

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul

Acórdãos TCAS

Processo:	13580/16
Secção:	CA
Data do Acórdão:	08/30/2016
Relator:	CRISTINA DOS SANTOS
Descritores:	DESTITUIÇÃO DE ÁRBITRO POR TRIBUNAL ESTADUAL – ARTº S 13º N.ºS. 1 E 3 E 14º N.º 3 LAV
Sumário:	<p>1. No domínio da Lei 31/86, 29.08 dispunha o artº 10º nº 1 que “Aos árbitros não nomeados por acordo das partes é aplicável o regime dos impedimentos e escusas estabelecido na lei de processo civil para os juízes”.</p> <p>2. No regime introduzido pela Lei 63/2011, 14.12, o direito potestativo de recusa de árbitro assenta na verificação de circunstâncias “que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a imparcialidade ou independência” ou na falta de qualificações convencionadas pelas partes – cfr. artº 13º n.ºs. 1 e 3 LAV.</p> <p>3. O conteúdo competencial normativamente fixado para a mesa da assembleia-geral e conselho de administração das sociedades anónimas (artº 14º nº 1 a) RGICSF) é organizado de modo a que não haja sobreposição de poderes.</p> <p>4. 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), impeditivas de participação colegial no juízo de análise e decisão sobre os factos da causa julgados provados e respectiva subsunção no bloco normativo aplicável ao caso concreto sob arbitragem.</p>
Votação:	UNANIMIDADE
Aditamento:	

Decisão Texto Integral:	<p>O Estado Português, ao abrigo do regime do artº 14º nº 3 da Lei 63/2011 de 14.12 (LAV), vem requerer junto dos Tribunais do Estado a destituição do árbitro designado pela parte contrária, rejeitada que foi em acórdão incidental do Tribunal Arbitral de 01.07.2016, junto a fls. 723/742 do Procº arbitral nº ... em que são Demandante a sociedade E..., SA e Demandado o Estado Português, mostrando-se o acórdão arbitral de 05.07.2016, junto a fls. 746/1025, pendente de recurso de constitucionalidade interposto pelo ora Requerente.</p> <p>Para tanto, alega, em síntese, o seguinte:</p> <ol style="list-style-type: none">1. a declaração de aceitação apresentada pelo árbitro-de-parte da Demandante “não contempla nenhuma revelação ... para que as partes pudessem analisar situações que a seus olhos fossem, pelo menos, capazes de suscitar dúvidas sobre a independência do nomeado”;2. no dia 02.06.2016 o Estado tomou conhecimento através do adjunto do Secretário de Estado das Infraestruturas que o árbitro-de-parte da Demandante “é membro dos órgãos sociais do B... desde há vários anos a este parte”;3. na qualidade de “há três mandatos consecutivos, ... Vice-Presidente da Mesa da Assembleia Geral do ..., situação que se mantém inalterada à data de hoje”;4. o B... “é accionista da Demandante ... desde a sua constituição (2009), detendo uma participação de 5,4% no seu capital social”;5. o B... é também “accionista, ... detém 5,4% da sociedade constituída para operar e manter a concessão, denominada E...,SA”;
-------------------------	---

6. o B... “integra o sindicato bancário que financiou a E..., com uma participação .. de 33,33%”;

Conclui peticionando a destituição do Árbitro-de-parte da sociedade Demandante ora Requerida, com fundamento em que “não goza do indispensável requisito da independência para o exercício das funções de árbitro” à luz do disposto nos artºs. 9º nº 3 da LAV e 20, e 203º da CRP.

*

Notificada nos termos e para os efeitos do artº 60º nº 2 LAV, a sociedade Demandante ora Requerida E..., SA pronunciou-se, concluindo pelo “indeferimento do pedido de destituição do Senhor ..., por intempestividade e absoluta falta de fundamento”.

*

Notificado nos termos e para os efeitos do artº 60º nº 2 LAV, o Tribunal Arbitral emitiu pronúncia pugnando pela manutenção do decidido, fls.1103/1108, sendo junta aos autos a resposta dos Árbitros, fls.1087/1101/A e fls. 1102.

*

Ao abrigo do artº 60º nº 3 LAV por despacho de 10.08.2016, notificado às partes (fls. 1079), foram pedidas informações complementares, constantes da documentação certificada em *dossier* junto por apenso e na certidão de fls. 1111/1121 dos autos.

*

Colhidos os vistos legais e entregues as competentes cópias aos Exmos. Juízes Desembargadores Adjuntos, vem para decisão em conferência.

*

Com interesse para a decisão julga-se provada a seguinte matéria de facto:

A Em Junho de 2008, o Governo português resolveu iniciar a efectiva implementação do projecto de alta velocidade ferroviária, no que se refere à linha Lisboa-Madrid, até porque a tal se tinha internacionalmente vinculado (DL 85/2008, de 27 de Maio) – Procº arbitral nº ..., acórdão de 05.07.2016, **alínea I** do probatório, fls. 776 dos presentes autos.

B Em 14 de Abril de 2010 foi publicado o **DL 33-A/2010, de 14 de Abril**, em anexo ao qual foram publicadas as **Bases da Concessão** - Procº arbitral nº ..., acórdão de 05.07.2016, **alínea II** do probatório, doc. fls. 777 dos presentes autos.

C Na sequência de concurso público, em **8 de Maio de 2010** foi celebrado

o Contrato de Concessão entre o Estado Português e a sociedade E..., respeitante à concessão do projecto de alta velocidade (TGV – Troço Poceirão-Caia) - Procº arbitral nº ..., acórdão de 05.07.2016, **alínea III** do probatório, doc fls. 777 dos presentes autos.

D Por acórdão de 21 de Março de 2012 (acórdão nº 9/12, 21-MAR-1ª C./SS, relatado pela Conselheira Helena Abreu Lopes), o Tribunal de Contas recusou o visto ao Contrato de Concessão com fundamento em falta de informação sobre cabimentação orçamental do contrato (violação dos artºs, 2º, 42º nº 6, 45º nº 1 da Lei de Enquadramento Orçamental, na versão vigente à data da prolação do Acórdão, e decorrente da entrada em vigor da lei nº 52/2011 de 13 de Outubro, todos eles relacionados com a cabimentação da despesa plurianual e das Instruções sobre organização dos processos de fiscalização prévia a remeter ao Tribunal de Contas, aprovadas em 11 de Julho de 2011 e publicadas em 16 de Agosto de 2011, com entrada em vigor fixada no 15º dia após esta publicação), em ilegalidades do procedimento de escolha da proposta adjudicatária (violação dos princípios da concorrência e da igualdade constantes do artº 1º nº 4 do CCP, violação dos artºs. 3º e 4º do Caderno de Encargos e violação dos artºs. 121º nº 1 e 152º nº 2 do CCP) e violação do artº 45º da LOPTC (por ilegalidade da cláusula 102.3 do Caderno de Encargos) - Procº arbitral nº ..., acórdão de 05.07.2016, **alínea XXIX** do probatório, doc. fls. 781 dos presentes autos. E O acórdão do Tribunal de Contas de 21.03.2012, mencionado supra em **D** transitou em julgado.

F Em 21 de Junho de 2011 toma posse o XIX Governo Constitucional que, no programa do governo, apresentado à Assembleia da República em 28 de Junho de 2011, sob o primeiro ponto do capítulo de transportes, declarava: *“Suspende o projecto de “Alta Velocidade Lisboa-Madrid. Poderá sujeitar-se o projecto a uma reavaliação, incluindo o seu conteúdo e calendário, numa óptica de optimização de custos, à luz dos novos condicionalismos, e que deverá ter em conta o estatuto jurídico dos contratos já firmados. Uma eventual renegociação só poderá proceder de uma avaliação deste tipo”* - Procº arbitral nº ..., acórdão de 05.07.2016, **alínea XX** do probatório, doc. fls. 779 dos presentes autos.

G Em **24 de Abril de 2013** a sociedade E... submeteu ao Estado Português o **pedido de submissão do litígio a arbitragem**, designando como Árbitro o ... e requereu a constituição do Tribunal Arbitral, com submissão da respectiva petição inicial – doc. fls. 33 a 504 dos presentes autos e certidão H A sociedade E... nomeou como Árbitro o ..., cuja declaração de aceitação de **25.Março.2013** tem o conteúdo que se transcreve:

“DECLARAÇÃO DE ACEITAÇÃO

M..., Professor da Faculdade ..., com domicílio escolhido para este efeito no ..., declara que aceita intervir como árbitro, por nomeação da E..., S.A. (doravante "E..."), no litígio arbitral entre a E... e o Estado Português sobre a compensação da E... por força da recusa do visto do Tribunal de Contas e do cancelamento do projeto relativo à concessão do projeto, construção, financiamento, manutenção e disponibilização, por um período de 40 anos, das infraestruturas ferroviárias do troço Poceirão-Caia, integrantes da ligação de alta velocidade entre Lisboa e Madrid e das infraestruturas

ferroviárias do troço Évora-Caia.

Mais declara que, enquanto árbitro nomeado pela E... e nos termos e para os efeitos do disposto no número 5 da Cláusula Primeira do compromisso arbitral, celebrado a 22 de janeiro de 2013, entre aquela entidade e o Estado Português, aceita o disposto no número 3 da mesma Cláusula desse compromisso, nos termos do qual as partes, tendo em vista uma solução amigável do litígio que as opõe, acordaram suspender a instância arbitral por um período de 7 (sete) meses a contar da data de apresentação da contestação, findo o qual se iniciará o prazo de 20 dias para designação do terceiro árbitro, prosseguindo o processo arbitral até final.

25 de março de 2013 (assinatura manuscrita) (..)" – doc. fls. 504 dos presentes autos.

I O Estado Português nomeou como Árbitro o Professor ..., cuja declaração de aceitação de **30.Mai.2013** tem o conteúdo que se transcreve:

“(.) DECLARAÇÃO DE ACEITAÇÃO

P..., Professor..., com domicílio profissional na ..., declara que aceita intervir como árbitro, por nomeação do Estado Português, no litígio arbitral que opõe a E... - S.A. e o Estado Português, no âmbito do qual a primeira solicita ao segundo o pagamento de uma indemnização pecuniária por força da recusa do visto, pelo Tribunal de Contas, ao contrato de concessão do projecto, construção, financiamento, manutenção e disponibilização de infra-estruturas ferroviárias no troço Poceirão-Caia e ainda do projecto, construção, financiamento, manutenção, disponibilização e exploração da Estação de Évora.

Mais declara que, enquanto árbitro nomeado pelo Estado Português e nos termos e para os efeitos do disposto no número 5 da cláusula primeira do compromisso arbitral, celebrado a 22 de Janeiro de 2013, entre o Estado Português e a E... - S.A., aceita o disposto no número 3 da mesma cláusula desse compromisso, nos termos do qual as partes acordaram suspender a instância arbitral por um período de 7 (sete) meses, a contar da data da apresentação da contestação, findo o qual terá início o prazo de 20 dias para designação do terceiro árbitro, prosseguindo o processo arbitral até final.

30 de Maio de 2013. (assinatura manuscrita) (..)" - doc. fls. 647 dos presentes autos.

J Em **05.07.2016** foi proferido Acórdão condenatório Demandado no Procº arbitral nº ..., pendente de recurso de constitucionalidade interposto pelo Estado Português – docs. fls. 746/1025 e fls. 1053/1069 dos presentes autos.

K Por requerimento de **07.06.2016** o Estado Português deduziu no Procº arbitral nº ... o incidente de recusa do Árbitro da Demandante, cujo teor se transcreve:

“(.)O ESTADO PORTUGUÊS, Demandado nos autos em epígrafe, em que é Demandante a E... - S.A., vem, muito respeitosamente, expor e requerer a V. Exas. o seguinte:

1. O Exmo. Senhor Professor Doutor M... foi designado árbitro de parte pela Demandante, tendo subscrito a respectiva "Declaração de Aceitação" em 25 de Março de 2013.

2. Sucede, porém, que o Exmo. Senhor Professor Doutor M... é membro

dos órgãos sociais do B..., S.A. ("B...") desde há vários anos a esta parte.

3. Com efeito, há três mandatos consecutivos que tem vindo a exercer as funções de Vice-Presidente da Mesa da Assembleia Geral do B....

4. Esta situação mantém-se à data de hoje (cfr. o Doe. n.º 1, pp. 446 e 447, aqui junto).

5. Por seu turno, o **B... é accionista da Demandante, a sociedade E..., S.A., desde a sua constituição** (cfr. o art. 98º da pi, o Anexo 2, Parte A, do Contrato de Concessão e o Anexo A do Documento de Prestação de Contas Individual referente ao ano de 2014 da E..., S.A., Rubrica 050603 - B - "Identificação das entidades que participam directamente no capital da declarante", p. 7 - Doe. n.º 2, igualmente aqui junto para todos os efeitos legais).

6. Deste último documento conclui-se que o B..., aí identificado pelo seu NIF ..., detém uma participação de 5,4% no capital da Entidade Declarante, a E..., S.A. (desde 28.12.2009). Esta situação mantém-se inalterada, sublinhamos, desde a constituição da E..., S.A.

7. Acresce que o **B..., para além de accionista da sociedade E..., S.A., é também accionista da Operadora, detendo 5,436% da sociedade constituída para operar e manter a Concessão, ou seja, a sociedade E... - S.A.** (cfr. o Anexo 2, Parte C, ao Contrato de Concessão).

8. Ora, esta realidade, conhecida há escassos dias pelo Demandado, mais concretamente, no dia 2 de Junho de 2016, não pode deixar de ser invocada como fundamento de recusa de árbitro relativamente ao Exmo. Senhor Professor Doutor M....

9. Na verdade, a sua relação, de vários anos, com um accionista da Demandante, coloca em crise a sua independência para exercer as funções de árbitro no presente pleito.

10. Com efeito, dificilmente se pode conceber que lhe seja indiferente o destino desta acção arbitral, à luz da circunstância, indiscutível, de exercer um cargo nos órgãos sociais de um accionista (B...) da Demandante (E..., SÁ), há três mandatos consecutivos.

11. A dúvida sobre a falta de independência que tal relação suscita é ainda adensada pelo facto de o **B... deter um outro interesse directo nesta acção arbitral: integra o sindicato bancário que financiou a E..., S.A., com uma participação, aliás relevante, de 33,33%** (cfr. o art. 1282º da pi).

12. Em face do que fica exposto, e atento o preceituado no art. 13º, n.º 1, 13º, n.º 3 e 14º, n.º 2, todos da LAVde2011, aqui aplicável por força do art. 4º, n.º 1 da Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro, entende o Demandado que o Senhor Professor Doutor M... deve ser destituído das suas funções. (...)” - doc. fls. 658/692 dos presentes autos.

L Por **Acórdão de 01.07.2016** o Tribunal Arbitral negou provimento ao pedido de destituição do Árbitro-de-parte da Demandante - doc. fls. 723/742 dos presentes autos.

M O Árbitro visado no incidente de recusa pediu escusa de intervir na deliberação sobre a matéria, objecto de deferimento no Acórdão incidental de 01.07.2016 do Tribunal Arbitral - doc. fls. 723/742 dos presentes autos.

N O Professor Doutor M... foi eleito membro da Mesa da Assembleia-geral do B... SA (B...) para o triénio 2014-2016, exercendo as mesmas funções

nos dois triénios anteriores – doc. fls. 1091 dos presentes autos.

O A composição do Agrupamento E..., é a seguinte:

“(.) **Parte A**

Composição do Agrupamento e Estrutura Accionista da Concessionária

O Agrupamento E... é composto pelas seguintes entidades:

- B...;
- S...;
- S...;
- I...;
- D...;
- L...;
- L...;
- B...;
- O...;
- E...;
- E...;
- Z...;
- Z...;
- B...;
- C.

P A estrutura accionista inicial da Concessionária era a seguinte:

“(.) **A Estrutura Accionista Inicial da Concessionária será a seguinte:**

B..., SA: - 16,304% (dezasseis vírgula trezentos e quatro por cento), correspondente a 81.520 (oitenta e uma mil quinhentas e vinte) acções representativas do capital social inicial da Concessionária

S..., S.A. - 16,302% (dezasseis vírgula trezentos e dois por cento), correspondente a 81.510 (oitenta e uma mil quinhentas e dez) acções representativas do capital social inicial da Concessionária

S..., S.A. - 0,002% (zero vírgula zero zero dois por cento), correspondente a 10 (dez) acção representativa do capital social inicial da Concessionária

I..., S.A. - 15,214% (quinze vírgula duzentos e catorze por cento), correspondente a 76.070 (setenta e seis mil e setenta) acções representativas do capital social inicial da Concessionária.

D..., S.A. - 0,002% (zero vírgula zero zero dois por cento), correspondente a 10 (dez) acção representativa do capital social inicial da Concessionária

L..., S.A. - 13,042% (treze vírgula zero quarenta e dois por por cento), correspondente a 65.210 (sessenta e cinco mil duzentas e dez) acções representativas do capital social inicial da Concessionária

L..., S.A.- 0,002% (zero vírgula zero zero dois por cento), correspondente a 10 (dez) acção representativa do capital social inicial da Concessionária

B..., S.A. - 0,002% (zero vírgula zero zero dois por cento), correspondente a 10 (dez) acção representativa do capital social inicial da Concessionária

O..., S.A.- 13,042% (treze vírgula zero quarenta e dois por por cento), correspondente a 65.210 (sessenta e cinco mil duzentas e dez) acções representativas do capital social inicial da Concessionária

E..., S.A.- 0,002% (zero vírgula zero zero dois por cento), correspondente a 10 (dez) acção representativa do capital social inicial da Concessionária

E..., S.A. - 7,606% (sete vírgula seiscentos e seis por cento), correspondente a 38.030 (trinta e oito mil e trinta) ações representativas do capital social inicial da Concessionária

Z..., S.A.- 0,002% (zero vírgula zero zero dois por cento), correspondente a 10 (dez) ação representativa do capital social inicial da Concessionária

Z..., Lda. - 7,606% (sete vírgula seiscentos e seis por cento), correspondente a 38.030 (trinta e oito mil e trinta) ações representativas do capital social inicial da Concessionária

B..., S.A. - 5,436% (cinco vírgula quatrocentos e trinta e seis por cento), correspondente a 27.180 (vinte e sete mil cento e oitenta) ações representativas do capital social inicial da Concessionária

C..., S.A. - 5,436% (cinco vírgula quatrocentos e trinta e seis por cento), correspondente a 27.180 (vinte e sete mil cento e oitenta) ações representativas do capital social inicial da Concessionária (...)” – doc. fls. 1116/1118 dos presentes autos, Anexo 2 do contrato de concessão.

Q O Agrupamento Complementar de Empresas (ACE) outorgante do Contrato de empreitada é o seguinte:

“(.) **Parte B**

Composição do ACE

O Agrupamento Complementar de Empresas que outorgará o Contrato de Empreitada será constituído pelas seguintes empresas:

S...,

D...

L...

B...

E...

Z... (...)” - doc. fls. 1119, Anexo 2 do contrato de concessão.

R A composição do Operador de Manutenção é a seguinte:

“(.) **Parte C**

Composição do Operador de Manutenção

A Composição do Operador de Manutenção será a seguinte:

B..., S.A - 16,304% (dezasseis vírgula trezentos e quatro por cento), correspondente a 8.152 (oito mil cento e cinquenta e duas) ações representativas do capital social inicial do Operador de Manutenção

S..., S.A.- 16,304% (dezasseis vírgula trezentos e quatro por cento), correspondente a 8.152 (oito mil cento e cinquenta e duas) ações representativas do capital social inicial do Operador de Manutenção

I..., S.A. - 15,216% (quinze vírgula duzentos e dezasseis por cento), correspondente a 7.608 (sete mil seiscentas e oito) ações representativas do capital social inicial do Operador de Manutenção

L..., S.A. - 13,044% (treze vírgula zero quarenta e quatro por por cento), correspondente a 6.522 (seis mil quinhentas e vinte e duas) ações representativas do capital social inicial do Operador de Manutenção

O..., S.A. - 13,044% (treze vírgula zero quarenta e quatro por por cento), correspondente a 6.522 (seis mil quinhentas e vinte e duas) ações representativas do capital social inicial do Operador de Manutenção

E..., S.A. - 7,608% (sete vírgula seiscentos e oito por cento),

correspondente a 3.804 (três mil oitocentas e quatro) ações representativas

do capital social inicial do Operador de Manutenção Z..., Lda. - 7,608% (sete vírgula seiscentos e oito por cento), correspondente a 3.804 (três mil oitocentas e quatro) acções representativas do capital social inicial do Operador de Manutenção B..., S.A. - 5,436% (cinco vírgula quatrocentos e trinta e seis por cento), correspondente a 2.718 (duas mil setecentas e dezoito) acções representativas do capital social inicial do Operador de Manutenção C..., S.A. - 5,436% (cinco vírgula quatrocentos e trinta e seis por cento), correspondente a 2.718 (duas mil setecentas e dezoito) acções representativas do capital social inicial do Operador de Manutenção (...)" - doc. fls. 1120/1121 dos presentes autos, Anexo 2 do contrato de concessão. S Na sequência da operação de recapitalização do B... com recurso ao investimento público, o **Estado**, através do Ministro de Estado das Finanças, **nomeou dois membros não executivos do Conselho de Administração do B... sendo um igualmente membro da Comissão de Auditoria**, mediante despacho nº ... de 02.DEZ.2012, publicado no **Diário da República, II Série, nº**

DO DIREITO

O Requerente fundamenta o seu pedido na relevância que assume, para a verificação de uma situação de conflito de interesses, a circunstância de o Árbitro-de-parte da Requerida, Demandante no processo arbitral, **exercer há três mandatos consecutivos as funções de Vice-Presidente da Mesa da Assembleia Geral do B... SA (B...)**, abrangendo toda a decorrência de tramitação do Proc. arbitral nº ... instaurado pela ora Requerida ali Demandante, que findou por acórdão condenatório de 05.07.2016, pendente de recurso de constitucionalidade.

Isto porque o **B... detém a titularidade de participação de 5,4% no capital social da sociedade Requerida** e em igual medida **no capital da sociedade constituída como Operador de Manutenção** e, ainda, o B... **integra o sindicato bancário que financiou a sociedade Requerida, com uma participação de 33,33%.**

1. pressupostos da recusa de árbitro – artº 13º LAV/2011 - RGICSF;

No tocante aos impedimentos e recusa de árbitro no domínio da **Lei 31/86, 29.08** dispunha o **artº 10º nº 1** que “Aos árbitros não nomeados por acordo das partes é aplicável o regime dos **impedimentos e escusas estabelecido na lei de processo civil para os juízes**”.

Remetia, assim, a LAV/86, para o disposto nos artºs. 122º a 124º do CPC, relevando o elenco de impedimentos **objectivos**, artº 122º nº 1 alíneas **a), c), e) e h)** e **subjectivos** das alíneas **b), d), f), g) e i)** do mesmo preceito, e de situações de **suspeição** elencadas no **artº. 127º**, em que o juiz pode **pedir escusa** de intervir na causa; no regime processual cível resultante das

alterações introduzidas pela **Lei 41/2013, 26.06**, os impedimentos constam do **artº 115º** e as suspeições do **artº 120º**.

Uma vez designado o árbitro e aceite a designação estamos perante um **contrato de arbitragem**, a que se aplica supletivamente o regime do mandato cível, uma vez que o contrato de prestação de serviços é concluído, também, no interesse do próprio.(1)

Atendendo a que, (i) o Compromisso Arbitral celebrado entre as partes data de 22.JAN.2013, conforme consta da Acta de Instalação do Tribunal, certificada e junta por certidão no *dossier* apenso aos autos, (ii) o pedido de submissão do litígio a **arbitragem** é de 21.ABR.2013 e (iii) a aceitação do Árbitro visado é de 25.MAR.2013, não surtem dúvidas sobre a aplicabilidade à matéria trazida a juízo do regime da **LAV/2011**, vigente desde 14.MAR.2012 (artº 6º - Lei 63/2011 de 14.12).

*

No caso em apreço, a questão suscitada pelo Requerente configura, por similitude, a proibição de exercício em concretização do princípio “*nemo iudex in causa propria*”, prevista no citado **artº 122º nº 1 a) CPC**, cujo texto é o seguinte: “*Quando seja parte na causa, por si ou representante de outra pessoa, ou quando nela tenha um interesse que lhe permitisse ser parte principal*”.

Diversamente, o novo regime da **arbitragem** introduzido pela **Lei 63/2011, 14.12**, adoptou o esquema do **artº 12º da Lei-Modelo da UNCITRAL** (United Nations Commission on International Trade Law) submetendo o direito potestativo de recusa à verificação dos **dois pressupostos** enunciados no **artº 13º nº 3 (1ª parte) LAV**, centrando-se o caso trazido a juízo na invocada existência de eventos geradores de “*fundadas dúvidas sobre a imparcialidade e independência*” do Árbitro-de-parte da Requerida.

*

O Requerente não explicita a fonte normativa ou de *soft law* em que fundamenta a omissão substantiva do **dever de revelação** assacada ao Árbitro da Requerida, instituto que não tinha previsão expressa no domínio da **LAV/86**.

Actualmente, trata-se de um dever jurídico consagrado no **artº 13º nºs 1 e 2 LAV** por recurso a três conceitos gerais e indeterminados, a saber, de a pessoa designada pela parte para assumir a posição jurídica de árbitro informar “*as partes e os demais árbitros*” no próprio acto de aceitação sobre “*todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência*”, estes últimos, conceitos configurativos das qualidades exigidas no **artº 9º nº 3 LAV**.

De todo o modo, tem-se por pacificamente estabelecido que o dever de revelação assume a natureza de **instrumento preventivo** que actua no **procedimento de constituição** do tribunal arbitral, “(..) devendo o designado no período de 15 dias que medeia entre a designação e a própria declaração de aceitação, revelar tudo o que lhe pareça pertinente a este propósito. (..)” - cfr. **artºs. 10º nº 1(1ª parte), 12º nº 2 e 13º nºs 1 e 2 LAV/2011**. (2)

*

Como referido, o enunciado na hipótese legal dos fundamentos da recusa o **artº 13º nºs 1 e 3 LAV** assenta em três conceitos indeterminados que, por sua vez, remetem para considerações de valor: “*fundadas dúvidas*”, “*imparcialidade*” e “*independência*”.

No tocante às “*fundadas dúvidas*”, desde logo é óbvio que a invocação deste pressuposto exige quanto às “circunstâncias” que estas se traduzam na verificação de factos reais e comprovadamente exactos.

A questão problemática prende-se com o horizonte de exigência de alegação e comprovação factual, até onde ir na exigência de densificação factual (do caso concreto em avaliação) para base fundamentadora (e subsuntiva) do juízo conclusivo pela positiva (é isento) ou pela negativa (não é isento) das “*fundadas dúvidas*”.

Problemática evidenciada pela doutrina segundo um leque que começa nas “(..) *certezas* sobre a existência de uma generalizada desconfiança quanto ao *perigo efectivo* de ficarem afectadas a sua [do árbitro] liberdade e independência de julgamento (..)” sendo que “(..) Dessa estreita *zona de certeza negativa*, chamemos-lhe assim, sobre a isenção de um árbitro – por oposição a uma também estreita *zona de certeza positiva*, quanto à (inexistência de dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência) ... passamos a uma extensa *zona cinzenta*, na qual as dúvidas, sempre dúvidas, não certezas, vão de um *grau mínimo*, isto é, da existência de um ou outro vestígio de potencial falta de isenção, mais difícil de graduar, até um *grau máximo*, da existência de um feixe de vestígios (ou de um só mas de tal proximidade) que nos deixam com uma sensação desagradável e permanente de desconfiança (..) Consiste nisso, também, parece-nos – e não apenas naquele caso da *zona de certeza negativa* sobre a isenção do árbitro -, uma “*dúvida fundada*”, para efeitos deste **artº 13º nº 3**. (..)”. (3)

Ou seja, “(..) a expressão “**fundadas dúvidas**” ou “*justifiable doubts*” [Lei-Modelo da UNCITRAL] implica assim sempre um grau elevado de objectividade e consistência, que apenas existe se tais dúvidas puderem ser partilhadas por um observador exterior, razoável e de **boa-fé e devidamente informado** (..) o conceito de “dúvidas fundadas” deve ser entendido e aplicado como decorrendo logicamente de uma **avaliação objectiva** (e não meramente subjectiva) das circunstâncias reais **existentes** (e não hipotéticas) formulado por um observador imparcial, agindo com razoabilidade. (..)” (4)

Dito de outro modo, “(..) passa por determinar se uma **terceira pessoa razoável**, tendo **conhecimento** dos factos e das circunstâncias relevantes, chegaria à conclusão de haver probabilidade (séria) de o árbitro se deixar influenciar por critérios outros que não o do mérito da causa tal como apresentado pelas partes – “**teste da terceira pessoa razoável**” (*reasonable third person test*). (..)” (5)

*

Relativamente aos outros dois conceitos indeterminados de natureza valorativa, diz-nos a doutrina que “(..) A **independência** traduz-se numa **qualidade objectiva**, expressa no facto de o árbitro não depender de ninguém, e, em especial, de nenhuma das partes. A **imparcialidade**

exprime-se num **dado subjectivo**: o árbitro não favorece ninguém: apenas aplica o Direito em face dos factos que o demonstrem. À partida, a independência e a imparcialidade dos árbitros radicam na ideia estrutural de decisão supra-partes. (...)”. (6)

Dada a dificuldade conhecida de laborar com conceitos indeterminados carecidos de suficiente concretização resultante da escassez de aplicação reiterada em casos concretos, convém obter respaldo na solução normativa gizada em outros ramos do Direito cuja *ratio* também envolva a necessidade sentida pelo legislador de assegurar critérios de aferição da independência e imparcialidade por parte de pessoas designadas para incorporar, no âmbito das pessoas colectivas em causa, órgãos com poderes de direcção funcional.

O Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF) aprovado pelo **DL 298/92, 31.12** - diploma objecto já de 44 versões -, determina que as instituições de crédito com sede no País, de que os bancos são uma espécie (**artº 3º RGICSF**), além de observar os pressupostos de correspondência a uma das espécies legalmente fixadas devem adoptar a forma de **sociedade anónima (artº 14º nº 1 a) RGICSF**). Neste sentido, cabe saber o que de específico o Código das Sociedades Comerciais determina em matéria de **independência e incompatibilidades dos membros da mesa da assembleia geral** nas grandes sociedades anónimas e “sociedades cotadas” (**artºs. 414º nº 5 e 414º-A nº 1 ex vi 374º-A nº 1 CSC**), órgão de instituição obrigatória, podendo o contrato de sociedade determinar que o presidente, o vice-presidente e os secretários da mesa da assembleia geral sejam *eleitos por esta, por um período não superior a quatro anos, de entre os accionistas ou outras pessoas*” – **artº 374º nºs. 1 e 2 CSC**.

Naturalmente que a questão do *conflito de interesses* nos termos dos citados normativos é colocada **na óptica da própria sociedade**, ou seja, na perspectiva das relações intra-societárias tendo em conta a administração, os accionistas e a própria sociedade; diversamente, a matéria em causa nos autos coloca o acento tónico do *conflito de interesses na óptica do tribunal arbitral* centrada nas relações de um dos árbitros-de-parte e a sociedade bancária integrante da estrutura societária de um dos sujeitos processuais (parte demandante) do litígio jurídico a dirimir sob a *auctoritas* do tribunal arbitral.

*

Nos termos do **artº 414º nº 5 CSC** considera-se **independente** “a pessoa que *não esteja associada a qualquer grupo de interesses específicos da sociedade, nem se encontre em alguma circunstância susceptível de afectar a sua isenção de análise ou de decisão*, nomeadamente em virtude de:

- a) ser titular ou actuar em nome ou por conta de titulares de participação qualificada igual ou superior a 2% do capital da sociedade;
- b) ter sido reeleita por mais de dois mandatos, de forma contínua ou intercalada.”

No corpo da norma temos uma *cláusula geral* que convoca para conceitos indeterminados, [“*associação a grupo de interesses específicos*” e “*alguma circunstância susceptível de afectar a sua isenção de análise ou de*”

decisão”] e dois *sub-critérios objectivos* constitutivos, sem margem para dúvidas, de um juízo próprio da **zona de certeza negativa**, isto é, descritivos de situações de facto que inevitavelmente configuram *conflitos de interesses* passíveis de considerar a pessoa como **não independente** por em tais situações de facto o CSC assumir que originam fundadas dúvidas sobre a imparcialidade e independência da pessoa em causa, situações jurídicas de proximidade que não suscitam dúvidas sobre o risco de a pessoa poder ser susceptível de se decidir no sentido de enviesar a neutralidade do juízo de análise e decisão sobre os factos.

Na medida em que a exigência legal da independência incide sobre todos os membros da mesa da assembleia geral, é possível individualizar a pessoa em situação irregular pelo que a deliberação electiva será nula e, caso ocorra motivo de perda da independência superveniente à eleição, a designação caduca. (7)

O **artº 414º A nº 1 CSC** estabelece um elenco de **incompatibilidades** que do ponto de vista normativo dão expressão concretizadora às garantias de independência da mesa da assembleia geral que o CSC pretende assegurar, em juízo analítico integráveis na referida **zona de certeza negativa**, sendo causa de ilegitimidade para o exercício do cargo, ferindo de nulidade a designação, e causa de caducidade do mandato se a situação viciada se constituir posteriormente à designação no cargo.

Tal elenco exaustivo de incompatibilidades no que respeita à composição da mesa da assembleia geral “(..) visa assegurar os mesmos objectivos que se pretendem alcançar com a exigência de independência por parte dos membros da mesa, *scilicet*, garantir que as respectivas funções são desempenhadas de forma isenta e imparcial relativamente a todos os sócios e órgãos societários ...[sendo] de se aplicar aos membros da mesa da assembleia geral o disposto no **artº 414º n.ºs. 2 e 3**: é nula a designação de uma pessoa relativamente à qual se verifique, *ab initio*, uma situação de incompatibilidade, caducando tal designação se tal situação vier a ocorrer supervenientemente. (..)”. (8)

2. directrizes da *soft law*;

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, que no Princípio Geral 7 (“(7) *Duty of the Parties and the Arbitrator*”) elenca as matérias passíveis de constituírem situações de conflito de interesses dos árbitros e, como tal, integrantes do **dever de revelação** (artº 13º nº 1 LAV), dever que compreende: **(i)** a identidade da equipa de advogados que representa a parte na **arbitragem**, **(ii)** as relações, directas e indirectas, estabelecidas entre qualquer dos árbitros e três tipos de entidades: **1. a parte** amplamente considerada, **2. terceiros** com interesse no litígio e **3. os representantes da parte** na **arbitragem**. (9)

Em Portugal, o Código Deontológico do Árbitro elaborado pela Associação Portuguesa de **Arbitragem** e adoptado pelo Centro de **Arbitragem**

Comercial para efeitos de interpretação e integração do clausulado em matéria do dever de revelação remete para as *Guidelines* da IBA, sendo de salientar 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. (..)” (10)

*

No que respeita às relações, directas e indirectas, estabelecidas entre qualquer dos árbitros e a própria parte ou terceiros com interesse no litígio em **arbitragem**, do elenco constante do Princípio 7 das *Guidelines* da IBA (revisão 2012-2014) não se retira contributo que não conste já do Código das Sociedades Comerciais em matéria de **independência e incompatibilidades dos membros da mesa da assembleia geral** nas grandes sociedades anónimas e “sociedades cotadas” (**artºs. 414º nº 5 e 414º-A nº 1 ex vi 374º-A nº 1CSC**), nos termos supra referidos. Cabe assim, prosseguir na linha de raciocínio centrada na solução normativa gizada no Código das Sociedades Comerciais no sentido de assegurar critérios de aferição das *fundadas dúvidas sobre a independência e imparcialidade*, fundamentos da recusa do árbitro designado conforme disposto no **artº 13º nºs 1 e 3 LAV**, susceptíveis de aplicação ao caso trazido a juízo segundo o princípio jurídico *de semelhante a semelhante*.

3. modelo de financiamento - *project finance*;

Sustenta o Requerente, conforme **alínea K do probatório**:

1. “o B... é accionista da Demandante, a sociedade E..., S.A., desde a sua constituição (cfr. Anexo 2, Parte A, do Contrato de Concessão ..)”
2. “o B..., para além de accionista da sociedade E..., S.A., é também accionista da Operadora, detendo 5,436% da sociedade constituída para operar e manter a Concessão, ou seja, a sociedade E... - S.A. (cfr. o Anexo 2, Parte C, ao Contrato de Concessão)”
3. “o B... ... integra o sindicato bancário que financiou a E..., S.A., com uma participação, aliás relevante, de 33,33%”

Só por si, esta realidade não configura nenhum menoscabo por via de ilegalidade.

Desde logo porque decorre do **artº 2º DL 33-A/2010, 14.04** que o **agrupamento de empresas E... –, adjudicatário** por decisão de 10.12.2009 no procedimento concursal do contrato de empreitada de concepção/ construção/ financiamento/ concessão/ manutenção da linha de alta velocidade no troço Póceirão-Caia (vulgo “TGV”), por razões de direito que não vêm ao caso, constituiu-se na sociedade anónima E... –SA titular da concessão por 40 anos do “TGV” e celebrou o respectivo Contrato de Concessão, contrato complexo de fornecimento de serviços e construção de infraestruturas ferroviárias e financeiramente autónomo de

acordo com a lógica substantiva inerente ao modelo de *project finance*.

(11)

E é exactamente por isso, na razão directa do sistema de financiamento contratual adoptado segundo o modelo do *project finance* que influencia a complexa estrutura jurídica montada para o Contrato de Concessão, que o B..., como entidade bancária financiadora do projecto do “TGV”, participa da estrutura accionista tanto da sociedade concessionária, ora Requerida, como da sociedade constituída para Operador de Manutenção nos termos do consequente Contrato de Manutenção regulado na Base LIV (54º) do Anexo ao **DL 33-A/2010**, que contém as bases da concessão do “TGV”. Neste enquadramento e no que concerne ao objecto da presente causa em que o Requerente pretende a destituição do Árbitro-de-parte por conflito de interesses subsumido na hipótese retratada no **artº 13º LAV**, a participação do B... na estrutura accionista nas mencionadas sociedades (desde logo na Requerida) e no acervo de entidades financiadoras do “TGV”, só por si não envolve nenhum problema de ilegalidade, tendo em conta o modelo jurídico de contratação adoptado entre entidades públicas e entidades privadas.

4. vice-presidente da mesa da assembleia geral de entidade financiadora e sócia de capital da concessionária;

A questão que o Requerente sustenta como fundamento da situação de conflito de interesses imputada ao Árbitro-de-parte da Requerida gerador de “*fundadas dúvidas sobre a imparcialidade e independência*” é apresentada nos termos seguintes, levados à **alínea K do probatório**:

1. “o Exmo. Senhor Professor Doutor M... é membro dos órgãos sociais do B..., S.A. (“B...”) desde há vários anos a esta parte”
2. “há três mandatos consecutivos que tem vindo a exercer as funções de Vice-Presidente da Mesa da Assembleia Geral do B...”
3. “difícilmente se pode conceber que lhe seja indiferente o destino desta acção arbitral, à luz da circunstância, indiscutível, de exercer um cargo nos órgãos sociais de um accionista (B...) da Demandante (E..., SA), há três mandatos consecutivos”.

Como referido, o conflito de interesses configurado na hipótese legal do **artº 414º nº 5 CSC** para as sociedades anónimas, aplicável aos membros da mesa da assembleia geral *ex vi 374º-A nº1CSC*, assenta, em primeiro lugar, num critério definido por cláusula geral composta por dois conceitos indeterminados, qualquer deles indiciário de perda da qualidade de **independente**, a saber “*associação a grupo de interesses específicos*” e “*alguma circunstância susceptível de afectar a sua isenção de análise ou de decisão*”.

No tocante à **ligação a grupo de interesses específicos**, critério de difícil concretização dada a sua amplitude e imprecisão, dá-nos conta a doutrina que “(..) Na prática, tem sido entendido [pela CMVM] que não são independentes, por se encontrarem associados a grupos específicos de interesses, por exemplo, quaisquer sujeitos com ligações a grandes clientes da sociedade ou aos respectivos financiadores. Em certo tipo de sociedades, fortemente dependentes, por exemplo, de contratos com o Estado,

adjudicações em concursos públicos, etc., o sujeito com especiais responsabilidades ou ligações políticas ou governamentais, ou de alguma forma ligado a pessoas com essas responsabilidades, poderá ser considerado como associado a um grupo de interesses ou em circunstâncias susceptíveis de afectar a isenção de análise. (...)” (12)

Sustenta o Requerente que o desempenho de funções pelo Árbitro-de-parte da Requerida de Vice-presidente da mesa da assembleia-geral do B..., entidade bancária participante da estrutura accionista da Requerida e sua financiadora no contrato de *project finance*, concretiza:

(i) uma situação de *conflito de interesses* entre o Árbitro e a ora Requerida, na aceção ampla de parte Demandante na acção arbitral;

(ii) demonstrado pela existência de uma *associação de interesses específicos* de natureza económica directamente relacionados com o objecto da acção levada à **arbitragem** e indirectamente focados na esfera jurídica do B..., entidade accionista e financiadora da Demandante no âmbito do *project finance*;

(iii) situação de que resultam *fundadas dúvidas sobre a imparcialidade e independência* exigidas nos termos do artº 9º LAV no quadro das competências de análise dos factos e aplicação do Direito ao caso concreto. A análise do imputado *conflito de interesses* na óptica do tribunal arbitral exige, por um lado, a demonstração, concretizada em factos, da existência de um **interesse económico directo por parte do B... na decisão a proferir na acção arbitral**, pois que, embora o B... seja um terceiro no tocante à Demandante, ora Requerida, é evidente o interesse na solução ganhadora da causa em **arbitragem**, decorrente da dupla qualidade do B..., de entidade participante na estrutura accionista da Demandante e entidade financiadora desta no contrato, **sendo que o B... não é parte na acção em arbitragem.**

A circunstância de **o B... não ser parte na acção arbitral** tem de ser avaliada em conexão com as concretas circunstâncias existentes na **composição societária** da Requerida e do Operador de Manutenção. Todavia, o **valor de participação do B..., de 5,4%**, no capital quer da Requerida quer do Operador de Manutenção, não permite fundamentar que o B... exerça uma *relação de domínio* ou que estas três entidades constituam um *grupo económico* no sentido de, “embora juridicamente distintas constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência” nos termos e para os efeitos constantes do **artº 3º nº 2 alíneas a) a d), Lei 19/2012, 08.05 (Lei da Concorrência)**, elenco exemplificativo de “(...) situações que, reportando-se à noção de controlo, superam a noção jurídico-formal de empresa para efeitos de direito societário ou outro e são consideradas incluídas na noção de *única empresa*. (...)” (13)

Donde se conclui que em função da participação accionista o B... não detém nenhuma relação de domínio sobre as citadas sociedades, seja a Requerida seja o Operador de Manutenção.

O que significa que a participação em 5,4% no capital social quer da Requerida quer do Operador de Manutenção se configura como **totalmente irrelevante** para fundamentar um juízo conclusivo de existência de conflito

de interesses de árbitro, nos termos invocados pelo Requerente.

*

Do outro lado da equação temos a titularidade funcional do Árbitro-de-parte da Requerida de Vice-presidente da mesa da assembleia-geral do B..., que também exige a demonstração, concretizada em factos, de que tais funções orgânicas na vida interna da sociedade bancária configuram objectivamente um **risco concreto de sobreposição de interesses** entre as funções de Árbitro-de-parte e a vice-presidência da mesa da assembleia-geral e, conseqüentemente, entre as funções de Árbitro-de-parte e a Demandante ora Requerida.

E apenas cabe ter em linha de conta a qualidade orgânico-funcional, *a se*, desempenhada pelo Árbitro designado pela Requerida, dado que nada mais é trazido aos autos pelo Requerente, além do dado objectivo da titularidade de Vice-presidente da mesa da assembleia-geral do B..., para substanciar o interesse pretensivo formulado de destituição do Árbitro designado pela parte contrária.

De modo que na óptica do tribunal arbitral e recorrendo ao critério doutrinário acima exposto, cabe saber se o *conflito de interesses* trazido a juízo entre o exercício de funções de Árbitro-de-parte da Requerida e o exercício de funções de Vice-presidente da mesa da assembleia-geral do B... evidencia a existência de um *conflito de interesses* subsumível na *zona de certeza negativa* ou na *zona cinzenta de grau máximo* por *fundadas dúvidas* quanto às qualidades exigidas no artº 9º nº 3 LAV, atentos os pressupostos da recusa e destituição de árbitro constantes do artº 13º nºs. 1 e 3 LAV.

5. triénio de mandatos consecutivos - conteúdo competencial da mesa da assembleia e conselho de administração;

A circunstância de se tratar de um triénio de mandatos consecutivos é totalmente inócua no domínio da causa, na medida em que se entende pacificamente que apenas ao sobrelevar o triénio funciona a proibição, ou seja, a lei proíbe que a mesma pessoa se “eternize” em reeleições por mais de dois mandatos, o que significa que poderá cumprir três mandatos; caso chegue à designação para o quarto, o membro da mesa da assembleia-geral incorre em incompatibilidade com as conseqüências jurídicas já referidas. Nesta linha de raciocínio e no tocante ao Árbitro designado pela Requerida, a questão central está em determinar o **grau de concretização** que o exercício de funções na **mesa da assembleia geral do B...** assume no plano das **opções de gestão e concretização** da actividade económica, tomadas pelo órgão competente na matéria, o conselho de administração.

Dito de outro modo, partindo dos conteúdos de competência da mesa da assembleia-geral e do conselho de administração do B..., cabe aferir do grau de **materialização de situações jurídicas de proximidade e ligação de poderes entre os citados órgãos societários**, que indiciam o **risco concreto de sobreposição de interesses** entre o Árbitro-de-parte e a Demandante, ora Requerida, susceptível de criar *fundadas dúvidas* sobre a

imparcialidade e independência na decisão da causa, nos termos consignados no **artº 13º nºs 1 e 3 LAV**.

*

Do ponto de vista da condução do exercício da actividade bancária “(..) Os bancos são antes de mais (do ponto de vista genético) instituições de índole comercial, movidas por intuítos lucrativos e que têm que criar valor e de prestar contas aos respectivos accionistas. São também entidades reguladas que se movem num sector económico sujeito a autorização específica e que são objecto de supervisão especializada. (..)

(..) cabe aos **conselhos de administração, sob o controlo dos accionistas, traçar um quadro e definir, em concreto, a estratégia, o perfil de risco e a disposição para assumir riscos das instituições que dirigem** (..)

(..) Assim, **os administradores, em primeira linha, mas também os accionistas** (principalmente os maioritários) e **as pessoas com funções de gestão (*senior management*) estão posicionados de forma a poderem dar um maior contributo – e a assumirem conseqüentemente uma maior responsabilidade em matéria de governo dos bancos.** (..”. (14)

Nenhuma das matérias descritas e insertas no âmbito de competências de gestão participam do elenco substantivo competencial da mesa da assembleia-geral da sociedade bancária.

Conforme disposto no **artº 374º nº e CSC** o pacto social pode prever a existência de um vice-presidente, que exercerá vicarialmente as funções de presidente na falta ou impedimento deste, o que, no caso concreto trazido a juízo, necessariamente implica trazer à colação as funções do presidente deste órgão societário.

Diz-nos a doutrina da especialidade que “(..) no quadro do correcto exercício do mais crucial direito no âmbito de uma sociedade comercial, que é o exercício do direito ao voto por parte dos seus accionistas ... o **presidente da mesa é um garante da legalidade e do tratamento igualitário de todos os accionistas**, não se lhe permitindo fazer distinção de accionistas, senão nos termos determinados legalmente. (..)

As reuniões de assembleia-geral de sociedades cotadas [sociedades com valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado] reúnem milhares de accionistas sendo eventos de elevada complexidade organizativa e jus-societária, havendo que **destrinçar** adequadamente as tarefas que cabem ao presidente da mesa e ao conselho de administração. (..)

(..) as principais tarefas que estão cometidas ao presidente da mesa da assembleia geral .. A primeira é desde logo, a **convocação da própria reunião** ... A segunda tarefa de especial responsabilidade que cumpre destacar é a da **validação e aceitação dos accionistas e das representações dos ausentes e ainda dos votos por correspondência** ...

Com relevância quase equiparável à de **admissão de accionistas ou de adição de pontos à ordem de trabalhos** está a **admissão de propostas que possam surgir na reunião relativamente a pontos da ordem de trabalhos** ... o presidente deve analisar juridicamente a proposta, assegurando-se de que não viola normas legais imperativas que possam suscitar a nulidade da deliberação ... O tema é delicado também porquanto

condiciona de imediato os votos expressos por correspondência e as representações “vinculadas”, nas quais não são conferidos poderes ao representante para votar no sentido diverso do indicado na “carta-mandadeira”. ... Momento de crucial importância é o da **votação e da contabilização dos votos expressos.** (..). (15)

*

De quanto vem de ser dito e na linha de raciocínio que tem vindo a ser desenvolvida, conclui-se que as funções de Vice-presidente da mesa da assembleia-geral, ainda que haja de substituir o Presidente na falta ou impedimento temporário deste, não são confundíveis com os poderes de gestão do B....

Trata-se de áreas de conformação de poderes jurídicos materialmente distintos, pois que **(i) à mesa** cabe garantir a legalidade e o tratamento igualitário de todos os accionistas nas assembleias gerais e **(ii) ao conselho de administração**, além de deter poderes exclusivos de representação da sociedade, cabe definir e concretizar a estratégia de gestão, traduzida na tomada de decisões e prática de actos incidentes sobre o património para prossecução do objecto social, materializado nas actividades comerciais em matéria de banca de retalho e banca de investimento, tendo em conta a garantia dos valores mobiliários postos à sua guarda e a prossecução do lucro accionista.

No caso trazido a juízo, resulta do probatório que a única **situação jurídica de proximidade e ligação entre os citados órgãos societários** é dada por ambos incorporarem a **mesma sociedade bancária**, sendo certo que a *ratio* do conteúdo competencial normativamente fixado para a mesa da assembleia-geral e conselho de administração das sociedades anónimas (**artº 14º nº 1 a) RGICSF**) é organizado de modo a que não haja **sobreposição de poderes.**

Consequentemente, não há que confundir, na acepção jurídica do termo, os poderes funcionais do Árbitro-de-parte da Requerida na veste de Vice-presidente da mesa da assembleia-geral do B..., com os poderes do respectivo conselho de administração, sendo que a própria lei, no tocante a **princípios e deveres em matéria de conflito de interesses**, estabelece um elenco exaustivo de incompatibilidades como expressão concretizadora das garantias de independência dos membros da mesa da assembleia-geral (**artºs. 414º nº 5 e 414º-A nº 1 ex vi 374º-A nº1CSC**). (16)

Aliás, a consulta da literatura da especialidade nas matérias de *corporate governance* e **arbitragem** comercial permite constatar que no nosso País, a mesa da assembleia geral das grandes sociedades anónimas incorpora membros vindos do mundo académico e da advocacia, com obra jurídica publicada e, naturalmente, factor de estudo e consulta recorrente por parte dos profissionais do direito.

Dada a pequena dimensão do País, é de meridiana evidência que os meios profissionais especializados constituem universos pessoais que se podem retratar como relativamente confinados e conhecidos entre si, mormente na específica área jurídica da **arbitragem** de litígios com entidades públicas, a que se reportam os presentes autos, pelo que o caso concreto não constitui caso solitário.

*

Em síntese, o conteúdo funcional da mesa da assembleia-geral nos exactos termos decorrentes do CSC afasta completamente a possibilidade de exercício por parte dos respectivos membros de quaisquer poderes em matéria de organização, funcionamento e controlo da sociedade, domínio competencial próprio dos poderes de gestão.

Neste sentido, na medida em que o âmbito de competência não se presume, pois que decorre taxativamente da descrição de conteúdo fixado na lei, temos que os poderes de direcção societária não podem ser atribuídos a outro órgão que não ao conselho de administração.

*

Donde se conclui que a **titularidade** da situação jurídica de Vice-presidente da mesa da assembleia-geral do B... por parte do Árbitro designado pela Demandante, **por si só** - como é o caso atento o elenco do probatório -, 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), impeditivas de participação colegial no juízo de análise e decisão sobre os factos da causa julgados provados e respectiva subsunção no bloco normativo aplicável ao caso concreto sob **arbitragem**.

O mesmo é dizer que os autos não contêm factualidade imputável ao Árbitro designado pela Demandante susceptível de subsunção no elenco de pressupostos constante do **artº 13º n.ºs. 1 e 3 LAV** que fundamentam a existência de conflito de interesses de árbitro, não havendo, assim, pressupostos materiais que sustentem a pretensão deduzida em juízo pelo Requerente de destituição do Árbitro designado pela Demandante, ora Requerida, fundada na imputada falta de independência e imparcialidade de análise e decisão do litígio levado à **arbitragem**, devendo, assim, o peticionado improceder.

*

Por identidade de razões, dado que nada cumpria informar também não se mostra preenchida a invocada omissão do **dever de revelação**, cuja hipótese legal em sede de **artº 13º n.º 1 LAV/2011** é dada pela fórmula “*circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência*”, sendo que a **LAV/86** nada previa nesta matéria exactamente porque remetia para o regime de impedimentos e suspeições vigente para os juízes estaduais.

De facto, como evidencia a doutrina em análise do disposto nos **art.ºs. 13º n.º 1 e n.º 3 LAV**, “(..) Na LAV portuguesa, no domínio das garantias de independência e imparcialidade, e diferentemente do que sucede noutras leis de **arbitragem**, a definição dos casos em que existe **obrigação de revelação** pelo árbitro, é **exactamente igual** à definição dos casos em que há **fundamento para recusa**.”

Em ambos os casos, só se as circunstâncias gerarem fundadas dúvidas, ou seja, só se for legítimo e justificado, à luz da realidade objectiva dos factos,

duvidar da independência e da imparcialidade do árbitro, é que existe dever de revelação e existe motivo de recusa (..)” (17)

Neste sentido, também improcede esta questão trazida a juízo pelo Requerente.

*

Tendo em conta a solução jurídica dada à questão substantiva nos termos expostos, mostra-se prejudicado o conhecimento e decisão da questão suscitada pela ora Requerida em matéria de extemporaneidade do pedido do ora Requerente de destituição do Árbitro designado pela contraparte (artº 14º nº 2 LAV).

Termos em que acordam, em conferência, os Juizes Desembargadores da Secção de Contencioso Administrativo do Tribunal Central Administrativo Sul em julgar improcedente o pedido deduzido pelo Estado Português de destituição do Árbitro designado pela sociedade E... no âmbito do Procº arbitral nº

Custas a cargo do Requerente – **valor da causa, 30.000,01 €** (artºs. 303º nº 1 e 306º nº 2 CPC *ex vi* artº 31 nº 4 CPTA.

Lisboa, 30.AGO.2016

(Cristina dos Santos)

(Rui Pereira)

(Ana Pinhol)

(1) (**Menezes Cordeiro**, *Tratado da arbitragem – Comentário à Lei 63/2011 de 14 de Dezembro*, Almedina /2015, págs. 138, 167.)

(2) (**Mário Esteves de Oliveira et alii**, *Lei da Arbitragem Voluntária – Comentada*, Almedina/2014, págs. 141, 399 e 197/198.)

(3) (**Mário Esteves de Oliveira et alii**, *Lei da Arbitragem* ..., págs. 202/203.)

(4) (**José Robin de Andrade**, in *Parecer* junto aos autos, fls. 1360 e 1364.)

- (5) (**Pedro Costa Gonçalves/Bernardo de Azevedo** in *Parecer* junto aos autos, fls. 1343 e 1344.)
- (6) (**Menezes Cordeiro**, *Tratado da arbitragem – Comentário à Lei 63/2011 de 14 de Dezembro*, Almedina /2015, pág. 137; **Pedro Costa Gonçalves/Bernardo de Azevedo** in *Parecer* junto aos autos, fls. 1345.)
- (7) (**Gabriela Figueiredo Dias/Paulo de Tarso Domingues**, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, **Jorge Coutinho de Abreu** (Coord.), Vol. VI, Almedina/2013, págs. 539/546 e 55/56.)
- (8) (**Paulo de Tarso Domingues**, *Código das Sociedades Comerciais ...*, Vol. VI, pág. 57.)
- (9) (**Filipa Cansado Carvalho**, *Os deveres de informação e investigação das partes*, IX Congresso do Centro de **Arbitragem** Comercial, Almedina/2016, págs.173/176 e 182/186.)
- (10) (**Menezes Cordeiro**, *Tratado da arbitragem – Comentário à Lei 63/2011 ...*págs. 153/156.)
- (11) (Sobre o desenvolvimento e configuração jurídica do modelo de **project finance**, **Licínio Lopes Martins**, *Empreitada de obras públicas – o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Almedina/2015, págs. 343/346 e 388.)
- (12) (**Gabriela Figueiredo Dias**, *Código das Sociedades Comerciais ...*, Vol. VI, pág. 542.)
- (13) (**Carlos Botelho Moniz et alii**, *Lei da Concorrência Anotada, (Lei 19/2012)*, Morais Leitão, Galvão Telles, Soares da Silva, Associados, Sociedade de Advogados, Almedina/2016, págs. 31 e 33.)
- (14) (**Sofia Leite Borges**, *O governo dos bancos - O governo das organizações – a vocação universal do corporate governance*, Almedina/2011, **Colecção governance Lab**, págs. 274, 275 e 276..)
- (15) (**Paulo Bandeira**, *Mesa da assembleia-geral – Código do governo das Sociedades anotado*, Almedina/ 2012, **Colecção governance Lab**, págs. 51 a 54.)
- (16) (**Pedro Costa Gonçalves/Bernardo de Azevedo** in *Parecer* junto aos autos, fls. 1347 e 1350.)
- (17) (**José Robin de Andrade**, in *Parecer* junto aos autos, fls. 1356.)