

Processo: 827/15.9YRLSB-1  
Relator: AFONSO HENRIQUE  
Descritores: RECUSA DE ÁRBITRO  
IMPARCIALIDADE  
INDEPENDÊNCIA  
Nº do Documento: RL  
Data do Acórdão: 29-09-2015  
Votação: UNANIMIDADE COM \* DEC VOT  
Texto Integral: N  
Texto Parcial: S  
Meio Processual: APELAÇÃO  
Decisão: PROCEDENTE  
Sumário:

Não tendo o Exmo. 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”.  
(Sumário elaborado pelo Relator)

Decisão Texto Parcial: Acordam no Tribunal da Relação de Lisboa:

### I-RELATÓRIO:

M., Lda, demandada na arbitragem necessária *ad hoc* iniciada ao abrigo da Lei nº 62/2011, de 12 Dezembro pelas demandantes, R e L, relativa a medicamentos genéricos contendo como substância activa levonorgestrel (todas devidamente identificadas nesses autos), solicitou ao Tribunal Arbitral a recusa do árbitro, Dr. MM (igualmente, com os sinais completos nos mesmos autos), alegando não dar este condições objectivas de imparcialidade e independência.

Sobre esse incidente de recusa recaiu a seguinte decisão:

“-...-

Posto o que antecede, cabe decidir.

Nenhuma dúvida se coloca a respeito da necessidade de os titulares do poder de julgar, mesmo numa instância arbitral, terem de reunir os atributos da imparcialidade e da independência.

Trata-se, em ambos os casos, de requisitos inerentes ao exercício de uma função autenticamente jurisdicional, que a nova LAV

consagrou art. 9º, n.º 3, visando certamente credibilizar a arbitragem enquanto modo *ad hoc* de composição de litígios.

Para os efeitos da presente decisão, torna-se despiciendo efectuar qualquer distinção entre os requisitos da imparcialidade e da independência. Tendemos, aliás, a concordar, com Marc Henry (Le devoir d'indépendance de l'arbitre, Paris, LGDJ, 2041, p. 152), quando considera que o dever de independência comporta, entre outras, as exigências de imparcialidade e de neutralidade. Importa, isso sim, referir que o dever de independência, na sua vertente preventiva, implica o cumprimento, por parte dos árbitros, da obrigação de revelarem «todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência» (artº 13º, n.3, da LAV), obrigação que se mantém durante todo o processo arbitral (art 19º, n.2, do cit. diploma); e, na sua vertente repressiva, a faculdade, atribuída às partes, de recusarem o exercício daquele *munus* por quem não possuir os indicados atributos.

Quanto a este último aspecto, a lei portuguesa (art. 13.º, nº 3) estabelece, muito claramente, que *«um árbitro só pode ser recusado se existirem circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade ou independência ou se não possuir as qualificações que as partes convencionaram»* (sublinhado nosso). Todavia, em lado algum se esclarece quais possam ser essas circunstâncias, nem que critério deverá ser adoptado na respectiva avaliação. O mais que se pode afirmar, perante o laconismo da lei, é que a aferição da independência do árbitro postula um juízo prudencial concreto, a emitir perante as circunstâncias particulares de cada caso. Afigura-se, além disso, que tal juízo, quando esteja em causa um incidente de recusa, deverá reunir um alto grau de objectividade, colocando-se o decisor num papel de um terceiro imparcial e razoável, que aceda ao conhecimento dos factos e circundantes relevantes. Não basta, assim, que, aos olhos de uma das partes, se suscitem «dúvidas apenas razoáveis ou hipotéticas. Torna-se necessário que as dúvidas sejam concretas e pertinentes» (Manuel Pereira Barrocas, Lei da Arbitragem Comentada, Coimbra, Almedina, 2013, p. 69). *Tanto mais que a faculdade de recusa pode servir de veículo a expedientes puramente dilatatórios ou ter como objectivo impedir a contraparte de escolher um árbitro da sua preferência. Para a densificação dos conceitos legais e, concomitantemente, para a circunscrição dos factos e circunstâncias que, como regra, justificam o exercício do dever de revelação, e usual e, até certo ponto, legítimo recorrer a instrumentos infra-legais que consagram normas impositivas de deveres deontológicos aos árbitros. No nosso*

*país, o problema tem vindo a ser objecto de crescente atenção por parte de associações e instituições especializadas, designadamente, a Associação Portuguesa de Arbitragem (cfr. o Código Deontológico do Árbitro, aprovado em 11.04.2014), o Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa; cfr. o Código Deontológico do Árbitro anexo ao Regulamento de Arbitragem de 1.03.2014) e o Arbitrare - Centro de Arbitragem para a Propriedade Industrial, Nomes de Domínio, Firmas e Denominações (cfr. o Código Deontológico do Árbitro, aprovado em 27.03.2014). Num âmbito mais vasto, merece referência destacada o trabalho desenvolvido pela International Ror Association, cujas Directrizes sobre Conflitos de Interesses na Arbitragem internacional foram revistas em 23.10.2014 e são expressamente referidas, como elemento de integração, pelos Códigos Deontológicos a que acabamos de aludir (cfr. o art. n.º 2, do Código da APA, o art. 1.º, n.º 3, do Código do Centro de Arbitragem Comercial, e o art. n.º 3, do Código do Arbitrare).*

*Sem descurar o que antecede, cumpre, todavia, ter em atenção, por um lado, o carácter absolutamente genérico de tais normas e o seu carácter não-vinculativo, e, por outro lado, a circunstância de as Directrizes da IBA se referirem exclusivamente a arbitragens internacionais. Não admira, por isso, que os códigos deontológicos nacionais se revelem, todos eles, menos exigentes do que as aludidas Directrizes no que respeita ao âmbito do dever de revelação do árbitro. Assim, por exemplo, o Código Deontológico do Árbitro aprovado pela APA (mas o mesmo se poderia dizer dos demais) exige apenas que o árbitro preste informação às partes e aos outros árbitros relativamente aos aspectos seguintes (art. 4.º, n.ºs. 2 e 3): «a) Qualquer relação profissional ou pessoal com as partes ou com os seus representantes legais que o árbitro convidado considere relevante; b) Qualquer interesse económico ou financeiro, directo ou indirecto, no objecto da disputa; c) Qualquer conhecimento prévio que possa ter tido do objecto da disputa».*

*Volvendo agora a atenção para o caso concreto, deve começar por salientar-se que a arbitragem em apreço apresenta características muito particulares: trata-se de uma arbitragem necessária, instaurada ao abrigo da lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro, e que, portanto, tem por objecto um litígio que põe em confronto o titular de direitos de propriedade industrial emergentes de uma patente e o requerente de uma AIM de medicamentos genéricos que o primeiro alega infringirem os seus direitos. De onde decorre que se trata de uma arbitragem que*

requer dos árbitros conhecimentos jurídicos muito especializados, circunstância que, num país de reduzida dimensão, comprime de modo significativo o universo de pessoas elegíveis para desempenhar aquela função.

*Verifica-se, por outro lado, que o incidente de recusa do árbitro designado pelas demandantes surgiu numa fase já muito adiantada do processo, tendo a demandada, fundamentado o pedido, essencialmente, nas circunstâncias seguintes:*

*- Através de acórdão datado de 24.03.2015, o Tribunal da Relação de Lisboa determinou, numa outra arbitragem, a remoção do Dr. MM das funções de árbitro;*

*- Ao tomar conhecimento desse Acórdão, a demandada ficou, imediatamente, com sérias dúvidas sobre a imparcialidade do árbitro em causa, dado que ficou a saber que ele havia sido nomeado e assumira funções em cerca de 50 arbitragens necessárias ao abrigo da Lei n.º 62/2001;*

*- Por essa razão, a demandada ou empresas do grupo da demanda suscitaram o incidente de recusa do Dr. MM em diversos outros processos arbitrais;*

*- Além disso, a demandada, no presente processo veio requerer que o Dr. MM respondesse a uma série de questões, mas este limitou-se a esclarecer que fora designado pelos mandatários das Demandantes em duas arbitragens no âmbito da Lei n.º 62/2011, ambas tendo por objecto a mesma substância activa, recusando-se a responder às demais, sem qualquer explicação ou fundamento;*

*- Por outro lado, o Dr. MM terá sido nomeado, pelo menos, em 53 arbitragens iniciadas ao abrigo da citada lei e sempre por titulares de patentes;*

*- A Demandada ter mesmo razões para suspeitar que tal tenha ocorrido em mais de 100 arbitragens, que terão rendido várias centenas de milhares de euros àquele árbitro, sendo que as arbitragens instauradas nos termos da Lei n.º 62/2011 representam uma parte muito significativa da respectiva actividade;*

*- O Senhor Dr. MM violou, de forma deliberada e continuada o dever de revelação imposto pelo art. 13.º da LAV, o que suscita na Demandada fundadas dúvidas sobre a sua independência e imparcialidade.*

Está bem de ver, por conseguinte, que a demandada assenta o essencial da sua argumentação na circunstância de o árbitro que pretende ver removido não ter respondido a algumas das questões que pretendia ver esclarecidas e, além disso, em meras conjecturas e suspeitas relativas ao número total de arbitragens no âmbito da Lei n.º 62/2011 em que aquele mesmo árbitro foi nomeado por titulares de patentes e numa suposta dependência

económica face aos correspondentes processos arbitrais.

*Que dizer desta argumentação?*

Registe-se, antes de mais, não haver absoluta coincidência entre as questões que, em 16.04.2015, no âmbito do presente processo, a Demandada endereçou ao árbitro que pretende desqualificar (cfr., supra, n.º 4 do relatório da presente decisão) e aquelas que, no requerimento que se aprecia, alega terem provocado o surgimento de sérias dúvidas quanto à independência desse mesmo árbitro (cfr. os n.ºs. 23 e 24 do requerimento da demandada, que acima se reproduziram). Efectivamente, e a título de exemplo, a demandada, no âmbito da presente instância arbitral, jamais questionou o Dr. MM sobre os montantes que recebeu pelo exercício das suas funções em arbitragens semelhantes ou sobre se tais arbitragens representam uma parte muito significativa da sua actividade profissional. Acresce o facto de a demandada fazer afirmações para que não apresenta o mínimo suporte factual, antes constituindo o resultado de meras conjecturas ou suposições (assim, por ex., as que constam das alíneas d), e) e f) do n.º 23 do requerimento de recusa).

Em segundo lugar, importa dizer que o teor do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, a que a demandada se reporta, de modo algum suporta as conjecturas e as inferências que a mesma pretende extrair para a hipótese dos autos. Na realidade, como até resulta das transcrições que a demandada faz desse Acórdão, o que determinou em tal caso a recusa do árbitro foi o número excessivo de indicações e nomeações efectuadas pelos mesmos mandatários e pela mesma parte (50 indicações pelos mesmos mandatários, nos últimos 3 anos, e 19 designações pela mesma parte e/ou suas associadas, em relação à mesma substância activa, em idêntico período de tempo). Ora, na situação que se aprecia, ficou claro pelos esclarecimentos prestados, quer pelo árbitro visado, quer pelos mandatários das demandantes, que o referido árbitro foi nomeado pelas demandantes e pelos respectivos mandatários em, tão-somente, duas arbitragens no âmbito da Lei n.º 62/2011: a presente e uma outra tendo por objecto a mesma substância activa. Não se verifica, por conseguinte, qualquer reiterada nomeação do mesmo árbitro pelas mesmas partes e/ou pelos mesmos mandatários.

Afigurando-se, em contraponto, perfeitamente natural e lógico que, envolvendo dois litígios a mesma substância activa e a defesa dos mesmos direitos de propriedade intelectual, as demandantes hajam optado, em ambos, pela designação de um reputado

especialista em matéria de patentes para exercer funções de árbitro. Sendo bem certo, ademais, que nada é dito ou se sabe sobre se a outra arbitragem em que as demandantes estão envolvidas já cessou, ou, pelo contrário, ainda se encontra em curso.

Em terceiro lugar, como a demandada também reconhece e constitui doutrina pacífica, a mera violação do dever de revelação não constitui, por si só, fundamento para remover o árbitro que a tenha cometido. Restando ainda averiguar se uma tal violação ocorreu, efectivamente, na hipótese *sub judicio*, o que passa por saber se o Dr. MM deveria ter respondido a todas as questões que a demandada lhe endereçou ou elucidá-la sobre as circunstâncias que a mesma alega terem contribuído para, aos seus olhos, pôr em causa a imparcialidade e a independência daquele árbitro.

*Entendemos, convictamente, não ser esse o caso, pelas razões que passamos a explicitar.*

Como antes se observou, o juízo sobre a independência de um árbitro deve ater-se às circunstâncias particulares de cada caso. Observou-se, igualmente, que o dever de revelação, embora tenha como objecto «todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência» (art. 13.º, n.º 1, da LAV), respeita, essencialmente, às relações que o árbitro tenha ou haja tido com as partes ou com os seus representantes legais, a interesses económicos que possua relativamente ao objecto da disputa, ou ao seu prévio contacto ou relacionamento com esse mesmo objecto. De resto, e como também é geralmente sabido, a mera revelação de factos ou circunstâncias por parte de um árbitro não implica, necessariamente, o reconhecimento da existência de um conflito de interesses, nem pode servir de esteio à formulação de uma presunção nesse sentido.

Ora, a circunstância de um reputado profissional do direito exercer, ou ter já exercido, funções de árbitro em numerosas arbitragens não constitui - não pode constituir - fundamento plausível para se duvidar da sua seriedade e isenção, ou para por em causa a sua independência. Do mesmo modo, o facto de um eminente jurista retirar grande parte dos seus proventos da prática arbitral não tem qualquer relevo para a enunciação de um juízo razoável e sério acerca da respectiva isenção para apreciar e decidir um determinado litígio. A confirmá-lo está o facto de não se encontrar o mínimo rasto de tais situações nas extensas listas (vermelha e laranja) que integram as Directrizes

da IBA. Aliás, defender o contrário representaria, certamente, uma inadmissível compressão de direitos fundamentais da pessoa em causa, na medida em que restringiria, de forma desproporcional, desde logo a liberdade de exercício da profissão que escolheu e para a qual se preparou adequadamente, a ponto de ver a qualidade dos seus serviços reconhecida no meio profissional em que se move.

Dito isto, apenas cabe acrescentar que, tendo em consideração o acima exposto acerca do carácter fortemente especializado das arbitragens necessárias em matéria de medicamentos, o facto de o Dr. MM ter sido indicado para desempenhar funções de árbitro, pelas mesmas partes e pelos mesmos mandatários, em apenas duas arbitragens, para mais respeitantes a um mesmo princípio activo, não se afigura, por si só (e, portanto, desacompanhado de circunstâncias adjuvantes que teriam, em qualquer caso, de ser concretamente especificadas e comprovadas pela demandada), suficiente para, aos olhos de um observador independente, suscitar dúvidas - para mais sérias e fundadas - acerca da imparcialidade e independência do referido árbitro.

*Assim sendo, e pelas razões antes aduzidas, decide-se, por unanimidade, indeferir o requerimento da demandada.  
-...-”*

**Inconformada com aquela decisão vem, M., Lda., demandada na arbitragem necessária *ad hoc* iniciada ao abrigo da Lei n.º 62/2011, de 12 Dezembro pelas Demandantes R e L, relativa a medicamentos genéricos contendo como substância activa levonorgestrel, ao abrigo do disposto nos artigos 14.º, n.º 3 e 59.º, n.º 1 al. b) da Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro, (doravante LAV), reiterar junto deste Tribunal da Relação o pedido de recusa do árbitro, Dr. MM, com os seguintes fundamentos:  
(...)**

**Notificado o Exmo. Árbitro sobre o qual recai o pedido de recusa para, querendo, exercer o *direito de contraditório*, nada disse.  
#**

**APRECIANDO E DECIDINDO:**

**Thema decidendum**

***- A questão sub iudice prende-se com a reapreciação, por este Tribunal estadual competente para o efeito / TRL, do pedido de recusa dum dos árbitros que constituem o respectivo Tribunal Arbitral.***

**#**

**I - SÃO ESTES OS FACTOS IMPUTADOS PELA DEMANDADA AO EXMO. ÁRBITRO RECUSADO E QUE NÃO FORAM, POR ESTE, CONTESTADOS:**

- No âmbito de um outro processo iniciado ao abrigo da lei 62/2011, de 12 de Dezembro, o Tribunal da Relação de Lisboa considerou que, “existem fundadas dúvidas sobre a independência e imparcialidade” do Dr. MM. Nesse processo, o Tribunal da Relação de Lisboa concluiu, de forma cristalina, que “o que está em causa é a aparente ligação do Dr. MM ao mesmo tipo de conflito, indicado sempre pela parte que defende o mesmo tipo de interesse, sem sequer se entender que existe um dever de revelação por parte da pessoa assim nomeada.” (cfr. Documento nº 8).
- Através desse Acórdão, a Requerente ficou também a saber que, até meados de 2014, o Dr. MM havia sido nomeado pelo menos em *50 processos de arbitragem necessária no âmbito de litígios abrangidos pela Lei n.º 62/2011*.
- Na actualidade, o número total de arbitragens para as quais o Dr. MM foi nomeado ao abrigo da lei 62/2011, de 12 de Dezembro ultrapassa largamente as 50, desconhecendo a Requerente o número exacto dado que o Dr. MM se recusou divulgá-lo.
- Em todas essas arbitragens o Dr. MM foi nomeado por titulares de patentes, “*com o mesmo tipo de interesse*”, ainda que por intermédio de diferentes sociedades de advogados.
- O valor geralmente fixado para os honorários dos árbitros oscila, aproximadamente, entre €60000 (sessenta mil euro) e €15000 (quinze mil euro) cabendo entre €20000 (vinte mil euro) e €5000 (cinco mil) a cada árbitro, pelo que o montante arrecadado pela nomeação em aproximadamente 100 arbitragens ascenderá a várias centenas de milhares de euros, com toda a probabilidade, a mais de meio milhão de euros.
- O que é aliás confirmado pela acta de instalação no processo arbitral em apreço, nos termos da qual se fixaram os honorários dos árbitros em €60000 (sessenta mil euros) e os honorários do secretário do tribunal arbitral em €6000 (seis mil euros) (cfr. Documento nº3).
- As arbitragens ao abrigo da lei 62/2011, de 12 de Dezembro representam uma parte muito significativa da actividade profissional do Dr. MM (cfr. Documento nº 9).
- O Dr. MM foi questionado de forma directa e clara pela Requerente, neste e noutros processos arbitrais, sobre o número total de arbitragens em que foi indicado tendo-se recusado a prestar as informações solicitadas, o que fez sem apresentar qualquer fundamento ou explicação.
- A Requerente ou empresas do grupo da Requerente requereram a remoção do Senhor Dr. MM noutros processos, precisamente,

por considerar que o Dr. MM não reúne a imparcialidade e independência necessárias.

- *Em resposta aqueles pedidos de remoção, o Dr. MM renunciou às funções de árbitro em todos esses processos.*

- *Num desses processos, não obstante ter renunciado ao encargo, o Dr. MM não devolveu os montantes recebidos a título de honorários à empresa do grupo da Requerente, a sociedade A., Lda (cfr. Documento nº 10).*

- O Dr. MM afirma frequentemente em público que não profere votos de vencido mesmo quando discorda dos restantes árbitros.

- O Dr. MM elaborou e subscreveu um parecer jurídico, a pedido da sociedade M., Inc., sobre diversas matérias substantivas e processuais relativas a patentes, em especial, sobre se “num procedimento cautelar, por infracção a um direito de patente, fundado num título de patente válido, poderá o Tribunal apreciar da verificação dos requisitos de patenteabilidade dessa patente e denegar a providência com fundamento na não existência de um deles, concretamente, por não se verificar o requisito da actividade inventiva?” (cfr. Documento n.º 11).

- Todos estes factos são do conhecimento pessoal do Dr. MM.

- A Demandada também não sabe em quantas arbitragens o Dr. MM foi nomeado árbitro em processos iniciados ao abrigo da lei 62/2011, de 22 de Dezembro, nem quantos desses processos o foi por titulares de patentes.

- No dia 30 de Abril de 2015, a Requerente apresentou um requerimento, nos termos do qual informou o Tribunal Arbitral de que, no âmbito de outro processo arbitral relativo à substância activa rivastigmina o Dr. MM enviou uma comunicação à Requerente, revelando um conjunto de factos que nesta suscitou seríssimas e fundadas dúvidas sobre a sua independência e imparcialidade no âmbito do referido processo arbitral.

- Uma vez recepcionada essa comunicação, a Requerente dirigiu um conjunto de questões ao Dr. MM no âmbito do presente processo no intuito de clarificar essas dúvidas (cfr. Documento n.º4).

- O Dr. MM recusou-se a responder às referidas questões.

- Com efeito, através de uma comunicação enviada no 21 de Abril de 2015, o Dr. MM limitou-se a informar ter sido “designado pelos Ilustres Mandatários das Demandantes em duas arbitragens no âmbito da Lei nº 62/2011: a presente e uma outra tendo por objecto a mesma substância activa (levonorgestrel).” (cfr. Documento n.º 5).

#

II - Notificado o Exmo. Árbitro recusado do pedido formulado contra si formulado neste Tribunal da Relação de Lisboa, a fim

de, querendo exercer o respectivo contraditório, nada disse.

#

III - Foram os autos aos vistos dos Exmos. Adjuntos.

#

IV - O DIREITO:

Tendo a questão da tempestividade do recurso sido já apreciada aquando do recebimento de recurso passemos, de imediato, ao conhecimento do incidente de recusa de árbitro.

*Como sabemos Portugal “encontra-se dotado, com a entrada em vigor, em 14-3-2012, da Nova Lei de arbitragem Voluntária/LAV, de uma cuidada legislação sobre arbitragem voluntária. Combina soluções encontradas pela Lei-Modelo da UNCITRAL, na qual se baseou largamente, com particularidades próprias e fórmulas tradicionais portuguesas no domínio do processo de soluções de litígios. (...) A jurisprudência portuguesa, na sua generalidade, tem prestado um serviço notável à arbitragem, não só acolhendo-a, como também contribuindo, decisivamente, para a consagração das melhores soluções face aos ensinamentos do direito comparado (...)” – neste sentido, o prefácio da Lei de Arbitragem Comentada por Manuel Pereira Barroca, pags.7 e 8, Almedina, 2013.*

A referida modernidade também tem a ver com uma regulamentação mais exigente em matéria de fundamentos de recusa dos elementos que compõem o Tribunal Arbitral – cfr. anotação do mesmo autor ao artº13º da LAV, pags.67 e 68, onde escreve que, “o árbitro após ter sido convidado para exercer funções arbitrais e antes de aceitar o convite, tem a obrigação legal de revelar os factos e as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência: tratando-se de arbitragem ad hoc, o proposto árbitro, após conhecida a composição do tribunal, deve informar os restantes árbitros e as partes daqueles factos ou circunstâncias, por forma a permitir às partes tomar posição sobre o conteúdo da declaração”.

Esse artigo 13.º estabelece quais os fundamentos de recusa:

*1 - Quem for nomeado para exercer as funções de árbitro deve revelar todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência.*

*2 - (...) igual dever de revelação se impõe ao longo de todo o processo arbitral relativamente a circunstâncias supervenientes ou de que só tenha tomado conhecimento depois de aceitar o encargo.*

Há também que valorar os factos à luz da Lei n.º 62/2011, de 12/12 (*regime de composição dos litígios emergentes de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos*), que remete para a citada LAV, aplicável, *in casu, ex vi*, art.ºs. 2º e 3º, n.º 7 da Lei n.º 62/2011 e artigos 3º e 4º, n.º1 da parte preambular, da referenciada Lei n.º 63/2011.

O art.º 9º da LAV entre os requisitos dos árbitros estabelece que os árbitros devem ser independentes e imparciais (n.º3).

Sobre a natureza dos Tribunais Arbitrais como autênticos Tribunais (*se legalmente constituídos e durante a sua duração*) ainda não há muito tempo se pronunciou o Tribunal Constitucional desta maneira:“(...) *Deverá aqui começar por se recordar que a CRP expressamente reconhece a possibilidade, no seu art.202 n.º 4, de recurso, por parte do legislador ordinário, a instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos, assim consagrando a conformidade constitucional com a existência e funcionamento de tribunais arbitrais, bem como, naturalmente, as decisões por ele proferidas (...)*” – cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional/TC n.º256, publicado no DR n.º 187, II Série, de 26-11-2012, na esteira da jurisprudência pioneira do mesmo TC, sendo paradigmático, o Acórdão do TC n.º 52/92 relatado pela, então Conselheira, Assunção Esteves e que viu a sua posição reforçada pela revisão constitucional de 1997 (art.º20º da CRP).

O pressuposto da independência do árbitro é a sua liberdade de decisão e, sem esta, dificilmente, há imparcialidade.

O primeiro requisito é de natureza objectiva e o segundo de ordem subjectiva.

Para se aferir tais requisitos deve-se valorar não só as ligações pessoais dos árbitros mas também as objectivas – cfr. Conseil Consultive des Barreaux de la Communauté Européenne/Código de Deontologia e as Regras de Ética da IBA/International Bar Association. A nível jurisprudencial, por exemplo, o acórdão do Tribunal de Paris de 12-1-99 (*caso SA Milan Press em que se anulou uma sentença arbitral pelo facto dum árbitro designado ser ex-sogro do advogado da outra parte*).

A nível nacional, realça-se o Código Deontológico do Árbitro, aprovado em 11/04/2014, pela Associação Portuguesa da Arbitragem que prevê no seu artigo 3º os referidos princípios de independência e imparcialidade – *in*, [www.caad.pt](http://www.caad.pt).

E a nível internacional, relevam, particularmente, as supra aludidas Directrizes 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 – consultar, in, [www.ibanet.org](http://www.ibanet.org) e Google / em português / Directrizes da IBA relativas a Conflitos de interesses em Arbitragem Internacional onde se refere na introdução que *“cria-se uma tensão entre os direitos das partes a divulgar situações que possam justificadamente pôr em dúvida a imparcialidade ou independência dum árbitro e o acesso das partes a um julgamento imparcial, de um lado, e o direito das partes de seleccionar livremente seus próprios árbitros”*.

Tentando conciliar esses direitos optou-se por esta directiva no sentido da divulgação: *“se houver factos ou circunstâncias que, aos olhos das partes, possam suscitar dúvidas quanto à imparcialidade do árbitro, cumpre a este divulgá-los às partes, à instituição arbitral ou a outra autoridade responsável pela nomeação (...) antes de aceitar a sua nomeação ou, após tal aceitação, assim que deles tiver conhecimento”*.

Como é referido na decisão posta em crise e nas alegações da recusante, as Diretrizes da IBA estabelecem em anexo umas Listas (*Vermelha, Laranja e Verde consoante a maior ou menor gravidade, respectivamente*) e descrevem as circunstâncias concretas que devem ser objecto de atenção por parte do árbitro e das partes no que concerne a situações que revelam conflito de interesses ou que podem suscitar dúvidas razoáveis sobre a independência e imparcialidade dos árbitros.

São tais princípios que permitem que se diga que o árbitro não é um representante da parte que o indicou – cfr. o artigo 3º nº 2 do Código Deontológico do Árbitro do seguinte teor: - *O árbitro designado pela parte não é seu representante ou mandatário estando em todas as circunstâncias, sujeito às obrigações deontológicas previstas neste Código.*

Corolário dos mencionados princípios da imparcialidade e independência dos árbitros/juízes é o denominado dever de revelação que impende sobre estes.

Concordamos com a decisão *“recorrida”* quando refere que a omissão desse dever não implica, necessariamente, o afastamento do respectivo árbitro.

Para esse efeito, impõe-se, efectivamente, uma valoração dos

factos omitidos, *ab initio*, na perspectiva do “*olhar da parte*” recusante.

E, se assim for, com todo o respeito pela opinião contrário, chegaremos a conclusão diversa.

Senão vejamos.

Não podemos pôr em causa a competência do árbitro recusado pela demandada que é indiscutível, desde logo, pelo seu *curriculum* em matéria de arbitragem e do tema em discussão.

Porém, a sua participação 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, obrigava o “*recusado*” a “*revelar previamente*” as posições que já tomara, anteriormente, sobre a mesma matéria ou afins.

Pensamos, com todo o respeito, que, foi essa a sua “*falha*”, na medida em que, só após a decisão proferida no Acórdão desta Relação de Lisboa, de 24-3-2015, in, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (pº1361/14.OYRLSB-L1-1) veio comunicar a recusa aí declarada, precisamente, alicerçada no não cumprimento do analisado dever de revelação.

Deste modo, 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 – sobre a complexidade da matéria objecto de arbitragem é bom recordar que “*a tutela da inovação, incluindo o Regime das Patentes de Invenção, dos Modelos de Utilidade, das Topografias dos Produtos Semicondutores, dos Direitos de Obtenção Vegetal e dos Desenhos ou Modelos*”, é regulada pelo denominado “*Direito Industrial*” (para maiores desenvolvimentos, vide, “*Direito Industrial / Noções Fundamentais, de Pedro Sousa e Silva, Coimbra Editora, 2011, em especial, pags.9 a 16*).

Não foi o facto do árbitro em causa ter participado em dezenas de arbitragens, nem de anteriormente ter dado um parecer jurídico sobre a inaplicabilidade dos procedimentos cautelares em matéria de patentes, mas sim, a surpresa da demandada

resultante de só “a posteriori” ter conhecimento das suas múltiplas arbitragens neste tipo de demanda que, o tornou aos “olhos da demandada” parcial, logo, não independente.

*Mutatis mutandis e por maioria de razão, é aplicável ao caso vertente, o que se decidiu no Acórdão do STJ, de 8-1-2015, nestes termos sumariado: “(...) a seriedade e gravidade do motivo ou motivos causadores do sentimento de desconfiança sobre a imparcialidade do juiz, só são susceptíveis de conduzir à recusa ou escusa do juiz quando objectivamente consideradas; uma das situações susceptível de gerar suspeita relevante decorre de contingências de relação (...) com algum dos interessados, as quais consoante a intensidade da relação existente, podem justificar a escusa com fundamento da afectação da imparcialidade objectiva (...)” – in, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (pº1969/10.2TDLSB.L1-A.S1/3ª Secção).*

No mesmo sentido, são os exemplos constantes de fls. 47, da “Lei da Arbitragem Voluntária, 2ª edição, 2015, coordenada por Dário Moura Vivente”, a propósito do dever de revelação: “posições jurídicas conhecidas sobre casos idênticos ou similares; antiga ligação a sociedades de advogados mandatárias das partes; multi-nomeações pela mesma sociedade de advogados; posições jurídicas conhecidas que pré-julguem o litígio” – tais exemplos constam, igualmente, das “listas vermelha, laranja e verde” das supra analisadas Directivas IBA.

Mas que fique bem claro:

*No caso decidendi não foram, nomeadamente, as múltiplas nomeações do árbitro em causa que nos impressionaram negativamente (pelo contrário, até revela a sua competência e prestígio em relação à matéria em discussão).*

Foi a violação objectiva do dever de revelação que permitiu a suspeição aos olhos da demandada quanto à sua independência e imparcialidade.

Pensamos ser oportuno trazer à colação, o exaustivo e profundo estudo do malgrado e eminente jurista, Miguel Galvão Teles, intitulado “A Independência e Imparcialidade dos Árbitros Como Imposição Constitucional”, em que *de jure condendo* (pois, a LAV na altura não consagrava como a actual faz o dever de revelação) escreveu: “Entre nós, a LAV refere dois casos de responsabilidade dos árbitros, nenhum deles referente ao conteúdo de decisões (se escusar injustificadamente ao exercício da sua função; injustificadamente obstar a que a decisão seja proferida no prazo fixado). Haverá, pelo menos, um outro caso possível de

*responsabilidade, sem conexão directa com o conteúdo da decisão: o de o árbitro ocultar ou não revelar facto susceptível de pôr em causa a sua independência ou imparcialidade” – cfr. [www.mlgts.pt](http://www.mlgts.pt) / independência e imparcialidade dos árbitros como imposição constitucional.*

Ora, estando hoje o dever de revelação consagrado legalmente a questão põe-se *de jure constituto*, pelo que, a par dos exemplos, anteriormente, enunciados, impunha-se que o questionado árbitro, logo que indicado por uma das partes, desse a conhecer toda a sua actividade no âmbito das arbitragens idênticas ou similares em que participou ou das suas legítimas ligações, nomeadamente, através de pareceres jurídicos, aos detentores de patentes na área dos medicamentos.

*Concluindo e sumariando:*

*- Não tendo o Exmo. 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”.*

*Decisão:*

- Assim e pelos fundamentos expostos, acordam os juízes desta Relação em julgar procedente o pedido de recusa deduzido contra o árbitro, Dr. MM, com as consequências legais daí resultantes – artºs.13º e 14º da LAV vigente.
- Custas pelos demandantes (artº527º do CPC).

Lisboa, 29-9-2015

**Relator: Afonso Henrique Cabral Ferreira**

**1º Adjunto: Rui Manuela Torres Vouga (votou a decisão, de cujos fundamentos divirjo, pelas razões que constam da declaração de voto anexa)**

**2º Adjunto: Maria do Rosário P. Pegado Gonçalves**

**Declaração de voto:**

**Votei a decisão, embora dissentindo dos fundamentos nela**

invocados (fundamentalmente por não subscrever a tese nela implicitamente acolhida, segundo a qual a omissão da revelação de circunstâncias passíveis de suscitar dúvidas sobre a imparcialidade e independência do árbitro constituiria, por si só, causa para a sua recusa – já que a não revelação é uma questão distinta da de saber se o árbitro é independente e imparcial), porquanto a circunstância de o árbitro ter, anteriormente, emitido um parecer jurídico no qual se pronunciou, ainda que a título incidental, sobre a questão jurídica decidenda na arbitragem, tal como o facto de o árbitro ter, anteriormente, nessa qualidade, em dezenas de arbitragens versando a mesma questão jurídica fundamental e nas quais perfilhou, invariavelmente a tese propugnada por uma das partes (in casu, o titular de direitos de propriedade industrial emergentes duma patente) constituem, irrecusavelmente, circunstâncias passíveis de ser olhadas pelas partes como podendo suscitar fundadas dúvidas quanto à sua imparcialidade, estando, de resto, expressamente previstas na Lista Verde das Directrizes da IBA – documento que regula exaustivamente esta matéria e que é invocado e aplicado tanto em arbitragens internacionais como nacionais pelos Tribunais judiciais e arbitrais de dezenas de países (incluindo os EUA, a Suíça e o Reino Unido) – como circunstâncias merecedoras de atenção por parte do árbitro e das partes, pelo que, embora tais circunstâncias não tenham de ser reveladas “de motu próprio”, pelo árbitro, é inegável que, aos olhos das partes, elas podem suscitar fundadas dúvidas sobre a imparcialidade e independência do árbitro.

Acresce que – ao contrário do que foi relevado na decisão que, in casu, indeferiu o incidente de recusa – é totalmente irrelevante, para este efeito, que o árbitro recusado seja um eminente jurista com obra científica publicada sobre a matéria jurídica em discussão na arbitragem (patentes) e que o universo dos juristas portugueses especializados em tal domínio seja muito escasso, porque o argumento, em ultima análise, conduziria à inaceitável conclusão de que o árbitro recusado seria uma personagem incontornável no círculo das pessoas elegíveis para serem árbitros em arbitragens desta natureza. De resto, se o argumento tivesse alguma relevância nesta sede, isso implicaria dever-se concluir que todos os juristas que não tivessem obras ou artigos científicos publicados em matéria de patentes – como, por ex., o Presidente deste Tribunal Arbitral – não teriam sequer qualificações suficientes para serem nomeados árbitros neste tipo de arbitragens.

Rui Torres Vouga