

O CÓDIGO DEONTOLÓGICO DA ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ARBITRAGEM

1. O tema da deontologia é frequentemente motivo de dúvidas e hesitações por parte de quem se dedica à arbitragem.

Tomemos o exemplo de quem se questiona se pode ou deve aceitar ser árbitro num processo quando o advogado da parte que o nomeia é sócio de uma sociedade de advogados a que o convidado pertence.

Aparentemente, face à Lei de Arbitragem Voluntária, e ao regime de impedimentos dos juizes para que ela remete, não haveria impedimento. Mas que credibilidade teria o árbitro nessa circunstância? Não levaria a sua aceitação a uma desconfiança da arbitragem como método de resolução de litígios?

A mesma questão se poderia colocar a alguém que prestando assessoria jurídica à holding de um grupo, fosse nomeado como árbitro por uma empresa do grupo.

Também aqui o regime dos impedimentos do Código de Processo Civil não é o bastante, nem adequado, ignorando a realidade das organizações profissionais. E das empresas em relação de grupo.

Mas as questões deontológicas colocam-se também em vários outros momentos do processo arbitral.

Pode o árbitro nomeado pela parte entrar em contacto com a parte que o nomeou?

E pode consultá-lo sobre o nome do árbitro presidente quando couber aos árbitros nomeados pelas partes a designação do terceiro árbitro?

Para credibilizar a arbitragem como meio de resolução de conflitos era e é necessário clarificar estes problemas e fornecendo linhas claras de orientação deontológica para o bom exercício da actividade do árbitro.

2. Desde o momento em que circularam os primeiros documentos preparatórios que levaram à sua constituição, a Associação Portuguesa de Arbitragem teve como uma das suas atribuições mais importantes, estudar, discutir e promover as boas práticas e as regras deontológicas da arbitragem.

Assim, logo no artigo 2º nº 2 alíneas b) e c) dos seus Estatutos se assinala como objectivo da Associação **"estabelecer um elenco de boas práticas para a realização da arbitragem"** e **"elaborar regras ou códigos deontológicos aplicáveis aos árbitros e a secretários ou assessores dos tribunais arbitrais"**.

Constituiu-se assim um Conselho Deontológico presidido pelo Dr. António Pires de Lima na qual se integraram os associados interessados e, debater o tema: nomeadamente os nossos Colegas Dr. Agostinho Pereira de Miranda, , Dr. João Nuno Azevedo Neves e Dr. Manuel Cavaleiro Brandão, Dr. Pedro Rebelo de Sousa e Conselheiro Pires Machado. O Conselho considerou seu objectivo prioritário tentar formular um projecto de Código Deontológico do Árbitro, sendo designado como Relator desse Projecto o Dr. Agostinho Pereira de Miranda.

Obviamente não se pretendia propor qualquer código no sentido técnico-jurídico de um diploma legal que compendiasse as normas legais sobre deontologia do árbitro.. Nem se encontram na nossa lei normas sobre deontologia em número tal que justifique um código, nem se considera que muitos desses deveres devam ser sequer objecto de normas jurídicas em sentido técnico.

Pretendeu-se antes formar na comunidade arbitral portuguesa, uma verdadeira "**communis opinio**" sobre quais os comportamentos e práticas eticamente exigíveis a um árbitro, evitando e superando equivocadas e entendimentos contraditórios, capazes de originar dúvidas e hesitações e, pior do que isso, estar na base de juízos e censuras de alguns, que não são partilhados por todos, e que por isso mesmo são factores desnecessários de conflitualidade e de desprestígio da actividade.

Visando a APA contribuir para aumentar o prestígio da arbitragem como forma justa e eficiente de resolução de conflitos, compreende-se a importância desde cedo atribuída a este ponto.

Depois de prolongado debate, o Conselho Deontológico elaborou um Projecto que veio a ser aprovado pela Direcção cessante em 19/06/2008 como Projecto de Código Deontológico e distribuído pelos Associados.

A nova Direcção da APA a que tenho a honra de presidir, eleita em 27 de Outubro de 2008, deu continuidade à iniciativa da Direcção anterior de realizar em Lisboa um colóquio para apresentação e discussão do referido Projecto, o qual se veio a concretizar em Novembro de 2008.

Haviam entretanto sido alterados os Estatutos da APA e neles o Código Deontológico veio a ganhar uma importância reforçada-

Passou assim de facto a constituir dever dos associados efectivos nos termos do artigo 6º nº 2 dos Estatutos "**respeitar integralmente, nas suas intervenções a qualquer título em arbitragens, as normas deontológicas adoptadas e as boas práticas processuais recomendadas pela Associação**". O incumprimento grave e reiterado deste dever poderá inclusivamente determinar a própria exclusão do associado, o que reforça a importância que o Código, uma vez aprovado, passe a valer como verdadeira auto-regulação da profissão.

E dada essa importância, a aprovação do Código deixou de ser matéria da competência de um mero Conselho Deontológico, ou mesmo da Direcção, para passar a ser matéria da competência da Assembleia Geral dos Associados.

Impunha-se por isso prolongar e aprofundar o debate sobre o projecto.

Foi o que se fez, abrindo no site da APA na Internet, uma secção de Estudos dedicada à divulgação de comentários e respostas sobre o projecto de Código, e preparando depois em Janeiro deste ano um documento de síntese, em que se compendiam as principais questões que ainda levavam a opiniões contraditórias sobre o Código e se estimulava o aprofundamento dessas questões.

Todo este material encontra-se já divulgado na Internet, assim como o Fórum público aberto para o debate de temas suscitados pelo Código.

Para esta discussão, contribuíram muito especialmente as intervenções dos oradores do Colóquio de Novembro e ainda os documentos de reflexão elaborados pelo Dr. Manuel Barrocas, pelo Dr. Sampaio Caramelo, pelo Prof. Lebre de Freitas e a análise crítica dos mesmos pelo Dr. Agostinho Pereira de Miranda.

Espera a Direcção que com este Colóquio o debate prossiga e se alargue a outros intervenientes, de modo que o Código que vier a ser proposto à deliberação da nova Assembleia Geral seja reconhecido por todos os associados como um documento que reflecta de facto a nossa convicção comum do que deontologicamente um árbitro deve observar.

3. Antes de examinarmos os temas concretos que se encontram ainda pendentes, gostaria de dizer algo sobre o alcance que poderá e deverá ter a fixação de um Código Deontológico pelos órgãos de uma Associação como a APA.

As regras deontológicas dos árbitros têm sido desenvolvidas sobretudo pelos centros institucionalizados de arbitragem, em que existe normalmente um órgão que supervisiona a actuação dos árbitros e procura imprimir um standard de qualidade às arbitragens aí realizadas. As regras deontológicas são assim os critérios com base nos quais é garantido por esse órgão essa mesma qualidade.

Sucedem que em Portugal a larga maioria das arbitragens são arbitragens "**ad hoc**", que se desenvolvem sob o controlo directo das partes, e não integradas ou enquadradas por qualquer centro institucionalizado.

A lei geral, ao abrigo da qual tais arbitragens se desenvolvem, contém escassas e genéricas indicações sobre os princípios que devem ser observados pelos árbitros, limitando-se em larga medida a remeter para o regime de impedimentos e suspeições dos juizes, e a consagrar princípios gerais, na sua actuação, como de tratamento das partes com absoluta igualdade.

Tal remissão é no entanto muitas vezes inadequada, ou insuficiente dada que os juizes exercem a sua actividade profissional como funcionários públicos, e dela não resulta, em regra, a rede de interesses e ligações resultantes de actividades anteriores e que pode afectar a conduta de um árbitro, atingindo a confiança de terceiros.

Por outro lado, a actividade do árbitro tem um nível de discricionariedade muito mais intenso que o de um juiz, já que o que caracteriza a arbitragem é a possibilidade de todo o processo ser desenhado em função dos condicionalismos e particularidades de cada caso em vez de estar objectivamente definido na lei processual. Ora o exercício deste nível alto de discricionariedade exige paralelamente a definição de standards rigorosos e objectivos de qualidade e de deontologia que funcionem como directrizes e critérios de avaliação.

Uma terceira ordem de razões impõe a formulação clara de um conjunto de regras deontológicas para os árbitros: estes, ao exercerem a sua actividade, encontram-se no desempenho de profissões variadas, cada uma com regras deontológicas próprias, nem sempre vocacionadas para regular esse tipo de actividade. De facto, a par de árbitros-advogados que se encontram como tal submetidos a regras deontológicas que em larga medida coincidem com as regras deontológicas do árbitro, podemos encontrar árbitros-engenheiros e árbitros-juizes aposentados e árbitros-professores universitários, sendo certo que as regras deontológicas destas profissões versam actos típicos de qualquer destas profissões e por isso não cobrem adequadamente a actividade arbitral.

Por exemplo, o dever de sigilo que é geralmente reconhecido como dever deontológico do árbitro consta já do dever deontológico do árbitro consta já do

dever deontológico dos advogados mas de modo algum existe nos mesmos termos na deontologia do professor universitário.

Reconhecida a necessidade de formulação de deveres deontológicos comuns aos árbitros, qual o sentido da sua consagração numa resolução de uma assembleia geral de uma associação como a APA?

Trata-se de uma série de recomendações e princípios que funcionam como verdadeira *soft law*, servindo de orientação concreta aos árbitros na sua actuação e permitindo às partes, quando o desejarem, converter em verdadeiras normas da arbitragem tais recomendações, incorporando-as nas suas convenções de arbitragem. E servirão ainda como ajuda ou apoio do órgão de aplicação da lei na determinação de conceitos normativos empregues pelo legislador a respeito da arbitragem - como os conceitos de independência e imparcialidade - contribuindo para numa fase mais avançada levar mesmo à consagração de tais recomendações como prescrições legais.

Embora o objectivo de tais recomendações não seja fundamentar acções de responsabilidade civil contra os árbitros nem acções de impugnações de decisões arbitrais, os casos mais graves e caracterizados das suas violações bem poderão relevar para qualquer desses institutos, na medida em que estejam em causa conceitos normativos cujo preenchimento seja viabilizado pela aplicação de tais normas deontológicas.

4. O Código Deontológico cujo projecto está em discussão contém fundamentalmente disposições sobre cinco grupos de matérias:

- a garantia da imparcialidade e a independência como princípios a observar na nomeação do árbitro;
- as restantes condições para a aceitação da nomeação do árbitro;
- as comunicações com as partes;
- a condução da arbitragem
- a confidencialidade e a publicidade.

As considerações que se seguem devem ser entendidas como um mero contributo pessoal já que a actual Direcção como tal ainda não tomou qualquer posição sobre o Projecto, reservando-se para o termo do debate público.

4.1. O primeiro tema que o Código trata é o das garantias de independência e imparcialidade do árbitro, o qual se coloca desde logo na própria aceitação da nomeação como árbitros, embora não se esgote nesse momento, pois o árbitro não só deve ser como deve permanecer ao longo da arbitragem independente e imparcial.

O Código opta por não definir os conceitos de independência e imparcialidade, o que tem motivado ao longo do debate algumas críticas, dado os diferentes sentidos que têm sido atribuídos a cada um destes conceitos, gerando alguns equívocos.

Por nós julgamos que haveria vantagem em procurar dar um mínimo de densidade a estes conceitos, de modo a clarificar as orientações , como é função deste Código.

Sem tentarmos aqui ensaiar uma definição, parece-nos que se deveria consagrar a ideia de que a independência diz respeito à posição do árbitro perante as partes e os seus advogados ao passo que a imparcialidade diz

respeito à posição do árbitro face ao objecto concreto do litígio e às pretensões das partes.

Mas em nosso entender, mais importante do que proceder a essa definição, seria complementá-la com a enunciação, ainda que exemplificativa, de casos em que a nomeação do árbitro nunca deveria ser aceite, por violar a própria confiança das partes na independência e imparcialidade.

Parece-nos exemplar a este respeito a enumeração que consta das Recomendações do Club Español de Arbitrage e que por isso publicamos no nosso site.

Esta enumeração tem a grande vantagem de enfrentar explicitamente os problemas de inserção de muitos árbitros em sociedades profissionais, seja de advogados ou de tipo diferente, e das relações dessas sociedades e de outros profissionais das mesmas com as partes no processo arbitral.

O Club considera assim que não deve ser aceite a nomeação quando tendo em conta a relação com as partes (entendidas estas quando empresa no sentido que lhes é dado pela Lei da Concorrência) ou com os advogados delas:

- haja identidade entre o árbitro e a parte
- o árbitro seja familiar próximo de uma parte
- o árbitro ou a sua sociedade profissional tenha interesse significativo no resultado da arbitragem
- o árbitro seja empregado ou administrador de uma das partes
- o árbitro seja sócio significativo de uma das partes

- o árbitro ou a sua sociedade profissional preste assessoria a uma das partes relativamente ao litígio
- o árbitro tenha inimizade manifesta a uma das partes
- o árbitro trabalhar na sociedade profissional ou é sócio de advogados das partes que intervém na arbitragem
- o árbitro é familiar próximo de um advogado das partes que intervém na arbitragem
- o árbitro tem inimizade manifesta com um dos advogados das partes que intervém na arbitragem.

Em nossa opinião, o Projecto de Código ganharia com uma exemplificação deste tipo, dissipando dúvidas que muitas vezes surgem neste domínio.

Quanto ao mais, o Código consagra as melhores soluções, estabelecendo a regra do dever de revelação de interesses sempre que o árbitro esteja ou caia numa situação que, embora não corresponda a uma das que de modo típico o deveriam levar a recusar a nomeação, possa suscitar dúvidas sobre a sua independência e imparcialidade.

E consagra a regra de que a garantia da independência e imparcialidade deve ser observada não só no momento da aceitação mas ao longo da arbitragem impondo ao árbitro o dever de revelação se ocorrerem mais tarde factos que possam colocar em dúvida a sua independência e imparcialidade. Ganharia porém o projecto em estabelecer de modo mais directo a obrigação do árbitro em evitar situações que possam determinar a recusa de árbitro por este deixar de garantir a necessária independência e imparcialidade.

Finalmente o Projecto aplica ao árbitro nomeado pela parte, como era necessário exactamente o mesmo regime de garantias de independência e imparcialidade que é aplicável ao terceiro árbitro

4.2. Para além das condições de aceitação que se prendem com as garantias de independência e imparcialidade o Código destaca no artigo 2º - e a nosso ver muito bem - a necessidade de o árbitro antes de aceitar a sua nomeação verificar dois outros requisitos de maior importância:

- a) dispor de tempo necessário para a arbitragem, tendo em conta o prazo fixado para esta;
- b) dispor dos conhecimentos necessários para realizar o litígio de modo justo e eficaz.

Passará assim a constituir violação de uma regra deontológica do árbitro a aceitação de uma nomeação que é logo seguida de um pedido de prorrogação do prazo para a decisão, e em consequência, deve o árbitro exigir conhecer o prazo para a arbitragem antes de aceitar a sua nomeação.

Do mesmo modo é exigível ao árbitro que haja aceite a nomeação os conhecimentos técnicos necessários para resolver o litígio, não podendo por isso o árbitro condicionar mais tarde a sua actuação à obtenção oportuna de assessoria técnica sobre a matéria central da arbitragem.

4.3. No domínio da comunicação com as partes, o Código propõe um regime muito estrito de modo a garantir a imparcialidade, impedindo qualquer comunicação do árbitro com uma parte sem a presença da outra. Algumas dúvidas têm sido levantadas quanto aos limites deste regime, chamando a atenção para a facilidade de contacto que deveria haver em tudo o que respeita à organização e ao andamento do processo. Parece assim dever reconhecer-se a utilidade e possibilidade de tais contactos unilaterais sobre o andamento do processo desde que a outra parte seja informada dos mesmos, e lhe seja dada também oportunidade idêntica.

A própria escolha do nome do terceiro árbitro, a cargo dos árbitros nomeados pelas partes é matéria que, não interferindo directamente no julgamento da causa mas apenas na própria organização do tribunal, muitos consideram poder e dever ser objecto de consultas de cada árbitro com a parte que o nomeou. Daí que concordemos com o projecto de código, ao permitir expressamente ao árbitro a consulta de parte quanto ao nome do terceiro árbitro.

4.4. Quanto à condução da arbitragem, as regras deontológicas convergem com os princípios que devem ser observadas no exercício da ampla discricionariedade que caracteriza o processo arbitral, e pode-se dizer que tem sido geralmente aceites: o princípio do carácter expedito do processo, o dever de o árbitro ter tempo disponível para assegurar essa celeridade, mas também o princípio da oportunidade conferida às partes de apresentarem o seu caso, da absoluta igualdade entre elas e do contraditório. A plena participação das partes na audiência significará a plena e ilimitada possibilidade de produzir prova, realizar instâncias, e apresentar alegações em audiência?

Permito-me no entanto suscitar aqui uma dúvida: qual o alcance que deve ser reconhecida à oportunidade concedida às partes de apresentarem o seu caso, que por vezes é caracterizada como "**plena**"?

Será essa oportunidade respeitada se se fixarem limites, por exemplo, quanto ao número de horas que pode durar uma audiência? E esse limite não é, tantas vezes, uma forma indispensável para garantir o carácter expedito da arbitragem e se cumprir o prazo fixado?

Em minha opinião a oportunidade concedida às partes não tem de ser "**plena e ilimitada**". O próprio Código de Processo Civil estabelece limites quanto ao número de testemunhos oferecidos. O que importa é que a oportunidade exista e seja "**fair**" ou razoável, permitindo à parte, através de uma gestão eficaz do seu tempo, produzir a prova pretendida!

- 4.5. Quanto à matéria de honorários e despesas o projecto de Código define os critérios gerais que cada árbitro deve seguir neste domínio e impõe uma regra absoluta que por todos é reconhecido como necessária para que o árbitro nomeado pela parte seja verdadeiramente um árbitro: a proibição de ajuste bilateral entre a parte e o árbitro por si nomeado quanto a honorários e despesas.

Recebeu no entanto o projecto a crítica de que se estaria pressupondo o poder de o árbitro impor às partes como elemento da sua decisão o dever de pagamento dos próprios honorários.

Ora, como se sabe, e a menos que as partes tenham confiado aos árbitros na convenção de arbitragem directa ou indirectamente o poder de

fixar os seus honorários, este é matéria que apenas pode ser objecto de um acordo e não de uma decisão unilateral.

Creemos que o Código não merece crítica, pois se limita a fixar os critérios que os árbitros devem seguir e não a impor o que quer que seja às partes.

No entanto, a crítica talvez tenha resultado de facto de faltar o princípio de que sempre que possível e na falta de estipulação na convenção arbitral, os honorários deveriam ser propostos à partida às partes de tal modo que a própria aceitação dos árbitros fosse simultânea ao estabelecimento de um acordo de honorários.

A verdade porém é que poderá suceder que uma das partes não queira viabilizar a arbitragem e a regra do acordo prévio nem sempre é viável, não se podendo censurar os árbitros pelo facto de terem avançado sem terem obtido tal acordo prévio.

- 4.6. Finalmente o Código versa a matéria de confidencialidade e de publicidade um dos pontos onde mais se faz sentir a necessidade de regras claras, face ao silêncio com que a Lei de Arbitragem Voluntária trata esta questão e face ao facto de muitos árbitros não estarem sujeitos na sua profissão a um Código Deontológico que, como o dos advogados, que proíba a divulgação do conteúdo dos processos onde intervém.

Ao consagrar de forma muito clara o dever de respeitar a confidencialidade do árbitro seja sobre o processo seja sobre a decisão, o projecto de Código parece-nos cumprir, o objectivo proposto. Importaria no entanto que este dever de confidencialidade fosse construído, não só para

protecção das partes, mas também dos restantes árbitros aplicando-se por isso frente às próprias partes, no que respeita ao modo como se produziu a decisão arbitral.

Por outro lado poderia o Código versar a questão da possibilidade de divulgação das decisões arbitrais para fins científicos e desde que expurgados dos elementos identificadores das partes.

Deverá uma tal divulgação ser permitida independentemente do acordo das partes?

Creemos que a decisão arbitral, sendo depositada no tribunal arbitral, deve poder ser divulgada nesses termos, mesmo sem o acordo prévio das partes, embora se uma delas se opuser activamente a tal publicação deve a sua vontade ser respeitada. Tal como se preconiza na proposta da nova Lei de Arbitragem Voluntária.

Importa a nosso ver introduzir esta ressalva no Projecto para que a mesma se possa considerar totalmente consistente com a proposta da nova Lei de Arbitragem Voluntária.

5. Conclusão

Estas são as considerações que entendi dever submeter à vossa consideração, fazendo o pondo da situação do novo Projecto de Código Deontológico e avançando algumas contribuições pessoais para o debate público que continua aberto até que a Direcção ouvido o Conselho Deontológico apresente uma proposta à Assembleia Geral da nossa Associação.

Para que o Código possa desempenhar a sua função é no entanto necessário que os colegas que vêm trabalhando em arbitragem e se integrem na nossa Associação verifiquem se o mesmo traz resposta às suas dúvidas e hesitações e se essa resposta é satisfatória.

Só com a contribuição activa e interessada do maior número teremos um documento que venha de facto a merecer o nome de Código Deontológico da APA. Espero que este Colóquio permita reabrir o debate e suscitar essas contribuições conduzindo a tal objectivo.

Lisboa, 14 de Abril de 2009