foi sendo interpretado e aplicado desde a sua promulgação até ao seu ocaso, ocorrido vinte e cinco anos depois. Será apenas interessante anotar que, aparentemente, para o legislador de 1986 o relevante era que o árbitro não nomeado pelas partes estivesse submetido ao regime de impedimentos e recusas. Aparentemente, o chamado “árbitro de parte”, com tudo o que isso representa, estava no sub-consciente do legislador⁽²⁾.

3. Não é que tal opção seja absolutamente inaceitável sob o ponto de vista da actividade jurisdicional, conquanto que estivesse assegurado que pelo menos o “umpire” fosse independente e imparcial, livre portanto de qualquer impedimento ou escusa aplicável aos juízes. Podem até aceitar-se gradações desta forma de resolução de litígios baseada na existência de verdadeiros representantes das partes na actividade judicativa.

A título de exemplo, será interessante citar o modelo imaginado pelo Presidente da Associação Suíça de Arbitragem na sua mensagem de Abril de 2014 sob o título “*Let’s Get Rid of the Presiding Arbitrator*” onde é sugerido um modelo em que cada uma das partes nomeia o seu “árbitro”, sendo escolhido um “umpire” apenas para dirimir pontos de facto ou direito onde aqueles dois não consigam chegar a acordo quanto à solução jurídica. A formulação da proposta é feita sob a forma de um interessante diálogo entre um jurista da “common law” (Sir Reginald Muddle, QC) e outro da “civil law” (Me. Paul Philibert Confus, Avocat à la Cour), acabando este último por reconhecer que a solução funciona na prática mas questionando se também funciona ... em teoria⁽³⁾.

⁽²⁾ Sem prejuízo, a doutrina e a jurisprudência foram solidamente afirmando a necessidade de os árbitros serem imparciais e independentes das partes.

⁽³⁾ Mensagem publicada em 32 ASA Bulletin 2/2014 (Junho) e acessível em <<http://www.arbitration-ch.org/en/asa/asa-presidents-messages/index.html>>, acedido em 14 de Abril de 2017. Esta sugestão foi por nós comentada em <<http://kluwerarbitrationblog.com/2014/07/25/get-rid-of-the-presiding-arbitrator/>> em Julho de 2014.

Alegorias postas de parte, a verdade é que, à partida, nada haveria de fundamentalmente errado em soluções onde às partes fosse permitido nomear o “seu” árbitro, que funcionaria como verdadeiro representante de interesses, eventualmente até exercendo uma determinada actuação de advocacia em prol da defesa de tais interesses. Ponto é, repete-se, que o terceiro seja e se mantivesse independente e imparcial (mais uma vez, sob pena de não existir arbitragem mas uma outra realidade qualquer). No fundo, não teríamos nada de absolutamente diferente do que existe num sistema de decisão por árbitro único, havendo apenas a introdução de mais um nível de “advogado de parte” no processo. Fundamental seria, igualmente, que o legislador e a comunidade que ele regula aceitassem tal modelo expressamente e sem equívocos.

Breve referência ao regime aplicável aos conflitos de interesses

4. Não foi, porém, esse o caminho seguido pelo legislador no ano de 2011 quando promulgou a nova Lei da Arbitragem Voluntária⁽⁴⁾. Nem era, como se disse, a orientação uniforme e pacífica da doutrina e jurisprudência Portuguesas.

Neste novo quadro legal, é agora claro e inequívoco que “os árbitros devem ser independentes e imparciais” (n.º 3 do art. 9.º da LAV).

Tal dever é ainda concretizado noutras disposições aplicáveis ao fundamento de recusa e que aqui se sintetizam.

Salientando o dever de revelação inicial, o árbitro que “for convidado para exercer funções de árbitro deve revelar todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência” (n.º 1 do art. 13.º da LAV).

Acentuando que tal dever é permanente e se mantém durante todo o processo, “o árbitro deve, durante todo o processo arbitral, revelar, sem demora, às partes e aos demais árbitros as circunstâncias referidas no número anterior que sejam supervenientes ou de que só tenha tomado conhecimento depois de aceitar o encargo” (n.º 2 do mesmo preceito).

Quanto ao direito de recusa que qualquer das partes pode exercer, “um árbitro só pode ser recusado se existirem circunstâncias que possam

(4) Lei n.º 63/2011 de 14 de Dezembro (de ora em diante referida como “LAV”).

suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade ou independência ou se não possuir as qualificações que as partes convencionaram” e “uma parte só pode recusar um árbitro que haja designado ou em cuja designação haja participado com fundamento numa causa de que só tenha tido conhecimento após essa designação” (n.º 3 do apontado preceito).

Não sofre dúvida, porém, que o dever de revelação que incumbe aos árbitros é pautado por critérios que lhe são exteriores: não releva o que o árbitro julgue que possa suscitar dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência, mas antes aquilo que o árbitro deva esperar que seja o critério das partes em confronto (“aos olhos das partes”, como é comumente dito). No limite, aplicar-se-á um critério “supra partes” — mas em qualquer caso exterior ao árbitro — baseado numa actuação de um “bom pai de família”.

Por outro lado, o dever de revelação e os fundamentos que levam a concluir pela existência de parcialidade e dependência aplicam-se indistintamente a qualquer tipo de arbitragem submetida à lei Portuguesa. Estão, por isso, ao abrigo dos mesmos cânones as arbitragens domésticas e internacionais, quer envolvam entidades privadas ou públicas.

A internacionalização da arbitragem Portuguesa

5. A novidade legislativa, os concretos contornos dos deveres decorrentes da “imparcialidade e independência” dos árbitros e o seu significado para a comunidade jurídica arbitral Portuguesa foram — e têm sido — alvo de intenso e aprofundado debate.

Com efeito, o tema é recorrente em colóquios, debates e congressos organizados em Portugal. A edição de 2013 da Revista Internacional de Arbitragem e Mediação publicada pela Associação Portuguesa de Arbitragem foi toda ela dedicada a temas ligados ao estatuto dos árbitros, onde a matéria dos conflitos de interesses não passou despercebida. Um dos articulistas dessa edição, Agostinho Pereira de Miranda, produziu em título a sublimação do tema — “Investir em virtude: dever de revelação e processo de recusa do árbitro”⁽⁵⁾ — título esse cuja antinomia serve de mote ao presente trabalho.

(5) *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. VI — 2013, Almedina.

Sem preocupação de analisar agora com exaustão e rigor, pode-se no entanto recolher uma ideia que perpassa por todas estas iniciativas e abordagens: a de que a jurisdição Portuguesa caminha — e deve caminhar — na direcção da sua internacionalização e acompanhar o passo da evolução verificada nas mais importantes jurisdições arbitrais estrangeiras. Este aspecto não pode de forma alguma ser descurado.

A internacionalização arbitral Portuguesa é, assim, um desígnio que está inexoravelmente em marcha, assentando nas ideias e revelando-se nos fenómenos que se narram.

6. Entre outros, o fenómeno de *internacionalização arbitral Portuguesa* assenta na ideia de uma localização geográfica conveniente. Portugal é visto como a porta para Europa para quem vem das Américas e de África. A ligação umbilical linguística a países como o Brasil e Angola reforça essa ideia.

Por outro lado, anualmente crescem e repetem-se eventos dedicados à arbitragem nos quais participam especialistas de renome internacional, incluindo académicos e arbitralistas Brasileiros, Angolanos e Moçambicanos que se unem à comunidade arbitral Portuguesa. O Congresso Anual do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa e os “Encontros de Coimbra” encontram-se já sedimentados no panorama internacional e, em especial, nos países de língua oficial Portuguesa.

Em sentido inverso, são vários os académicos e arbitralistas Portugueses que se deslocam ao estrangeiro para aí divulgar a cultura e práticas arbitrais de Portugal, sendo o Brasil e Angola dois países especialmente “importadores” do contingente Português.

Várias obras académicas e científicas destes países são publicadas em simultâneo nos diversos territórios, encontrando-se também a crescer o número de materiais de divulgação (artigos e “blog posts”) da arbitragem e arbitralistas portugueses em países anglófonos, francófonos e, como não poderia deixar de ser, nos países da língua de Cervantes.

7. Este esforço de internacionalização tem também sido acompanhado pelas instituições que administram arbitragens, havendo pelo menos dois centros que dispõem de toda a sua informação em inglês (incluindo as suas regras de arbitragem) e que administram também casos em língua

Inglesa: o Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa e o Arbitrare⁽⁶⁾.

A Associação Portuguesa de Arbitragem promoveu também a tradução, para diversas línguas, da nova Lei da Arbitragem Voluntária⁽⁷⁾ e tem também o seu website disponível em versão inglesa.

Vários escritórios de advocacia local promovem igualmente esse movimento, recebendo e recrutando juristas de língua nativa estrangeira e/ou promovendo acções de “secondment” dos seus advogados em firmas estrangeiras. Regularmente, advogados e especialistas em arbitragens comparecem em encontros e eventos da mais variada espécie em terras que à partida lhes seriam linguisticamente mais hostis. Os anos de 2017 e 2018 assistiram à participação de equipas de universidades portuguesas no já famoso *Vis Moot* que decorre todos os anos em Viena, feito este que, muito embora não se assemelhe à participação de universidades Brasileiras, é no entanto assinalável.

Em suma e repisando a ideia anteriormente deixada, em Portugal assiste-se a um esforço verdadeiramente hercúleo de internacionalização da sua arbitragem.

Regulação Deontológica e a incorporação das “IBA Guidelines”

8. Tal esforço foi naturalmente acompanhado de iniciativas de regulação de vários aspectos da arbitragem. Sem abordar agora todas⁽⁸⁾, uma suscita particular atenção: a regulação dos conflitos de interesses dos árbitros ou, se quisermos usar uma maior abrangência, o “Código Deontológico” do árbitro.

As regras “deontológicas” aplicáveis à actividade dos árbitros na resolução de litígios são, como não poderia deixar de ser, uma constante preocupação de todas as instituições que administram arbitragens. Contudo, não tem sido uniforme o movimento de “codificação” nesta área. Com efeito, nem todas as instituições promulgaram ou adoptaram expressamente um código de conduta (“Code of Ethics”).

(6) Centro de Arbitragem para a Propriedade Industrial, Nomes de Domínio, Firms e Denominações.

(7) Cf. Lei da Arbitragem Voluntária acessível em <<http://arbitragem.pt/legislacao/>>, acedido em 27 de Abril de 2017.

(8) A título de exemplo, o “Centro de Arbitragem Comercial” de Lisboa, aprovou regras alinhadas com os padrões internacionais em algumas áreas importantes: nomeação de árbitros em arbitragens “ad hoc”, arbitragens expeditas e árbitro de emergência.

A título de exemplo, as regras de instituições como a DIS (Alemanha), SCC (Estocolmo), ICSID (Washington), ou mesmo arbitragens administradas sob a égide das “Swiss Rules” (as Swiss Rules of International Arbitration da “Swiss Chambers’ Arbitration Institution”), não contêm qualquer referência a um “Code of Ethics”. Outras instituições, porém, adotaram um tal código de conduta: ICC, Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb), American Arbitration Association (AAA), Singapore International Arbitration Centre (SIAC), Judicial Arbitration and Mediation Services (JAMS), European Court of Arbitration (ECA), Camare Arbitrale Milano (CAM), Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), a GAFTA, a Brasileira CONIMA, o CAM-CCBC (“Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá”), o Club Español del Arbitraje e o Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration⁽⁹⁾.

Dos casos em que não se verificou a “codificação” aqui referida, foi considerado suficiente o quadro legal existente aplicável ao exercício da actividade e profissão de árbitro (nomeadamente para o tema que aqui nos interessa). Nos restantes casos, a regulamentação promulgada abrange

⁽⁹⁾ Podem consultar-se os seguintes documentos: The ICC Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration — <<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-Note-to-Parties-and-Arbitral-Tribunals-on-the-Conduct-of-Arbitration.pdf>>; The Chartered Institute of Arbitrators Code of Professional and Ethical Conduct for Members — <<http://www.ciarb.org/docs/default-source/ciarbdocuments/guidance-and-ethics/practice-guidelines-protocols-and-rules/code-of-professional-and-ethical-conduct-october-2009>>; The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes (American Arbitration Association) — <https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTG_003867>; The Singapore International Arbitration Centre Code of Ethics for an Arbitrator — <<http://www.siac.org.sg/our-rules/code-of-ethics-for-an-arbitrator>>; The Judicial Arbitration and Mediation Services JAMS Arbitrators Ethics Guidelines — <<https://www.jamsadr.com/arbitrators-ethics/>>; EUROPEAN COURT OF ARBITRATION, Arbitrators Code of Ethics — <<http://cour-europe-arbitrage.org/archivos/documentos/8.pdf>>; Camara Arbitrale Milano (CAM) CODE OF ETHICS OF ARBITRATORS — <<http://www.camera-arbitrale.it/en/Arbitration/Arbitration+Rules/Code+of+ethics.php?id=104>>; The Hong Kong International Arbitration Centre — Code of Ethical Conduct — <<http://www.hkiac.org/arbitration/arbitrators/code-of-ethical-conduct>>; The China International Economic and Trade Arbitration Commission, Code of Conduct for Arbitrators — <<http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=113&l=en>>; The GAFTA RULES AND CODE OF CONDUCT FOR QUALIFIED ARBITRATORS AND QUALIFIED MEDIATORS, <http://www.gafta.com/write/MediaUploads/Arbitration/RULES_AND_CODE_OF_CONDUCT_FOR_QUALIFIED_ARBITRATORS_AND_QUALIFIED_MEDIATORS.pdf>; Code of Ethics of the Brazilian CONIMA — National Council of Mediation and Arbitration Institutions — <http://www.cbma.com.br/us/codigo_de_etica>; Código de Ética do CAM-CCBC — <<http://www.ccbc.org.br/Materia/1384/codigo-de-etica-do-arbitro>>; Recomendaciones del Club Español del Arbitraje relativas a al Independencia e Imparcialidade de los Árbitros — <http://www.clubarbitraje.com/sites/default/files/recomendaciones_0.pdf>; Code of Conduct for Arbitrator of the Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration <<https://klrca.org/uploads/imguploadckc691e4fc>>

matérias tão díspares como a condução do processo, os honorários e, como não poderia deixar de ser, os deveres de imparcialidade e independência.

Contudo, de todos os casos de “Code of Ethics” anteriormente citados, apenas um operou um fenómeno que poderei designar de “incorporação” ou “importação” das “IBA Guidelines”⁽¹⁰⁾, mandando dar relevo a estas linhas orientadoras quando se trate de interpretar, integrar e aplicar as disposições do apontado conjunto normativo.

Esse caso é o do Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration, que no n.º 2.1 do seu “Code of Conduct for Arbitrator determina que,

“The International Bar Association (IBA) Guidelines on Conflict of Interest will be a point of reference in determining the disclosure requirement and whether an Arbitrator is conflicted”.

9. Para além deste caso isolado no panorama internacional, em Portugal verifica-se a existência de três exemplos do apelidado fenómeno de “incorporação”.

O primeiro consiste no Código Deontológico do Árbitro das arbitragens submetidas ao Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial):

“O presente Código Deontológico deve ser interpretado e integrado tendo presente as Directrizes da International Bar Association relativas a Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional” — n.º 3 do art. 1.º do “Código Deontológico”⁽¹¹⁾.

Também o “Arbitraré”⁽¹²⁾ e a Associação Portuguesa de Arbitragem⁽¹³⁾ aprovaram Códigos Deontológicos contendo disposições decalcadas da anteriormente citada.

A par de Kuala Lumpur, Portugal contém assim três casos de “incorporação” ou “importação” das “IBA Guidelines.

Porém, a designação dada pode parecer inapropriada à primeira leitura.

10. Na verdade, os preceitos deontológicos invocados não dizem rigorosamente isso. Afirmam antes que, na “interpretação e integração” deve ter-se “presente” as “Guidelines” (ou que estas são um “point of reference”).

Essa “incorporação” ou “importação” decorre, no entanto, do sentido com que tais “Guidelines” forem recebidas na comunidade a que se destinam.

Foi por essa razão que este autor, na ocasião da aprovação dessa medida pelo “Centro de Arbitragem Comercial” de Lisboa, questionou a bondade da mesma⁽¹⁴⁾.

Não que houvesse — ou haja — qualquer relutância em relação às “Guidelines” em si mesmas. Neste aspecto, cumpre reforçar que adiro em absoluto à existência, pertinência e conteúdo das “IBA Guidelines”.

O problema reside noutro lado, como tive ocasião de escrever: por um lado, poderia (e pode ainda) existir uma tendência para cristalizar normativamente as “Guidelines” e aplicá-las matematicamente; por outro lado, a sua aplicação pode ser potencialmente inadequada a comunidades arbitrais pequenas, como a Portuguesa, onde é praticamente impossível evitar a existência de relações pessoais mais ou menos estreitas entre os diversos atores.

Esta visão acabou por ser criticada como “paroquial”⁽¹⁵⁾, mas o certo é que a comunidade arbitral Portuguesa é realmente assim e a “pool” de especialistas é na verdade limitada.

11. Para ilustrar as dificuldades que, no plano dos conflitos de interesses, decorrem destas características da jurisdição Portuguesa, atente-se na solução legislativa encontrada para alguns tipos de litígios emergentes de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos.

Tendo em vista o descongestionamento dos tribunais administrativos, o legislador Português instituiu um sistema de arbitragem necessária através da Lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro de 2011.

⁽¹⁰⁾ Mais rigorosamente, as “IBA Guidelines” on Conflicts of Interest in International Arbitration”, na sua versão de 2014 e que poderão ser acedidas em <http://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_July_2008_ENews_ArbitrationMultipleLang.aspx>, último acesso em 28 de Abril de 2017.

⁽¹¹⁾ O Código encontra-se acessível em <http://centrodearbitragem.pt/images/pdfs/Legislaçao_e_Regulamentos/Regulamento_de_Arbitragem/Codigo_Deontologico_2014.pdf>, último acesso em 28 de Abril de 2017.

⁽¹²⁾ Cf. Código Deontológico do Árbitro em arbitragens submetidas ao “Arbitraré” acessível em <https://www.arbitrare.pt/sub_regulamentos.php?id=47&sbid=59>, último acesso em 28 de Abril de 2017, que se encontra também publicado e comentado por Sofia Martins, na “Lei da Arbitragem

Ao fazê-lo, talvez não tivesse prestado suficiente atenção ao facto de os especialistas em tal matéria serem em número reduzido. Ao mesmo tempo, o legislador deixou o sistema de arbitragem totalmente ao abrigo da autonomia privada, não tendo tornado obrigatório o recurso a instituições arbitrais que de alguma forma pudessem organizar e manter listas de árbitros especializados neste tipo de litígios e assim mitigar o risco de percepção de “distorções”⁽¹⁶⁾.

Ao fim de cinco anos de vigência do citado diploma legal, foi já sugerido que os números de casos submetidos a esta arbitragem ultrapassam o milhar, verificando-se igualmente um elevado teor de concentração dos mesmos em algumas (poucas) sociedades de advogados.

Como resultado não totalmente inesperado, os árbitros especializados e disponíveis viram o seu “case load” aumentar exponencialmente. Também sem qualquer surpresa, os “conflitos sobre conflitos de interesses” aumentaram.

É o que se verá já no primeiro dos casos que aqui abordo para analisar a experiência nos tribunais Portugueses a propósito da intersecção entre os problemas de conflitos de interesses dos árbitros e as “Guidelines”.

Os pedidos de recusa de árbitros e as “Guidelines” nos Tribunais Portugueses

12. De facto, a situação chegou a assumir alguns contornos exagerados: em 2015 o Tribunal da Relação de Lisboa decidiu o caso em que um só árbitro, nos três anos anteriores, havia sido nomeado pela mesma sociedade de advogados em 50 arbitragens, sendo que em 19 delas havia sido nomeado pela mesma parte⁽¹⁷⁾.

Nessa ocasião, o Tribunal da Relação de Lisboa não teve qualquer hesitação em socorrer-se das “IBA Guidelines”:

“A nível internacional relevam especialmente as Diretrizes da IBA relativas a Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional, aprovadas em 22/05/2004 pelo Conselho da *Internacional Bar Association* (IBA), e revistas em 23/10/2014, que, apesar de não terem carácter vinculativo, estabelecem um conjunto de princípios relativos à imparcialidade, independência e dever de revelação dos árbitros, orientadores nesta

Voluntária Anotada”, 3.ª ed., 2017, Almedina, pp. 187 e ss.

⁽¹³⁾ Cf. Código Deontológico do Árbitro da “APA” acessível em <<http://arbitragem.pt/projetos/cda/2014-04-11-cda.pdf>>, último acesso em 28 de Abril de 2017.

matéria, onde consta, desde logo, o dever do árbitro ser imparcial e independente e o dever de revelação das circunstâncias que aos olhos das partes possam suscitar dúvidas quanto à imparcialidade e independência do árbitro (cf. (1) Princípio Geral (1) e (3) Divulgação pelo Árbitro)⁽¹⁸⁾.

O Tribunal não deixou de olhar para as listas das várias situações que são exemplificadas nas “IBA Guidelines” sob cores vermelha, amarela e verde. E, na verdade, neste caso não haveria seguramente uma qualquer “guideline” ou orientação que resistisse a tamanha repetição de nomeações, sendo apropriado afirmar que só com uma grande dose de criatividade plástica o tribunal estadual poderia ter uma visão daltónica dos factos e considerar não existir conflito de interesses.

13. Seja como for, o recurso às “IBA Guidelines” pelos Tribunais Portugueses não havia sido uma novidade, sendo interessante dar aqui conta dos casos em que este instrumento de “soft law” foi referenciado nas decisões judiciais.

Em 2011 e ainda no domínio da “LAV” de 1986, o Supremo Tribunal de Justiça teve ocasião de abordar o tema da validade de uma cláusula de arbitragem em que se previa, *inter alia*, que os árbitros seriam nomeados nos seguintes termos:

“Numa primeira abordagem, serão árbitros por parte do Primeiro Outorgante o seu advogado e um representante da fiscalização da empreitada e por parte do Segundo Outorgante o seu advogado e um engenheiro responsável pelo acompanhamento técnico da obra.

Se, por essa via, não for obtida uma resolução maioritária, o desempate será obtido por intervenção de um quinto árbitro escolhido por acordo dos quatro ou, se não houve acordo nessa nomeação, indicado pelo Tribunal Arbitral de Centro de Arbitragem da Associação dos Industriais da Construção Civil e Obras Públicas, e caso este não se pronuncie, pelo Tribunal da Relação do Porto, como previsto na lei que regula a arbitragem voluntária”.

Ou seja, era aqui claro que os árbitros nomeados por cada uma das partes (dois por cada uma delas) seriam sempre e em qualquer caso delas dependentes, porque por elas contratados para outras actividades que não a resolução de diferendos (advogado e fiscal de obra).

Nesta ocasião, o Supremo Tribunal de Justiça considerou que não estariam assegurados os princípios de independência e imparcialidade da maioria do tribunal, tendo tido oportunidade de invocar as “IBA Guideli-

(14) Cf. DUARTE GORJÃO HENRIQUES, *Incorporating IBA Guidelines Into A “Code of Ethics”*:

nes”, na versão vigente à data (2004), concluindo que não podem ser nomeados árbitros onde exista uma “identidade entre o árbitro e a parte”, o que manifestamente se verificava na situação em juízo⁽¹⁹⁾.

14. Apreciando um caso ainda submetido à “LAV” de 1986, mas já no ano de 2014, o Tribunal da Relação do Porto julgou uma situação muito idêntica à anterior, tendo considerado que haveria que conjugar as disposições da “LAV” e do regime de impedimentos e escusas dos magistrados com “*outras fontes não legais, tais como a Lei Modelo da UNCITRAL, as Rules of Ethics da IBA, e o Código Deontológico da APA*”.

Ao considerar tais “fontes”, o Tribunal da Relação concluiu, em sumário auto-explicativo da situação que se lhe havia sido colocada para decisão, que

“O facto de o árbitro, nomeado pelas demandantes, e de o respetivo mandatário, fazerem ambos parte da administração de uma instituição bancária (um como presidente do conselho fiscal e outro como presidente executivo), instituição esta da qual duas das demandantes são as suas maiores acionistas, configura um caso de objetivo conflito de interesses, pondo em causa a sua independência”⁽²⁰⁾.

15. Em 2015, o Tribunal da Relação de Lisboa decidiu um caso que se pode considerar um sucedâneo daquele que havia sido decidido em março desse mesmo ano (o famoso caso das cinquenta nomeações). E digo que é um sucedâneo porque respeita ao mesmo árbitro e ao mesmo tipo de litígios.

Nesse caso, a parte recusante (a demandada) veio invocar justamente o facto de tal árbitro ter sido nomeado por variadíssimas vezes pela mesma sociedade de advogados, em litígios respeitantes à mesma patente, envolvendo substancialmente o mesmo tipo de interesses, tendo o dito árbitro recusado previamente proceder a tal revelação.

O Tribunal da Relação considerou que a participação de tal árbitro “*por duas vezes em arbitragens cujo objecto reside na substância activa aqui em litígio e dezenas de vezes em outras arbitragens em que também se visava dirimir conflitos entre titulares de patentes e pedidos de comercialização dos chamados genéricos baseados na mesma substância activa,*

A Step Too Far?, em Kluwer Arbitration Blog, *post* de 31 de Janeiro de 2014, acessível em <<http://kluwerarbitrationblog.com/2014/01/31/incorporating-iba-guidelines-into-a-code-of-ethics-a-step-too-far/>>, último acesso em 28 de Abril de 2017.

⁽¹⁵⁾ Cf. MICHAEL McILWRATH, *A Step in the Right Direction — Why National Arbitration Institutions Will Benefit from Adopting International Ethics Standards*, em Kluwer Arbitration Blog, *post* de 1 de Fevereiro de 2014, acessível em <<http://kluwerarbitrationblog.com/2014/02/01/a-step-in-the->

obrigava o “recusado” a “revelar previamente” as posições que já tomara, anteriormente, sobre a mesma matéria ou afins”⁽²¹⁾.

O Tribunal, depois de ponderar o resultado de várias regras sobre a independência e imparcialidade dos árbitros (entre as quais as “IBA Guidelines”), veio a considerar que a falta de revelação prévia das circunstâncias atrás mencionadas foi a sua *“falha, na medida em que, só após a decisão proferida no Acórdão desta Relação de Lisboa, de 24-3-2015, (...) veio comunicar a recusa aí declarada, precisamente, alicerçada no não cumprimento do analisado dever de revelação”*.

Consciente das particularidades da comunidade jurídica-arbitral Portuguesa, o Tribunal da Relação de Lisboa “colocou o dedo na ferida”, anotando que essa falta de revelação implicou que,

“aquilo que podia ser uma “mais-valia” em termos de conhecimentos técnicos revelados pelo árbitro posto em causa, redundou numa “suspeição” aos “olhos da demandada”, por entender que dessa omissão poderá aferir-se a existência dum interesse coincidente entre o árbitro e a parte que o indicou, contagiando objectivamente a sua independência e imparcialidade”⁽²²⁾.

Concluiu assim, decidindo, que

“Não tendo o Ex.^{mo} Árbitro recusado divulgado, aquando da sua indigitação ou nomeação, as suas anteriores participações em arbitragens idênticas ou similares, bem como o parecer emitido ou quaisquer outras actividades profissionais relacionadas com o mesmo tema, incorreu o mesmo na violação do dever de revelação, susceptível de criar fundadas dúvidas sobre a sua independência e imparcialidade “aos olhos da demandada””.

As “IBA Guidelines” nos Tribunais Administrativos

16. Em Portugal não têm sido raros os casos de arbitragens de litígios no domínio do direito administrativo (relativos, sobretudo, a concessões de infra-estruturas e serviços públicos), nos quais estiveram envolvidos o Estado Português e/ou outras entidades colectivas de direito público. Tais arbitragens estão genericamente submetidas à “LAV” de 2011 e os “tribunais estatais de apoio” são os administrativos⁽²³⁾.

Também neste domínio se verificaram pedidos de recusa (“challenge”) de árbitros e também aqui os tribunais administrativos não ignoraram as “IBA Guidelines”. Porém, estes tribunais fizeram-no de forma diametralmente oposta.

Efectivamente, é precisamente a partir destes Tribunais Administrativos que se começa a sentir uma certa “rebeldia” que a comunidade jurídica-arbitral Portuguesa (ou pelo menos uma parte dela) empresta aos instrumentos da chamada “soft law”. Vozes críticas das mesmas parecem terem encontrado eco nestes tribunais.

17. Com efeito, num primeiro caso, o Tribunal Central Administrativo Sul veio dar relevo às ditas regras de “soft law” (e especificamente às “IBA Guidelines”) apenas para concluir que as mesmas não servem a Portugal.

Nesse primeiro caso estava em crise uma situação em que o árbitro nomeado pela parte demandante havia ocupado o cargo de “vice-presidente” da assembleia geral de accionistas da entidade bancária financiadora e sócia da concessionária (demandante)⁽²⁴⁾.

Após considerar que “(...) *no domínio da soft law assumem relevância as Guidelines da IBA (International Bar Association — associação fundada em 1947 com sede em Londres) sobre Conflitos de Interesse em Arbitragem Internacional, aprovadas em 2004 e objecto de revisão em 2012/2014 (...)*”, o Tribunal Central Administrativo Sul postulou que delas não se retirava qualquer contributo.

Decidindo o pedido de recusa de árbitro, o Tribunal Central Administrativo Sul concluiu que “*a titularidade da situação jurídica de vice-presidente da mesa da assembleia-geral da entidade bancária financiadora e accionista da concessionária do “TGV” por parte do árbitro designado pela demandante, por si só, constitui um facto juridicamente irrelevante para fundamentar o juízo conclusivo, pela negativa, de fundadas dúvidas sobre a independência objectiva (do árbitro relativamente à parte que o designou) e imparcialidade subjectiva (favorecimento da parte pelo árbitro que o designou)(...)*”⁽²⁵⁾.

(16) Tal como acontece, por exemplo, com o “Hong Kong International Arbitration Centre” que dispõem de uma lista de árbitros especializados em matérias de propriedade intelectual.

(17) Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de Março de 2015, acessível em <www.dgsi.pt>, último acesso em 28 de Abril de 2017.

Contudo, não chegou a tal desiderato sem ter deixado uma consideração peculiar. Citando Menezes Cordeiro, o Tribunal salientou

“(…) as cautelas que parte da doutrina evidencia deverem ser tomadas no que respeita às *Guidelines*, pois, para além de serem meras directrizes, como tal, não aplicáveis por si, há que (…) ter em conta as dimensões do [nosso] País. Textos como o das *Guidelines* da IBA foram pensados para arbitragem internacionais, num universo económico e humano sem paralelo no Ocidente Peninsular (…)”⁽²⁶⁾.

18. A crítica às “IBA Guidelines”, no entanto, subiu de tom no caso que se seguiu.

Os factos concretos deste caso não são particularmente cruciais para a análise do tema que aqui abordo — nunca sendo demais notar que o foco deste artigo é a forma como as “IBA Guidelines” têm sido encaradas em Portugal mas não já o seu conteúdo ou os problemas decorrentes dos conflitos de interesses que as mesmas visam “regular”. Em qualquer caso, será interessante referi-los para que se possa ter uma compreensão global da animosidade manifestada pelo Tribunal que decidiu o pedido de recusa de árbitro.

19. Este caso foi decidido pelo Tribunal Central Administrativo Sul, em acórdão datado de 16 de fevereiro de 2017⁽²⁷⁾, podendo ser sumariado como se segue.

Em 2005 teve início um litígio judicial (em Tribunal Administrativo) entre o Município de Lisboa e uma empresa (“Sociedade PM”) criada para a promoção de um projecto imobiliário no centro desta cidade. Esse litígio veio a terminar por acordo entre as partes em 2014, as quais acordaram também num compromisso arbitral para o cálculo da indemnização a pagar pelo Município de Lisboa à “Sociedade PM”.

Anteriormente, a “Sociedade A” e a “Sociedade B” haviam celebrado um contrato nos termos do qual a Sociedade A prometia vender à Sociedade B, e esta por sua vez prometia comprar àquela, as ações representativas do capital social da “Sociedade PM”. Este contrato previa também uma cláusula compromissória destinada a regular eventuais litígios futuros entre essas partes.

Assim, em 2009, a “Sociedade A” iniciou um processo arbitral contra a “Sociedade B” que teve como objecto a condenação desta última no

⁽¹⁸⁾ Cf. *cit.* acórdão.

pagamento do preço acordado para a prometida compra e venda. O tribunal arbitral foi composto pelos árbitros Prof. C, Prof. J e Prof. A.

Nesta “primeira arbitragem”, o Município de Lisboa não teve qualquer intervenção nem tão pouco teve conhecimento dela.

Posteriormente, foi iniciada uma “segunda arbitragem” pela “Sociedade B” contra a “Sociedade A” destinada a rever a anterior decisão arbitral e a condenação de que a “Sociedade B” havia sido objecto⁽²⁸⁾.

O tribunal arbitral foi constituído pelos árbitros Dr. M, Prof. M e Juiz Conselheiro J. Tomando conhecimento dos contornos do litígio, o Árbitro Dr. M (indicado pela parte demandante) proferiu a seguinte declaração:

“pela presente, o declarante afirma, por sua honra, que não se encontra em qualquer situação que nos termos do n.º 1 do art. 13.º da Lei de Arbitragem Voluntária pudesse fundar dúvida sobre a sua imparcialidade e a sua independência”.

Essa acção arbitral veio a ser julgada parcialmente procedente, tendo o Árbitro Dr. M votado favoravelmente. Na respectivo sentença é feita alusão à possível pretensão indemnizatória da “Sociedade B” contra o Município de Lisboa.

É assim que, num momento posterior, surge a “terceira arbitragem” instaurada pela “Sociedade B” contra o Município de Lisboa, ao abrigo do compromisso arbitral que antes havia sido outorgado e a que acima se faz referência⁽²⁹⁾.

Nessa arbitragem foram nomeados árbitros o Dr. M (nomeado pela parte demandante e antes nomeado pela mesma empresa ou grupo de empresas na “segunda arbitragem”), o Dr. L (nomeado pelo demandado) e o Dr. A (presidente).

Esta arbitragem teve como objecto o pedido de condenação do Município de Lisboa a pagar à parte demandante a quantia de € 345.000.000.

Enquanto decorria esta arbitragem, veio a ser proferido acórdão pelo Tribunal da Relação de Lisboa que confirmou a sentença arbitral proferida na “segunda arbitragem” acima mencionada. O Município de Lisboa, tendo consultado o processo no Tribunal da Relação, chegou à conclusão de que o árbitro Dr. M havia participado nessa arbitragem precedente.

De imediato, o Município de Lisboa pediu alguns esclarecimentos a este “terceiro” tribunal arbitral, nomeadamente, a razão pela qual o Dr. M

⁽¹⁹⁾ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de julho de 2017, acessível em <www.dgsi.pt>, acedido em 28 de Abril de 2017.

⁽²⁰⁾ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 3 de junho de 2014, acessível em <www.dgsi.pt>, acedido em 28 de Abril de 2017.

não tinha revelado que havia sido nomeado árbitro em outras arbitragens envolvendo as mesmas sociedades demandantes, saber se havia alguma relação desse árbitro com as empresas do Grupo da Sociedade B (e seus legais representantes ou acionistas) e se teve conhecimento prévio, em outra arbitragem, de factos relacionadas com a arbitragem então em curso.

Em resposta, o Dr. M limitou-se a afirmar que “não desempenhou nenhuma função para o Grupo da Sociedade B, ou para sócios ou associados seus, nem recebeu, dessas entidades, qualquer benefício patrimonial ou pessoal”.

O “terceiro” tribunal arbitral considerou assim “satisfeito” o requerimento do Município demandado.

Contudo, no âmbito dos esclarecimentos que foram prestados ao “terceiro” tribunal arbitral, o Município de Lisboa ficou a conhecer que o Dr. M havia sido nomeado como árbitro por empresas do Grupo da Sociedade B em pelo menos duas outras arbitragens (uma contra o Município de Tomar e outra contra o Município da Covilhã).

Em face destes elementos, o Município de Lisboa requereu a destituição do árbitro Dr. M.

O tribunal arbitral veio a indeferir tal pretensão sustentado, *inter alia*, não haver qualquer efeito de “contaminação” entre as arbitragens em causa na medida em que o árbitro em recusa não teria utilizado quaisquer conhecimentos obtidos fora do estrito âmbito do processo. Mais referiu o tribunal arbitral que o árbitro Dr. M tem “um perfil de árbitro sénior, muito solicitado, com provas dadas e reconhecidas pelo universo dos especialistas ligados à arbitragem”, pelo que “não põe esse capital em jogo com atuações parciais”.

Mais sustentou o tribunal arbitral que não existiu violação do dever de revelação porque “estamos em face de um árbitro com um círculo muito lato de nomeações, de excelente reputação nos meios municipais e da arbitragem e que foi objeto de duas nomeações, pelo próprio Município Demandado”.

Em face desta decisão do tribunal arbitral, o Município de Lisboa requereu ao Tribunal Central Administrativo Sul que decidisse o competente pedido de recusa de árbitro, tendo este Tribunal Administrativo negado provimento a tal pretensão.

20. Volta a referir-se aqui que o propósito deste texto não é discutir o “fundo da questão” relativa à existência ou não de conflitos de interesses, ou se existem ou não dúvidas sérias que coloquem em causa a inde-

pendência e imparcialidade do árbitro aqui referenciado. O propósito, como se disse, é analisar a forma como os tribunais Portugueses trataram os instrumentos de “soft law”, em concreto as “IBA Guidelines”.

Por isso e para os efeitos da discussão neste texto, não importa aqui desenvolver qualquer apreciação crítica quanto à existência ou não de conflitos de interesses e quanto à alegada violação do dever de revelação.

Em todo o caso, não pode deixar de se observar que todos aqueles que são considerados para nomeação como árbitro e todos os que são nomeados como tal têm a legítima pretensão de se considerarem acima de qualquer suspeita. E a grande esmagadora maioria deles são-no efectivamente, não se duvidando que o árbitro aqui em causa também o seja. No entanto, tal como o adágio diz, à “mulher de César não basta ser, há também que parecer ser séria” — ainda para mais quando estão em causa interesses ligados ao erário público. Por isso, o dever de revelação—cujo cumprimento incumbe ao próprio — tem de ser exercido com um padrão de elevadíssimo rigor e exigência: não basta o que o próprio árbitro julga que poderia colocar em causa a sua independência e imparcialidade, devendo haver um esforço de sobre-elevação até ao patamar daquilo que uma parte, colocada nas mesmas circunstâncias, poderia julgar se a situação lhe fosse colocada. Neste caso, não me parece que esteja em causa tanto o facto de terem existido nomeações anteriores — que seriam, aliás, contrabalançadas com as “contra-nomeações” pela parte recusante, *in casu* o Município de Lisboa que já havia nomeado o árbitro em recusa em outras arbitragens — mas antes a inobservância do dever de revelação da existência dessas anteriores nomeações. Tenho poucas ou nenhuma dúvida que qualquer pretensão de recusa do árbitro ali em discussão cairia por terra tão logo o mesmo revelasse que havia sido nomeado como árbitro em duas anteriores arbitragens pelas empresas demandantes e ... outras tantas pelo Município de Lisboa recusante. Mas o árbitro em causa optou por não revelar essa circunstância. E essa, como afirmou o Tribunal da Relação de Lisboa em 24 de março de 2015, terá sido “a sua falha”.

21. Seja como for, voltando ao tema que motiva este artigo, é importante olhar agora para o acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 16 de fevereiro de 2017. Depressa chegaremos à conclusão que as “IBA Guidelines” foram ela próprias “julgadas” no âmbito da apreciação do caso do árbitro recusado. Nesse desiderato, o Tribunal Administrativo teceu sérias críticas às “Guidelines”.

Seria, talvez, desnecessário ir a tal ponto até porque, lidas convenientemente as “Guidelines”, poder-se-á chegar ao mesmo resultado final uma

vez que, ao fim e ao cabo, esta “guias” não são mais que isso e não obrigam a qualquer solução matemática. Lidas convenientemente, também se poderia chegar à conclusão que elas não são um qualquer subproduto da “common law”, venha ela de Londres ou de Nova Iorque. Já lá irei.

Entretanto e como se disse, o Tribunal Administrativo negou provimento à pretensão do Município de Lisboa, cumulando também um ataque frontal às “IBA Guidelines”⁽³⁰⁾. Nessa decisão, o Tribunal Administrativo começou por notar que as normas da lei Portuguesa são diferentes do “quase-direito de instituições privadas internacionais de arbitragem”, pelo que será necessária cautela por forma a “evitarem injustificadas comparações e importações acríicas de teorias e usos privados estrangeiros, *maxime*, de economias de países com *common law*”.

Considerou depois que “como é sabido, as ordens jurídicas anglo-saxónica e internacional (muito influenciadas pelo direito da *common law* e por formas peculiares — ora pretorianas, ora privatísticas — de criação de normas jurídicas com projeção geral e abstrata) são bem distintas e regem-se por parâmetros e tradições muito diversas das da Europa continental (herdeiras do Direito Romano e da Pandectística alemã). Exemplo disso são as diretrizes eventualmente emitidas por associações internacionais de advogados, que, obviamente aliás, nunca vinculariam o Direito público nacional ou os árbitros não advogados”.

Sendo assim, notou o Tribunal Administrativo que “é, no mínimo, insensato importar para a arbitragem interna ou nacional os usos estrangeiros surgidos no âmbito restrito do comércio internacional ou da vida económica privada de Londres e Nova Iorque” e que o *quase-direito* ou *soft law* provindo da tradição anglo-saxónica (estranha ao direito europeu continental) é especialmente influenciado pela realidade londrina e norte-americana.

(21) Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de setembro de 2015, acessível em <www.dgsi.pt>, acedido em 28 de Abril de 2017.

(22) Cf. citado acórdão.

(23) Cf. n.º 5 do art.º e n.º 2 do art. 59.º da “LAV”.

O Tribunal Administrativo registou depois a “preocupação autorreguladora da entidade privada “I.B.A.” para a arbitragem internacional (...) acriticamente copiada ou importada por alguma doutrina e alguma jurisprudência da Europa continental para a arbitragem nacional”.

Passou depois a salientar que “tais diretrizes privadas da arbitragem internacional não se aplicam na arbitragem nacional” e “muito menos são fonte de direito português”.

“O Estado português e o Direito português da arbitragem nacional ou interna”, diz o Tribunal Administrativo, “não se regem por diretrizes e usos privados da arbitragem internacional ou de entidades, de sociedades, de mercados e de ordens jurídicas anglo-saxónicas e de *common law*”.

22. Analisando depois a situação concreta do árbitro em recusa, o Tribunal Administrativo sublinhou que “o facto de o Dr. M ter sido indicado pelo Grupo da Sociedade B como *seu* árbitro em outras 3 arbitragens só poderá ser sinal de dependência ou parcialidade se tal quantificação for entendida à moda americana ou transnacional privada, em que o objetivo da fixação de um limite numérico exato infundamentado terá necessariamente a ver com a autorregulação (privada) de um mercado concorrencial de arbitragem jurídica voluntária, de modo a que juristas e advogados que sejam “árbitros profissionais” possam viver da arbitragem jurídica”.

E acrescenta: “não vemos outra “racionalidade” no número limite de 2 ou de 3. Por que não 4 ou 5 arbitragens? Por que não em 4 ou 5 anos?”

Termina o Tribunal Administrativo por concluir que “não é possível afirmar, objetiva ou subjetivamente, que 3 ou 4 arbitragens com a mesma parte e o mesmo juiz-árbitro por ela designado, em 2 ou 3 ou anos seguidos, implica por si ou automaticamente um perigo sério de tal árbitro ser dependente e estar do lado da parte que o designou. Há sempre que exigir outras circunstâncias para se obter alguma substância e racionalidade no juízo leve de censura que conduz à recusa ou à destituição”.

O sentido e abrangência das “IBA Guidelines”

23. Esta última conclusão parece acertada (embora, como referi acima, possa estar contaminada pela desconsideração da falta de revelação prévia). O caminho percorrido e, sobretudo, as considerações que se teceram a propósito das “IBA Guidelines” é que estarão um pouco fora de tom.

Não será necessário grande esforço interpretativo e analítico para, lendo as “IBA Guidelines”, se chegar a algumas importantes conclusões.

Desde logo, a promulgação das “Guidelines” não decorre da pressão auto-reguladora de países de “common law”. Na verdade, a “IBA” (International Bar Association) é uma associação privada que conglomerava advogados de todo o mundo. Tem mais de 80.000 membros, representando mais de 190 ordens de advogados e cobrindo 160 países, regendo-se por princípios de participação e envolvimento de todos os seus membros. Em especial, se consultarmos as suas “Guidelines” para conflitos de interesses de árbitros, verificamos que o seu Comité de Redação foi composto por sete membros da “common law”, dez membros da “civil law” e dois de *sistemas híbridos* (por exemplo, o Canadá apresenta aspectos de common law em alguns estados e de civil law noutros). Do grupo alargado (subcomité de conflitos de interesses) constam nove membros da “common law”, sete de *sistemas híbridos* e quinze da “civil law”. Logo, a componente da “common law” não é preponderante. Além do mais, o produto final que as mesmas representam é o resultado da análise de normas e jurisprudência de diversos países, sendo também um reflexo da experiência de diversos especialistas em arbitragem internacional.

Acrescenta-se que o propósito das “IBA Guidelines” não é o de impor uma solução da “common law” mas antes o de potenciar um maior nível de consistência e coerência na apreciação das situações que dão lugar ao dever de revelação e/ou podem dar causa a pedido de recusa de árbitro.

Depois e como consequência, as “IBA Guidelines” contêm dois cenários fundamentais de situações que podem dar origem a “dúvidas sobre a imparcialidade e independência” dos árbitros: um cenário é o aplicável à “revelação” de situações; outro, é o aplicável aos fundamentos da recusa do árbitro. Como será facilmente apreensível, o último é bastante mais rigoroso que o primeiro e, por essa mesma razão, o dever de revelação deve ser mais extenso (deve abranger mais situações) que o âmbito da norma que prevê os factos que poderão dar causa à recusa do árbitro. A revelação, do mesmo passo, protege o árbitro contra futuros pedidos de recusa e diminui o risco de ações de anulação da decisão arbitral.

Finalmente, as “Guidelines” não são “lei”, nem têm pretensão de o ser, não substituindo as normas legais ou as disposições contratuais acordadas pelas partes. Não tendo essa valia e, do mesmo modo, não tendo também carácter exaustivo, não se pode pretender que as mesmas tenham a pretensão de serem aplicadas matematicamente.

Evidentemente que existem situações específicas e concretas que não permitem qualquer variação na apreciação, como parece ser evidente no caso acima indicado em que os árbitros eram o advogado e o representante da parte na fiscalização da obra. Situações existem, em qualquer parte do mundo, em que não se pode pretender que o tribunal é composto por árbitros imparciais e independentes. Nesse sentido, será quase matemática a aplicação da respectiva “guideline”.

Isso, contudo, é algo diferente de se pretender que as “Guidelines” são mais que isso mesmo: guias ou orientações.

Considerações finais

24. Um dos propósitos da decisão do Tribunal Central Administrativo Sul parece ter sido a condenação das “IBA Guidelines” ou, no mínimo, a censura da sua aplicação em Portugal. As considerações atrás tecidas parecem demonstrar que o Tribunal Administrativo não terá ponderado as “guias” em toda a sua real dimensão e não terá também ponderado o efeito da falta de revelação de circunstâncias que, ao olhos das partes, poderiam colocar dúvidas sobre a imparcialidade e independência do árbitro em causa.

25. Seja como for, esta decisão parece também confirmar os receios que manifestei quando questionei a “incorporação” das “IBA Guidelines” nos “Code of Ethics”, em especial no Código Deontológico do Árbitro das arbitragens submetidas ao Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa⁽³¹⁾. A leitura imediata que se faz — que o Tribunal Administrativo parece ter feito — é que a simples referência às Guidelines tem a pretensão de constituir uma verdadeira “importação” e “incorporação”, que parece torná-las imperativas e de aplicação matemática.

Na verdade, o primeiro impulso seria justamente o de considerar que regulações como as “IBA Guidelines” são um instrumento de aplicação objectiva e automática, de carácter cogente e acrítico em relação às particularidades de cada sistema jurídico nacional e que são um produto das

⁽²⁴⁾ O caso tem particularidades que, embora numa versão mais “suave”, trazem à memória o famoso “challenge” apresentado pela República da Argentina contra a Professora Gabrielle Kaufmann-

nações Inglesa e Norte-Americana que pretendem estender o seu poder às restantes nações.

26. Ora, esta decisão revela que a (pelo menos uma parte da) comunidade arbitral Portuguesa, por paroquial ou “acolhedora” que seja, parece que não está ainda totalmente preparada para receber instrumentos de regulamentação que têm em vista o estabelecimento de critérios que são aceitáveis e aceites em múltiplas outras jurisdições. Todos e cada um se considera acima de qualquer suspeita, sem no entanto considerar que os olhos de terceiras pessoas podem captar outras cores. A reacção naturalmente compreensível é a de rejeição.

27. As “Guidelines”, com todo o seu mérito — reforço aqui a minha convicção de que são um instrumento fundamental para o progresso de um país no quadro de uma arbitragem que se pretende internacional — saem assim maltratadas.

O argumento de que tais instrumentos se aplicam apenas a “arbitragens internacionais” não deve merecer acolhimento. Um conflito de interesses como aquele que foi objecto da decisão do Tribunal Administrativo e a falta de cumprimento do dever de revelação que lhe está subjacente, independe da localização geográfica onde o mesmo ocorre e do carácter nacional ou transnacional do litígio onde ocorre.

A opção tomada — “incorporar” as Guidelines no “Code of Ethics” — foi, quanto a mim, questionável.

Mas a existência e utilidade das “Guidelines” não é nem pode ser colocada em cheque, se é que Portugal pretende acompanhar o passo da evolução do cenário arbitral internacional e tornar-se um “hub” de referência internacional.

Espera-se, no entanto, que a jurisprudência do Tribunal Administrativo não se espalhe e que estes casos não signifiquem um “desinvestimento na virtude”.

Nota de actualização

Entretanto, o Decreto Lei n.º 110/2018, de 10 de Dezembro, aprovou o novo Código da Propriedade Industrial e, com ele, eliminou o sistema de arbitragem necessária que antes vigorava para “litígios emergentes de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos

de referência e medicamentos genéricos”, tal como havia sido aprovado pela Lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro. Espera-se que, agora, o caudal de casos ligados aos conflitos de interesses de árbitros venha a diminuir consideravelmente.

Entretanto, também, o pendor crítico em relação às “IBA Guidelines” veio a estender-se ao Tribunal da Relação de Lisboa que, em acórdão datado de 22 de Janeiro de 2019, veio a decidir que as Guidelines da IBA “são regras norte-americanas, mal adaptadas às regras europeias, sendo úteis como qualquer documento deontológico, não vinculando, no entanto, as partes, a observá-las, e muito menos os árbitros”⁽³²⁾.

É caso para questionar se, na verdade, não estaremos a desinvestir na virtude...

Kohler (ICSID Case No. ARB/03/23, com decisão do tribunal arbitral de 25 de junho de 2008, acessível em <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0262.pdf>>, acedido em 28 de abril de 2017.

⁽²⁵⁾ Cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 30 de agosto de 2016, acessível em <www.dgsi.pt>, acedido em 28 de Abril de 2017.