



DESPACHO

Processo n.º 24/2019/INS/AP

Demandantes:

[REDACTED]

Demandada:

[REDACTED]

1. No âmbito do presente processo, as Demandantes nomearam como árbitro o Senhor [REDACTED], tendo este aceitado o encargo para que foi designado, subscrevendo a declaração de aceitação, independência, imparcialidade e disponibilidade, em 17 de novembro de 2020. Na sua declaração o Senhor [REDACTED] não fez qualquer revelação.

2. Notificada da declaração de aceitação do Senhor [REDACTED], a Demandada, por a mesma não vir acompanhada de elementos curriculares que lhe permitissem aferir das qualificações académicas e profissionais e a experiência do árbitro nomeado pelas Demandantes, requereu, em 18 de novembro de 2020, ao Centro de Arbitragem a solicitação dos sobreditos elementos ao Senhor [REDACTED].

3. Após notificação, em 24 de novembro de 2020, do “currículo profissional simplificado”, voluntariamente disponibilizado pelo Senhor [REDACTED], a Demandada deduziu incidente de recusa de árbitro, através de requerimento apresentado em 26 de novembro de 2020.

3.1. No seu requerimento, afirma a Parte que, não estando em discussão “qualquer juízo de mérito ou de competência profissional e, muito menos, ético ou de honorabilidade profissional acerca do perfil do Árbitro recusando”, “em face dos concretos factos revelados acerca do Árbitro designado pelos DEMANDANTES, entende [...] existirem elementos suficientes para o considerar numa situação violadora dos deveres legais de independência e imparcialidade.”

3.2. A Demandada fundamenta o seu pedido de recusa por *violação do dever de independência* nos seguintes factos:

(i) O árbitro indicado pelos Demandantes teve com uma das partes (e, muito concretamente, com o [REDACTED], no qual se integra a DEMANDANTE [REDACTED])



ligações de natureza objetiva, suscetíveis de colocar em causa a sua independência;

(ii) O árbitro indicado pelas Demandantes exerceu, no passado, cargos relevantes em sociedades do [REDACTED];

(iii) O árbitro indicado pelas Demandantes exerceu, no passado, cargos relevantes em sociedades do [REDACTED], que integra sociedades que, no passado, se agruparam com as do [REDACTED] para o desenvolvimento de projetos concretos;

Partindo destes factos, argumenta a Demandada que:

- I. O facto de as circunstâncias acima referidas distarem já um considerável período de tempo daquela que será a data da constituição do tribunal arbitral, não prejudica que as mesmas origemem constrangimentos ainda verificáveis no presente para a atuação do árbitro designado;
- II. A noção ampla de independência apontada, de modo claro, pela Doutrina, que tende a abranger “a não existência de relações, passadas ou actuais, entre o árbitro e uma das partes, ou pessoas ou entidades em relação com esta, [...] que possam constituir o árbitro numa limitação (bias) com foreseeable impact em uma decisão objectiva e de plena juridicidade, seja por poder tornar o árbitro susceptível a ordens ou pressões, seja por poder estabelecer uma qualquer relação de constrangimento, interesse ou motivação do árbitro com o destino da causa”.
- III. Não se pode, ainda, ignorar que o exercício do cargo de administrador ou de membro de órgãos sociais de uma sociedade acarreta especiais deveres para o titular dessa posição, não só presentes – no momento do seu exercício –, como futuros, potencialmente inibidores do descondicionamento necessário ao exercício pleno da função de árbitro.

3.3. Em segundo lugar, requer a Demandada que o árbitro designado pelas Demandantes seja recusado com fundamento em *violação do dever de imparcialidade*.

A Demandada fundamenta este pedido nos seguintes factos:

(iv) As circunstâncias evidenciadas no currículo disponibilizado pelo árbitro designado pelas Demandantes “indicam que a imparcialidade do Árbitro designado se pode encontrar afetada – aferida esta afetação em termos subjetivos – por “constrangimentos de ordem moral ou intelectual”;



(v) O Árbitro designado pelas Demandantes exerceu a sua atividade profissional como advogado (advogado estagiário, advogado e diretor de serviços jurídicos) na empresa [REDACTED], durante quase 40 anos (desde 1981).

Com fundamento neste facto, argumenta a Demandada que:

- IV. O exercício da atividade profissional de advogado pelo árbitro designado no âmbito de um Grupo de empresas do setor da construção e obras públicas, durante um tão longo período de tempo, privilegiando, por dever de ofício, a defesa intransigente dos interesses do empreiteiro, põe evidentemente em crise o distanciamento necessário ao objeto do litígio numa perspetiva equidistante em face de ambas as partes de um contrato de empreitada – empreiteiro e dono da obra –, conduzindo, desse modo, mesmo se impercetivelmente, à criação de pré-compreensões sobre as matérias em litígio inevitavelmente reveladoras de uma maior proximidade de princípio com a posição do empreiteiro;
- V. Tais circunstâncias subsumem-se “impressivamente [...] à categoria das “experiências de vida anteriores que provo[cam] simpatia por uma das partes ou por uma das perspetivas da causa, pré-juízo sobre as questões do litígio”, entre outras.

3.4. Quanto à concretização do critério último para aferir a falta de independência e de imparcialidade de um árbitros, alega a Demandada que “será sempre, recorda-se, a perspetiva de um observador exterior e imparcial, agindo com razoabilidade e objetividade, baseado nas regras da experiência aplicáveis ao caso concreto; está em causa saber, dito de outro modo, se as circunstâncias reveladas ou conhecidas são, globalmente ponderadas, no juízo desse terceiro, suscetíveis de causar fundadas dúvidas quanto à independência e imparcialidade do Árbitro designado pelas Demandantes.”

Diz, ainda, que “não poderá deixar de ser ponderado, na avaliação da independência e imparcialidade do Árbitro designado pelo Demandado, que este na declaração de aceitação, disponibilidade, independência e imparcialidade não revelou espontaneamente circunstâncias suscetíveis de originar dúvidas fundadas quanto à sua imparcialidade e independência,” sendo que o “dever de revelação visa, primeiro, a efetivação (através do controlo) dos princípios da imparcialidade e da independência dos árbitros” e, em segundo lugar, a “estabilidade processual: não tendo sido suscitado o incidente de recusa de árbitro, presume-se que as partes, informadas, se conformaram com as circunstâncias reveladas, precludindo o direito de, com esse fundamento, suscitarem o incidente.”



3.5. Conclui a Demandada que “em face das circunstâncias conhecidas e acima indicadas – repete-se: (i) os cargos exercidos em sociedades que integraram subholdings do [REDACTED], que abrange também uma das partes no presente litígio, a [REDACTED]; (ii) a ligação ao [REDACTED], que integra uma sociedade que manteve e mantém relações de parceria com uma das partes em litígio, a [REDACTED]; e (iii) o exercício ininterrupto, durante várias décadas, de funções de *in-house lawyer* de uma relevante empresa de construção e obras públicas – o Árbitro designado pelas DEMANDANTES não revela ou demonstra o indispensável perfil de jurista “externo” imparcial e independente perante ambas as Partes no litígio.

4. Feitas as notificações previstas no artigo 12.º, n.º 3, do Regulamento de Arbitragem, pronunciaram-se sobre o pedido de recusa o Árbitro recusando e as Demandantes. O Árbitro nomeado pela Demandada não se pronunciou.

5. O Árbitro recusando veio, em 2 de dezembro de 2020, transmitir que «no presente caso, como nos demais em que *≠*aceitou] encargo similar, nenhuma dúvida [teve] de que reunia as necessárias condições de independência e imparcialidade, além de ter a disponibilidade requerida.» Veio, também, prestar esclarecimentos sobre diversos factos relacionados com o presente incidente, nomeadamente os relativos a eventuais ligações a uma das Partes, tendo, em síntese, alegado que:

- a) Não tem nenhum interesse, monetário ou de qualquer outra ordem, no desfecho do processo;
- b) Não interveio, em nenhum momento, em alguma situação relacionada com o presente litígio;
- c) Não é nem foi mandatário ou representante de sociedades do [REDACTED];
- d) Não está nem foi nomeado para qualquer cargo em órgão social por indigitação ou em representação de sociedades do [REDACTED];
- e) Nunca auferiu qualquer remuneração, directa ou indirectamente, de sociedades do [REDACTED];
- f) A [REDACTED] e a [REDACTED] eram, pelo menos enquanto teve ligações com aquela, sociedades concorrentes, num ramo de actividade altamente competitivo e concorrencial, como é do conhecimento público, o mesmo se verificando relativamente a qualquer outra sociedade que é Parte neste litígio
- g) Deixou de exercer qualquer cargo na [REDACTED] em 11 de Abril de 2016;
- h) Deixou de exercer qualquer cargo no grupo [REDACTED] em 16 de Abril de 2015;



- i) Deixou de ter qualquer ligação com a [REDACTED] em final de Agosto de 2015;
- j) Na sua actividade profissional enquanto advogado, prestou serviços de advocacia a empreiteiros, donos de obra, empresas de fiscalização, projectistas, fornecedores, fabricantes de materiais de construção e de equipamento;
- k) Na sua actividade profissional enquanto advogado, prestou serviços de advocacia a sociedades do [REDACTED] que actuavam como dono da obra e não como empreiteiro, como ocorreu com sociedades de promoção imobiliária e de concessão de obras e serviços públicos.

Conclui o Árbitro recusando que, sem ter de apelar ao decurso temporal de três anos que se baliza nas Directrizes da IBA “para situações que no passado pudessem conflitar com as requeridas independência e imparcialidade”, “reanalizando toda a situação, [mantém] integralmente o [seu] juízo inicial, convicto, de que [reúne] todas as condições, acima de qualquer dúvida, para servir como árbitro no presente litígio, não se verificando nenhuma das situações que possa questionar a [sua] independência e imparcialidade.”

6. As Demandantes, por requerimento apresentado em 7 de dezembro de 2020, entendem não existir qualquer fundamento para a recusa de árbitro e que, quaisquer dúvidas quanto à falta de independência e imparcialidade do árbitro por si indicado, teriam sido definitivamente dissipadas pelos esclarecimentos prestados pelo Árbitro recusando. Tendo presente a factualidade apresentada, afirmam as Demandantes não alcançar «*em que medida o facto de o Exmo. Senhor [REDACTED] ter, num passado já distante, prestado serviços a sociedades que se integravam no [REDACTED], que não são parte na presente acção arbitral, pode suscitar dúvidas, muito menos fundadas, quanto à sua independência e imparcialidade no presente processo arbitral.*»

Mais afirmam as Demandantes, que “[c]omo resulta do artigo 1.º, n.º 3, do Código Deontológico do Árbitro do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, (...) não era exigível ao Exmo. Senhor [REDACTED] que revelasse aquilo que não existe, ou seja, circunstâncias susceptíveis de originar fundadas dúvidas quanto à sua imparcialidade e independência, que apenas existem na mente muito imaginativa da Demandada.

Alegam, ainda, que, se de acordo com a Demandada, o Senhor [REDACTED], que nunca teve relação profissional com qualquer uma das partes ou intervenção no âmbito das matérias em litígio, já terá criado “pré-compreensões” sobre estas, pelo simples facto de ter desempenhado a função de advogado na [REDACTED], apesar de desconhcerem os litígios em que o Exmo. Senhor [REDACTED] esteve envolvido como advogado, “arriscam afirmar que, decerto, nunca se terá



deparado com situações como aquelas que se vão discutir na presente arbitragem, tal a originalidade das mesmas.”

7. Em face dos factos alegados pela Requerente e da Resposta do Árbitro recusando e da Contraparte, cumpre decidir.

7.1. Depois de o artigo 9º, n.º 3 da Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro, determinar que os árbitros devem ser independentes e imparciais, a mesma lei dispõe, no artigo 13º, n.º 3, que um árbitro “só pode ser recusado se existirem circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade ou independência.”

Uma vez que a arbitragem em que é suscitado o incidente de recusa de árbitro corre sob a égide do Centro de Arbitragem Comercial, os deveres de independência e imparcialidade são, ainda, parametrizados no caso concreto pelo Código Deontológico do Centro de Arbitragem Comercial, cujas regras deverão ser interpretadas, nos termos do seu artigo 1º, n.º 3, de acordo com as Directizes da *International Bar Association* relativas a Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional.

7.2. O artigo 1º, n.º 2 do sobredito Código Deontológico do Centro de Arbitragem Comercial dispõe que os árbitros devem ser e permanecer independentes e imparciais. De acordo com o seu artigo 4º, n.º 1, relativo ao dever de revelação, o árbitro tem o dever de revelar todos os factos e circunstâncias que possam originar, na perspectiva das partes, dúvidas fundadas quanto à sua imparcialidade e independência.

Se estes são os parâmetros que, no Caso concreto, informam os deveres de independência e de imparcialidade, fica por saber como se concretizam os conceitos indeterminados de independência e imparcialidade. Esta concretização é crucial uma vez que dela depende, por um lado, a identificação dos factos que devem ser revelados pelo árbitro - o dever de relevação só pode aferir-se por relação com os conceitos de independência e imparcialidade uma vez que o árbitro há-de revelar os factos e as circunstâncias que, na perspectiva das partes, possam originar dúvidas fundadas acerca da sua imparcialidade e independência -, e, por outro, a decisão de eventual incidente de recusa que seja suscitado. As fundadas dúvidas não são um conceito autónomo; são referentes a outros conceitos, os de independência e de imparcialidade. Porém, e numa opção compreensível, nenhum deles encontra no Código Deontológico do Centro de Arbitragem Comercial especificação: afirma-se que o árbitro deve ser e permanecer independente e imparcial, mas nada se diz quanto ao conteúdo destas qualidades. O artigo 3º, n.º 3 traz-nos, porém, uma espécie de síntese das qualidades do árbitro independente e imparcial: será independente e imparcial o



árbitro que não permitir que qualquer tipo de preconceito, interesse pessoal, pressão externa ou receio de crítica afecte o sentido da sua decisão. Esta síntese aponta para indicadores internos: o árbitro deverá controlar-se a si mesmo, e sendo e mantendo-se livre.

7.3. Em que pode traduzir-se esta síntese, tomando, agora, por referentes os conceitos de independência e imparcialidade?

Tentando uma aproximação ao núcleo destes conceitos, que encerram as garantias fundamentais do decisor num Estado de Direito, dir-se-á que o árbitro – como qualquer decisor – será independente se estiver livre de uma qualquer relação com as partes que possa comprimir a sua liberdade decisória. Será imparcial se decidir o caso – ou concorrer para a sua decisão – de acordo com os critérios que o concreto sistema que aplica determinar. Porém, e porque a imparcialidade há-de estar assegurada antes de o decisor exercer a sua função, a verificação desta qualidade fundar-se-á num juízo de prognose. O que se perguntará é se, em concreto e em face de indicadores externos, o concreto árbitro revela estar em condições de se motivar, nas suas decisões, pelos parâmetros que o Direito impõe para uma solução do caso metodologicamente correcta. Se pode ser independente e imparcial o árbitro que se sentir internamente livre de quaisquer constrangimentos exógenos ao processo, para efeitos de aplicação dos regimes relativos à independência e imparcialidade esta capacidade há-se ser revelada por indicadores externos. Esta antinomia entre liberdade interna e aparência de liberdade pode não gerar conflito sempre que as partes, a quem o árbitro revela razões que, de um ponto de vista do observado externo, poderiam contaminar a sua liberdade interna, mas às quais declara sentir-se livre para decidir, renunciarem ao exercício da faculdade de recusa.

7.4. Apesar da fixação do núcleo duro dos conceitos de independência e imparcialidade, a dificuldade na solução dos casos reside na sua concretização. A questão crucial está na detecção de razões que, de um ponto de vista do observado externo, possam considerar-se relevantes para se afirmar que um concreto árbitro não está em circunstância que lhe permita decidir de modo imparcial. É neste enorme esforço de captação das razões que permitem suscitar a ausência de independência ou de imparcialidade de um árbitro que a jurisprudência e os índices das Directrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses, à luz das quais deverá ser interpretado o Código Deontológico que informa os deveres do Árbitro recusando, são auxiliares cruciais na decisão do incidente de recusa suscitado no processo pendente no Centro de Arbitragem Comercial.

7.5. Recordemos os fundamentos do pedido de recusa e os factos que o substanciam. No Caso, a recusa de árbitro, por violação dos deveres de independência e imparcialidade, encontra-se fundamentada pela Requerente



numa tripla circunstância: (i) ter o Árbitro recusando exercido relevantes cargos em órgãos de sociedades que integraram *subholdings* de um Grupo, que abrange também uma das Partes no presente litígio; (ii) ter mantido o Árbitro recusando ligação a Grupo que integra uma sociedade que manteve e mantém relações de parceria com uma das Partes em litígio; (iii) ter o Árbitro recusando exercido ininterrupto, durante várias décadas, as funções de *in-house lawyer* de uma relevante empresa de construção e obras públicas, do que resulta não revelar ou demonstrar o Árbitro recusando o indispensável perfil de jurista “externo” imparcial e independente perante ambas as Partes no litígio.

Na sua resposta, e depois de declarar que se sente interiormente livre de constrangimentos para decidir, o Árbitro recusando afirmou, quanto aos factos substanciadores, que nunca teve qualquer relação com as Partes da causa – e a prova feita pela Requerente não permite conclusão contrária – e que aquelas que teve com terceiros, ainda que estes pudessem ser considerados como partes relacionadas com alguma das Partes na causa, cessaram há mais de três anos contados sobre a sua aceitação. Dos documentos juntos, estas afirmações resultam provadas.

Já quanto à sua falta de imparcialidade, ancorada na anterior experiência na prestação de serviços jurídicos – desta poderia decorrer, na leitura da Requerente, uma espécie de pré-compreensão na decisão da concreta causa –, afirmou o Árbitro recusando ter prestado serviços jurídicos muito diversificados e não apenas alinhados com uma certa posição jurídica. Sublinha, ainda, o Árbitro recusando que a singularidade do conflito sob decisão – facto que o aqui decisor não pode controlar, podendo, apenas, dar como boas as afirmações da Requerente e do Árbitro recusando – impediria a contaminação da sua liberdade de decisão por qualquer experiência prévia.

7.6. Em face dos factos que substanciam o pedido de recusa, da resposta do Árbitro recusando sobre esses mesmos factos e das regras aplicáveis à decisão do presente incidente, deve considerar-se que o Árbitro recusando revela não estar em circunstâncias que obedeçam às garantias de independência e imparcialidade?

A resposta a esta interrogação é negativa, razão pela qual se julga improcedente o pedido de recusa.

7.7. Os factos que substanciam o pedido de recusa por violação do dever de independência ocorreram fora do período que se considera relevante para que deles possa inferir-se uma falta de independência de um decisor. As razões invocadas pela Requerente e que poderiam contaminar a independência de um árbitro – e não *deveriam* uma vez que não determinam a recusa fatal do árbitro –



respeitam a factos que distam aproximadamente entre quatro e cinco anos da data em que o Árbitro recusando aceitou exercer funções no presente processo. Ficou, igualmente, adquirido não se verificarem nem no presente, nem num passado próximo, factos que liguem o Árbitro recusando quer a qualquer uma das Partes, quer a qualquer terceiro que possa considerar-se parte relacionada com as Partes. Tomando-se como critério orientador da decisão relativa à relevância de factos que podem implicar um juízo externo de falta de independência do árbitro as Directrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses, à luz das quais deverá ser interpretado o Código Deontológico, verifica-se que estas estabelecem como lapso temporal indiciador de potencial falta de independência o período de três anos. No caso do Árbitro recusando, este está superado. A necessidade de os factos dos quais podem resultar dúvidas quanto à independência se terem verificado num certo lapso temporal, não é algo de arbitrário. Não pode esquecer-se que se aqui se jogam as garantias processuais das partes, também aqui estão em jogo direitos fundamentais do árbitro; qualquer restrição à sua liberdade há-de ser proporcional aos valores que, por tal restrição, são servidos.

Quanto à falta de imparcialidade e ao eventual viés na análise e decisão da causa, decorrente da natureza dos serviços prestados pelo Árbitro recusando junto de empresa que desenvolve actividade similar àquela que é discutida no presente processo. O Árbitro recusando, para além de sublinhar o que a Requerente afirma quanto à singularidade das pretensões que foram processualizadas, declarou ter uma experiência profissional que não permite conotá-lo com unilateralidade nas questões que, enquanto advogado, tem enfrentado. A presente decisão não pode fundar-se em prova directa destes factos; como afirma o próprio Árbitro recusando, está sujeito, na sua actividade profissional enquanto advogado, a segredo. Porém, não há nenhuma razão que permita, em face dos indícios disponíveis, considerar inexacta a informação por ele prestada. O Árbitro recusando não apenas afirma sentir-se livre para decidir o caso, como contrapõe factos de verificação plausível e dos quais resulta não ser necessária a existência de um viés cognitivo ou pré-compreensão na decisão da causa.

7.8. Resta saber se, não obstante nenhum dos factos, isoladamente considerado, preencher qualquer um dos índices enunciados nas IBA Guidelines, os diversos factos conjugados entre si concorrem para juízo diferente quanto à independência ou imparcialidade do árbitro. E, neste contexto, haverá, ainda, de ponderar-se se o Árbitro recusando tinha o dever de revelar os factos que fundaram o pedido de recusa. Nesta análise, os diversos indícios, não sendo factos substanciadores autónomos de violação dos deveres de independência e



imparcialidade, poderão, se conjugados, determinar juízo de desvalor quanto à conduta do árbitro, conducentes à sua recusa.

A resposta a esta interrogação, dada da perspectiva do terceiro neutro, é, também, negativa. Em rigor, a falha que pode ser apontada ao Árbitro recusando foi a de não ter feito acompanhar a sua declaração de aceitação, independência e imparcialidade da junção de um *curriculum vitae*, relevante no caso uma vez que, não constando o seu nome da lista de árbitros da Instituição sob cuja égide decorre o processo, ali não estão acessíveis ao público os seus dados curriculares. Ora, ainda que os factos que vieram a ser revelados através de tal *curriculum* não sejam aptos a contaminar a independência e a imparcialidade do árbitro, não sendo, por esta via, violado o dever de revelação, a disponibilização de dados curriculares às Partes é uma boa prática na arbitragem. Ocorre que, no caso concreto, o Árbitro recusando, tomando conhecimento do pedido de dados curriculares que foi endereçado ao Presidente do Centro pela Requerente, voluntária e imediatamente os submeteu. Mais: o Árbitro recusando juntou um *curriculum vitae* que é publicamente acessível. Ponderando a sua conduta, não se pode surpreender no modo do Árbitro recusando uma tentativa de ocultação de factos relevantes.

7.9. Em face de quanto antecede, julga-se improcedente o pedido de recusa do Árbitro, Senhor [REDACTED].

Lisboa, 18 de dezembro de 2020

Paula Costa e Silva

Vice-Presidente do Centro de Arbitragem Comercial

(por impedimento do Presidente)