



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O Estatuto dos Árbitros na Arbitragem Administrativa

A criação de um normativo próprio

Mariana de Carvalho Sousa Lima

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2023



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O Estatuto dos Árbitros na Arbitragem Administrativa

A criação de um normativo próprio

Mariana de Carvalho Sousa Lima

Orientador: Pedro Cerqueira Gomes

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2023

Agradecimentos

Ao avô João e à tia Marta pelo apoio e disponibilidade permanentes;

À minha querida mãe pelo carinho e incondicional apoio;

À restante família e amigos pela paciência que tiveram comigo;

Ao orientador, Professor Doutor Pedro Cerqueira Gomes, pelas valiosas orientações, disponibilidade e simpatia;

A todos muito obrigada.

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a necessidade da criação de um regime jurídico próprio para a arbitragem em direito administrativo. É notório que ao árbitro incumbe um papel central no sistema de justiça arbitral, razão pela qual nos focaremos no respetivo estatuto, mais concretamente, nos requisitos para a respetiva designação, os seus direitos e deveres, bem como nas potenciais situações de conflito de interesses em que possam incorrer. O quadro normativo atualmente aplicável neste contexto encontra-se disperso por um conjunto de diplomas: no essencial, a Lei da Arbitragem Voluntária, a que se somam algumas normas específicas previstas no Código de Processo nos Tribunais Administrativos, e, mais recentemente, no Regime Jurídico da Arbitragem Tributária. Partindo dos moldes em que se encontra atualmente regulado o estatuto dos árbitros, a questão que se coloca é a de saber se o regime da Lei da Arbitragem Voluntária, que releva originariamente do universo do comércio privado, pode responder adequadamente às exigências próprias que se colocam no quadro da resolução de litígios de direito administrativo ou se, pelo contrário, o mesmo é omissivo quanto a aspetos importantes. Para o efeito, analisámos os mais recentes desenvolvimentos em Portugal, onde as sucessivas alterações do Código de Processo nos Tribunais Administrativos têm introduzido algumas disposições específicas nesta matéria, e onde, em 2011, foi adotado um regime especial para a arbitragem tributária. Analisámos também os desenvolvimentos no contexto da arbitragem internacional, onde a questão do *double hatting* tem sido objeto de um aceso debate. Com base nessa análise, identificámos as principais omissões e dificuldades interpretativas. A conclusão final é de que a criação de um normativo próprio se apresenta como inteiramente justificada, pelo que, tendo por referência a proposta para um regime jurídico da arbitragem administrativa, recentemente desenvolvida por um Grupo de Trabalho sob a coordenação de Tiago Serrão, propusemos contributos para a regulamentação do estatuto dos árbitros nas diversas dimensões que o integram.

Palavras-Chave

Arbitragem Administrativa. Estatuto do árbitro. Normativo Próprio.

Abstract

This dissertation aims at demonstrating that a specific legal regime on administrative law arbitration is needed. Being indisputable that arbitrators play an essential role in the arbitral justice system, our focus will be on their statute, particularly on the requirements for their designation, their rights and obligations, as well as their possible conflicts of interests. The current legal framework on those aspects is scattered throughout several pieces of legislation: mainly, the Voluntary Arbitration Law, with some special rules applying pursuant to the Code of Administrative Court Procedures and, more recently, the Legal Regime for Arbitration on Tax Matters. Taking as a starting point the applicable legal rules on the statute for arbitrators, the question is whether the Voluntary Arbitration Law, with its set of rules originally conceived for commercial arbitration disputes between companies, can appropriately address the specific concerns underlying the resolution of administrative law disputes or, otherwise, leaves important questions unanswered. To that end, we analysed the most recent developments in Portugal, where successive revisions of the Code of Administrative Court Procedures introduced new specific rules on this topic, and where, in 2011, a special regime for tax arbitration was adopted. We also looked into the latest developments at international level, where the question of *double hatting* has sparked a spirited debate. On that basis, we identified the main existing gaps and difficulties in legal interpretation. The final conclusion is that there are solid grounds for the adoption of a specific legal regime on administrative law arbitration; consequently, we made suggestions on how to best regulate the different aspects covered by the statute for arbitrators, using as a reference a proposal for a legal regime on arbitration in administrative disputes, recently drafted by a working group under the coordination of Tiago Serrão.

Keywords

Administrative Law Arbitration. Statute for arbitrators. Specific legal regime.

Índice

Agradecimentos.....	2
Resumo.....	3
Abstract	4
Lista de Siglas e Abreviaturas.....	6
1. Introdução	8
2. Noção e tipologias de arbitragem	10
2.1. Noção de arbitragem	10
2.2. Tipos de arbitragem	11
3. Estatuto dos árbitros.....	12
3.1. Breves considerações introdutórias.....	12
3.2. Requisitos para o exercício da função arbitral.....	14
3.2.1. O regime da LAV	14
3.2.2. A autonomia das partes nos regimes setoriais	15
3.2.3. Requisitos legais quanto à qualificação dos árbitros	16
3.3. Regime de designação	18
3.3.1. Regime da LAV	18
3.3.2. Regime Jurídico da Arbitragem Tributária.....	20
3.4. Direitos e deveres.....	21
3.5. Impedimentos dos árbitros	24
3.5.1. Impedimentos previstos no CPA	24
3.5.2. Impedimentos previstos na alínea a) do nº 1 do art.8º	26
3.5.3. Impedimentos previstos na alínea b) do nº 1 do art.8º	27
3.5.4. Mecanismo de recusa	27
3.5.5. Direito comparado.....	29
3.5.6. IBA guidelines	30
3.5.7. Double Hatting.....	33
4. Um normativo próprio	38
(i) Requisitos para o exercício da função	38
(ii) Meios adequados de certificação das competências requeridas	41
(iii) Deveres dos árbitros	42
(iv) Impedimentos	43
5. Conclusão	45
Bibliografia.....	47

Lista de Siglas e Abreviaturas

Ac. – acórdão

Al. – alínea

APA – Associação Portuguesa de Arbitragem

Art.- artigo(s)

CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa

CAS – Court of Arbitration for Sport

CCP – Código dos Contratos Públicos

CETA – EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement

Cfr. - confronto

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CPC- Código de Processo Civil

CPI – Código da Propriedade Industrial

CPTA - Código de Processo nos Tribunais Administrativos

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC - Código das Sociedades Comerciais

DGAEP – Direção-Geral da Administração e do Emprego Público

DGAJ - Direção-Geral da Administração da Justiça

DL – Decreto-Lei

Dr. - Doutor

Dra. – Doutora

ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais

IBA – International Bar Association

ICSID - International Centre for Settlement of Investment Disputes

IID – International Investment Dispute

ISDS – Investor-State Dispute Settlement

LAAV – Lei da Arbitragem Administrativa Voluntária

LAV – Lei da Arbitragem Voluntária

LTFP – Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas

Nº - número

No. - number

Pág. - página(s)

Prof. – Professor(a)

RJAT – Regime Jurídico da Arbitragem Tributária

Segs. - seguintes

STA – Supremo Tribunal Administrativo

TAD – Tribunal Arbitral do Desporto

TCA - Tribunal Central Administrativo

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law

1. Introdução

A arbitragem em matérias jurídico-administrativas tem ganho crescente importância nos últimos anos, fruto de um movimento mais amplo de valorização dos meios alternativos de resolução de conflitos, enquanto passo fundamental para promover a celeridade das decisões e colmatar a incapacidade de resposta do aparelho judicial do Estado, face ao elevado grau de especialização e complexidade das questões a dirimir¹.

Aliás, já em 2001, o governo assumia que a opção por este novo paradigma de recurso por parte do Estado e demais pessoas coletivas públicas a mecanismos de resolução dos seus litígios fora dos tribunais tinha sido “expressamente acolhida no âmbito da reforma da justiça administrativa”².

Com efeito, pese embora o recurso a tribunais arbitrais no quadro do direito administrativo fosse já admitido anteriormente - primeiro apenas pela jurisprudência³ e doutrina⁴, mas, na sequência da consagração constitucional dos tribunais arbitrais como verdadeiros tribunais⁵ e a partir de 1984, também por expressa habilitação legal constante do art. 2º, nº 2 do ETAF⁶ - a verdade é que a arbitragem administrativa só conheceu um impulso decisivo com a entrada em vigor do CPTA⁷.

Procedeu-se aí, por força do respetivo art. 180º, nº 1, a um alargamento do âmbito das matérias passíveis de serem submetidas a arbitragem, para além do tradicional domínio dos contratos administrativos e da responsabilidade civil por atos de gestão pública, passando a admitir-se, entre outras alterações de menor relevo, a arbitrabilidade de “questões relativas a atos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade”. A este título, a solução concreta adotada não era seguramente isenta de reparo, por assentar numa indevida equiparação entre discricionariedade administrativa e o critério civilístico de disponibilidade de direitos⁸. Seja como for, ficava

¹Destacando as referidas vantagens da arbitragem administrativa por referência à justiça tradicional, cfr. CARVALHAL, 2010, Pág.2; GOMES, FARINHO e PEDRO, 2018, Pág.497, 498 e 501; CARVALHO, 2013, Pág.2.

²Resolução do Conselho de Ministros nº 175/2001, de 28 de dezembro.

³Destacando que, já desde 1955, a jurisprudência consolidada do STA ia no sentido da validade das cláusulas compromissórias inseridas nos contratos administrativos, cfr. CARVALHAL, 2010, Pág.8.

⁴Admitindo a conveniência da admissão de tribunais arbitrais em ambiente administrativo como forma de obstar “à natural morosidade dos pausados trâmites judiciais”, Cfr. GUEDES, 1960, Pág.151.

⁵Art. 209º, nº 2 CRP, introduzido aquando da revisão constitucional de 1982 - Lei Constitucional nº 1/82, de 30 de setembro.

⁶Aprovado pelo DL nº 129/84, de 27 de abril.

⁷Aprovado pela Lei nº 15/2002, de 22 de fevereiro, e sucessivamente alterado pelos seguintes diplomas: Lei nº 4-A/2003, de 19 de fevereiro; Lei nº 59/2008, de 11 de setembro; Lei nº 63/2011, de 14 de dezembro; DL nº 214-G/2015, de 2 de outubro; Lei nº 118/2019, de 17 de setembro; Lei nº 30/2021, de 21 de maio; e Lei nº 56/2021, de 16 de agosto.

⁸Neste sentido, ALMEIDA, 2013, Pág.21, 23 e 24.

dado um importante primeiro passo no sentido da superação do dogma da inarbitrabilidade dos atos de autoridade da Administração, que, posteriormente, com as alterações introduzidas pelo DL nº 214-G/2015, de 2 de outubro, viria a culminar no afastamento definitivo da contraposição entre contencioso administrativo por natureza e contencioso administrativo por atribuição e na aceitação, em geral, da arbitrabilidade das questões de validade do ato administrativo.

A referida “expansão do território de atuação da arbitragem”⁹, não foi, no entanto, acompanhada da consagração de um regime próprio e exaustivo da arbitragem administrativa. Na verdade, sem prejuízo de algumas disposições específicas, o legislador optou por remeter a regulação da constituição e funcionamento dos tribunais arbitrais administrativos para o regime da LAV “com as devidas adaptações”¹⁰.

Esta opção legislativa tem suscitado várias críticas por parte da doutrina.

Desde logo porque em matéria tributária, um universo de “estrita funcionalização das entidades públicas à prossecução do interesse público”¹¹, em tudo paralelo ao Direito Administrativo, o legislador optou por criar, através do DL nº 10/2011, de 20 de janeiro, um regime próprio para a respetiva arbitragem.

Por outro lado, porque é legítimo que se questione se um regime como a LAV, que releva originariamente do universo do comércio privado, pode fornecer resposta adequada às exigências próprias que, justamente por conta do interesse público subjacente às relações jurídicas administrativas, se colocam no quadro da arbitragem administrativa. De resto, é sintomático o facto de o legislador ter vindo a aumentar, *maxime* no quadro das sucessivas revisões do CPTA, o elenco de normas específicas a aplicar neste domínio - veja-se a propósito, por exemplo, o art. 185º, nº 2, que afastou o julgamento segundo a equidade nos litígios sobre questões de legalidade, e o art. 185º-B, que determinou a publicidade obrigatória das decisões arbitrais, ambos introduzidos aquando da revisão de 2015.

Seja como for e apesar das diversas alterações do regime da arbitragem administrativa, são ainda várias as questões que permanecem controversas, em termos tais que, justificadamente, levaram Mário Aroso de Almeida a concluir que:

À medida que novos passos vão sendo dados no sentido do reconhecimento da necessidade de soluções normativas específicas para a arbitragem de Direito Administrativo, mais se vai, a nosso ver, tornando claro que é necessário dar novos passos: os passos necessários para se chegar à consagração de um regime próprio,

⁹SERRA, 2013, Pág.4.

¹⁰Art. 181º, nº 1 do CPTA.

¹¹ALMEIDA, 2013, Pág.20.

*que, (...) proceda a um enquadramento normativo devidamente estruturado, em todos os seus aspetos, da arbitragem de Direito Administrativo, dotado de efetivas condições de aplicação efetiva*¹².

Assim e para além da grande discussão doutrinal em torno do já referido art. 185º, nº 2 do CPTA, podem elencar-se, a título de exemplo, as seguintes matérias: o papel do Ministério Público na arbitragem administrativa, a admissibilidade da dispensa de fundamentação de certas decisões arbitrais administrativas, as críticas geradas pelo regime próprio de impugnação e recursos das decisões arbitrais do art. 185º-A do CPTA¹³ ou a criação de um regime específico para a institucionalização da arbitragem administrativa.

Atento o papel fundamental que as garantias quanto à competência, isenção, independência e imparcialidade dos árbitros desempenham na criação de um clima de confiança e credibilidade da justiça arbitral, focar-nos-emos, no presente trabalho, no estatuto dos árbitros.

Num primeiro momento, procuraremos clarificar alguns conceitos-chave, desde logo no que se refere à noção de arbitragem, mas também relativamente à respetiva tipologia, em função da sua natureza voluntária ou necessária, *ad hoc* ou institucionalizada. Seguir-se-á a apresentação dos moldes em que o estatuto dos árbitros se encontra atualmente regulado, para, finalmente, concluirmos se e em que medida, um tal regime carece de revisão.

Uma nota final para clarificar que, apesar de considerarmos que a temática da responsabilidade civil do árbitro seria um dos pontos em que se justificaria uma regulamentação própria em sede de direito administrativo, não abordaremos o referido tema na presente dissertação, por se tratar de matéria cujo atual regime suscita inúmeras questões importantes, cuja significativa complexidade justificaria, por si só, uma outra dissertação.

2. Noção e tipologias de arbitragem

2.1. Noção de arbitragem

Desde os primórdios da arbitragem, a respetiva noção tem sido objeto de múltiplas propostas.

¹²ALMEIDA, 2020, Pág.547.

¹³Criticando o referido regime por, na prática, ter “o alcance de permitir submeter a integralidade da jurisprudência arbitral de Direito Administrativo ao crivo do Supremo Tribunal Administrativo”, cfr. ALMEIDA e CADILHA, 2022, Pág.1398-1399.

Assim, de acordo com a definição proposta pelo Ministério da Justiça, a arbitragem constitui um “(m)eio alternativo de resolução de litígios que tem como finalidade a resolução de conflitos através da intervenção de um terceiro, voluntariamente escolhido pelas partes, o árbitro, que imparcialmente decide sobre a situação”¹⁴.

Por sua vez, numa formulação que temos por mais completa, para Francisco Cortez:

*A arbitragem é uma forma de administração da justiça em que o litígio é submetido, por convenção das partes ou por determinação imperativa da lei, ao julgamento de particulares, os árbitros, numa decisão a que a lei reconhece o efeito de caso julgado e a força executiva iguais aos da sentença de um qualquer tribunal estadual, a quem é retirada, por sua vez, a competência para julgar tal litígio*¹⁵.

Com base nas várias propostas de definição, a doutrina tem procurado identificar os pressupostos e traços essenciais do conceito. Neste contexto e partindo da (i) existência de um litígio traduzido em pretensões jurídicas opostas, trata-se aqui (ii) da atribuição a um terceiro - o árbitro - do poder jurisdicional¹⁶, tendo em vista dirimir o referido litígio, (iii) seguindo um conjunto de procedimentos a que as partes e o árbitro se vinculam, (iv) valendo a decisão final como caso julgado.

2.2. Tipos de arbitragem

No que concerne às tipologias de arbitragem, a primeira distinção essencial é a que contrapõe a arbitragem voluntária à necessária.

Na arbitragem voluntária, “a legitimidade do poder decisório dos árbitros assenta na vontade das partes plasmada na convenção de arbitragem. Assim, são as próprias partes que, ao abrigo do princípio da autonomia privada, decidem resolver o conflito que as opõe através deste mecanismo”¹⁷.

Contrariamente, na arbitragem necessária, é o próprio legislador que impõe a “criação de um tribunal arbitral para a resolução de uma questão específica”¹⁸.

¹⁴Noção disponível online em: <https://justica.gov.pt/sdj/Normas-dos-servicos-digitais/Criacao-de-Conteudos/Glossario>

¹⁵CORTEZ, 1992, Pág.366.

¹⁶Não trataremos neste trabalho da questão da natureza jurídica do vínculo arbitral. Sempre se dirá, no entanto, que partilhamos do entendimento da corrente doutrinária conhecida como “teoria mista”, a qual, partindo da consagração constitucional dos tribunais arbitrais como verdadeiros tribunais, reconhece o carácter jurisdicional da função desempenhada pelo árbitro. Rejeitamos, assim, a designada “tese contratual”, que vê a sentença como um mero contrato celebrado entre as partes. Não deixamos, no entanto, de reconhecer, ao contrário dos partidários da “tese legalista ou jurisdicional”, que a arbitragem voluntária tem original contratual. Cfr. CORTEZ, 1992, Pág.555 e segs.

¹⁷CEBOLA, 2010, Pág.416.

¹⁸*Ibid.* Pág.416.

Com relevo para a exposição subsequente, temos ainda de distinguir a arbitragem *ad hoc* da arbitragem institucionalizada. Assim, se a primeira “se traduz na criação pontual de um tribunal arbitral para a resolução de um determinado litígio, extinguindo-se aquele após a decisão dos árbitros”¹⁹, já a segunda ocorre “quando as partes confiam a organização da arbitragem a uma instituição especializada, isto é, o tribunal arbitral constitui-se sob a égide de uma instituição com caráter permanente, que dispõe de regulamentação própria”²⁰.

Nos termos do art. 187º do CPTA, a instalação de centros de arbitragem permanentes está sujeita a autorização por parte do Estado, sendo, neste contexto, de destacar a criação, em 2009, do CAAD²¹, com competência para o julgamento de litígios que tenham por objeto quaisquer matérias jurídico-administrativas que, nos termos da lei, possam ser submetidas a arbitragem²².

3. Estatuto dos árbitros²³

3.1. Breves considerações introdutórias

Até à revisão de 2019, o CPTA não continha quaisquer normas especiais em matéria de nomeação dos árbitros, seja no que respeita ao modo de designação e requisitos para o exercício da função, seja no que se refere aos respetivos direitos, deveres e impedimentos. O estatuto dos árbitros era, portanto, regulado, na sua totalidade, pela LAV, aplicável subsidiariamente “com as necessárias adaptações”, no contexto da arbitragem administrativa, conforme referimos *supra*.

Como veremos mais detidamente a seguir, de um modo geral, pode dizer-se que o regime da LAV se apresenta como bastante omissivo relativamente aos requisitos para o exercício da função, bem como ao regime de designação dos árbitros, conferindo, nestas matérias, uma ampla liberdade de conformação às partes.

Ora, se, porventura, uma tal opção se pode ter como justificada no âmbito do direito privado, no âmbito da jurisdição administrativa, cabe questionar se o regime da “LAV será suficiente para assegurar a qualidade de decisor jurisdicional em matérias relativas à prossecução da legalidade pública, do interesse público e/ou da garantia dos

¹⁹*Ibid.* Pág.417.

²⁰TRINDADE, 2016, Pág.186.

²¹Despacho nº 5097/2009, de 27 de janeiro.

²²A ampliação da competência material do CAAD foi autorizada pelo Despacho nº 5880/2018, de 1 de junho.

²³Importa salientar que ao longo do trabalho será, por vezes, referida a arbitragem *ad hoc* e a arbitragem institucionalizada indistintamente.

interesses dos administrados e em que a garantia de tais direitos ou interesses (...) tende a impor alguns momentos objetivistas, contrastando com um contencioso massivamente civilizado, subjetivista e principialista como previsto pela LAV”²⁴. Não é senão esta a principal razão pela qual, à medida que se foi ampliando o recurso e a relevância jurídica da arbitragem de Direito Administrativo, “a consciência da comunidade jurídica nacional foi, pouco a pouco, despertando para a necessidade de a submeter a um regime próprio, devidamente estruturado”²⁵.

Como vimos anteriormente, foi diferente a opção do legislador relativamente à arbitragem tributária, a qual, desde 2011, conta com um regime próprio - o RJAT - que contém uma secção dedicada ao estatuto dos árbitros.

É, aliás, por referência às regras constantes do RJAT que, nos termos do nº 4 do art. 181º do CPTA, aditado pela Lei nº 118/2019, de 17 de setembro, se encontra hoje regulada a matéria dos deveres e impedimentos dos árbitros em matéria administrativa.

Porém, nas demais matérias referentes ao estatuto dos árbitros, a LAV continua para já a ser o regime aplicável, por remissão do art. 181º, nº1, do CPTA.

É certo que há na doutrina quem defenda que “a proximidade do direito administrativo com o direito tributário, ambos direito público, poderá inculcar, pelo menos, a dúvida, se não se justificaria uma interpretação ab-rogante daquela norma do CPTA em benefício da aplicação do regime do RJAT”²⁶.

Seja como for, parece-nos que, sob pena de entramos no domínio da interpretação *contra legem*, em face da redação atual do CPTA, essa é uma opção que apenas pode ser equacionada em termos de direito *constituendo*.

Analisemos, pois, mais detidamente as disposições da LAV para, em seguida e depois de feita a comparação com as soluções consagradas no RJAT e outros regimes especiais que se afigurem relevantes, aferirmos da sua adequação no quadro da arbitragem de Direito Administrativo.

²⁴PEDRO, 2019, Pág.53.

²⁵ALMEIDA e CADILHA, 2022, Pág.1386.

²⁶PEDRO, 2019, Pág.55.

3.2. Requisitos para o exercício da função arbitral

3.2.1. O regime da LAV

Sob a epígrafe “Requisitos dos árbitros”, o art. 9º, nº 1 da LAV estabelece que “apenas as pessoas singulares podem ser árbitros e, além disso, é necessário que sejam plenamente capazes do gozo e do exercício legal da função de árbitro”²⁷.

Por sua vez, o art. 9º, nº 3 da LAV, determina que os árbitros “devem ser independentes e imparciais”.

Manuel Barrocas dá-nos importantes contributos para melhor compreendermos em que se traduzem os requisitos da independência e imparcialidade:

“O árbitro é independente se não tiver laços objetivos com as partes, os seus advogados ou mesmo com os outros árbitros, que o impeçam de ser independente”²⁸, situando-se a independência no plano objetivo do árbitro e medindo-se pelo grau de relação com as partes. Assim sendo, existe independência se inexistirem relações entre o árbitro e as partes que possam influenciar a sua decisão²⁹. Por outro lado, a imparcialidade tem em vista a relação entre o árbitro e o objeto do litígio e respeita “à liberdade de o árbitro decidir, tal como o juiz, sem constrangimentos de ordem moral ou intelectual”³⁰, situando-se no plano subjetivo do árbitro. Ambas as características têm de ser cumpridas.

A independência e a imparcialidade, que adiante serão objeto de referência mais aprofundada, configuram os requisitos mais importantes da função arbitral e, simultaneamente, deveres fundamentais do árbitro. Nesta medida e conforme resulta do art. 13º da LAV, devem tais condições verificar-se não apenas no momento inicial da designação dos árbitros, mas manter-se durante todo o processo arbitral.

Já no que respeita às qualificações e demais atributos dos árbitros, a LAV não contém quaisquer exigências ou limitações, dispondo as partes de liberdade para definir, na convenção de arbitragem, critérios específicos quanto à área de formação, habilitações literárias, idade ou experiência dos árbitros³¹.

²⁷BARROCAS, 2018, Pág.57.

²⁸*Ibid.* Pág.60.

²⁹REIS, 2009, Pág.20.

³⁰BARROCAS, 2018, Pág.60.

³¹É assim também nos países anglo-saxónicos, só que, como refere Mário Raposo “neste domínio são raríssimas as convenções de arbitragem que não exigem uma comprovada especialização”, sendo que, por norma, o árbitro é um perito na matéria em litígio, que, embora não tenha que ser um advogado ou um antigo magistrado, deve “conhecer os princípios e regras fundamentais da arbitragem” e “é escolhido em função dos seus conhecimentos técnicos e experiência profissional num determinado setor”. Cfr. RAPOSO, 2007, Pág.536.

3.2.2. A autonomia das partes nos regimes setoriais

Passando agora à análise dos regimes setoriais, importa salientar que a autonomia das partes na definição, por acordo, dos requisitos mais adequados para a escolha dos árbitros, é igualmente valorizada no quadro do regime dos trabalhadores em funções públicas, quando sejam submetidas a arbitragem “questões laborais que resultem, nomeadamente, da interpretação, integração, celebração ou revisão de um acordo coletivo de trabalho”³².

A arbitragem voluntária rege-se, nestes casos, pelo acordo das partes e, só na falta deste, pelo disposto no art. 381º da LTFP³³ e, a título subsidiário, pelo disposto na LAV³⁴, que também não preveem quaisquer requisitos obrigatórios quanto às qualificações dos árbitros.

A referida conclusão vale igualmente para os casos de arbitragem necessária³⁵. Com efeito, a arbitragem necessária é regulada pelas normas da LTFP, pelo regime previsto no DL n.º 259/2009, de 25 de setembro, com as necessárias adaptações, e subsidiariamente pelo regime geral da arbitragem voluntária³⁶, mas nenhum destes diplomas estabelece quaisquer exigências em matéria de requisitos aplicáveis aos árbitros a escolher pelas partes.

Só assim não será nos casos de falta de nomeação do(s) árbitro(s) de parte³⁷ ou do terceiro árbitro³⁸, pois que aí a escolha deve ser feita pela DGAEP por sorteio dentre árbitros previamente integrados em listas, em função de critérios mais estritos no que toca às respetivas habilitações. Assim e nos termos do conjugadamente disposto nos art. 384º, n.º 2 da LTFP e no art. 3º, n.º 5, do DL n.º 259/2009, de 25 de setembro, nos casos em que seja deferida ao presidente do CES a competência para elaboração de listas de árbitros dos representantes dos trabalhadores e/ou dos empregadores públicos, só poderão integrar a lista “pessoas independentes e de reconhecida competência”. Por seu turno e nos termos do art. 384º, n.º 3 da LTFP, a lista de árbitros presidentes só pode ser composta por “juízes ou magistrados jubilados”.

³²Art. 379º da LTFP.

³³Art. 381º, n.º 2 da LTFP.

³⁴Art. 381º, n.º 8 da LTFP.

³⁵Nos termos do art. 375º, n.º 4 da LTFP, pode ser acionada por qualquer das partes apenas quando, decorrido o prazo de um ano após a caducidade dos acordos coletivos de trabalho, não tenha sido celebrado um novo acordo e tenham sido esgotados os meios de resolução de conflitos coletivos.

³⁶Art. 382º da LTFP.

³⁷Art. 383º, n.º 5 da LTFP.

³⁸Art. 381º, n.º 4 e 383º, n.º 6 da LTFP.

A possibilidade de as partes escolherem livremente o perfil do árbitro, de acordo com os requisitos que considerem mais ajustados ao objeto e características do conflito, existe igualmente no quadro da arbitragem na área da propriedade industrial.

Com efeito, o art. 49º do Código da Propriedade Industrial³⁹ limita-se a remeter a regulação da constituição e funcionamento dos tribunais arbitrais para o regime da LAV, não contendo quaisquer disposições especiais no que respeita aos requisitos que devem presidir à escolha dos árbitros.

Note-se que uma tal liberdade de conformação existe no domínio da arbitragem *ad hoc*, mas já se aplica em menor medida no quadro da arbitragem institucionalizada que decorra sob a égide do ARBITRARE⁴⁰, pois que aí, nos termos do art. 14º, nº 6 do respetivo Regulamento de Arbitragem⁴¹, determina-se, em termos mais exigentes, que os árbitros a integrar a lista disponibilizada pelo ARBITRARE, devem ser “personalidades de reconhecido mérito que, pela sua experiência e qualificação profissionais, oferecem garantias de idoneidade e de isenção ao exercício das funções de árbitro”⁴².

3.2.3. Requisitos legais quanto à qualificação dos árbitros

Por contraposição com o grau de autonomia de que, em maior ou menor medida, as partes gozam nos termos dos regimes que descrevemos nos pontos anteriores, o art. 7º do RJAT estabelece exigências específicas no que se refere às qualificações dos árbitros.

Assim, segundo determina o nº1 da referida disposição, os árbitros em matéria tributária deverão ser escolhidos “de entre pessoas de comprovada capacidade técnica, idoneidade moral e sentido de interesse público”.

O legislador não especifica o que deve entender-se por “idoneidade moral” e “sentido de interesse público”, deixando a tarefa de densificação destes conceitos indeterminados entregue aos contributos da doutrina e jurisprudência, bem como à

³⁹Aprovado pelo DL nº 110/2018, de 10 de dezembro.

⁴⁰Centro de arbitragem com competência para a resolução de litígios em matéria de propriedade industrial, nomes de domínio, firmas e denominações, cuja criação foi autorizada pelo Despacho nº 28519/2008, de 22 de outubro. Por outro lado, a vinculação do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, I.P. à jurisdição do ARBITRARE foi determinada pela Portaria nº 1046/2009, de 15 de setembro.

⁴¹Disponível em: <https://www.arbitrare.pt/media/3237/regulamento-de-arbitragem-arbitrare.pdf>

⁴²No mesmo sentido, para os litígios emergentes de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos, veja-se o art. 8º, nº 2 do respetivo Regulamento de Arbitragem, disponível em: https://www.arbitrare.pt/media/3159/regulamento_arbitragem-medicamentos.pdf. Note-se que este regulamento continua indevidamente a referir-se ao caráter necessário da arbitragem relativa aos litígios referentes a medicamentos de referência e medicamentos genéricos. Tal referência está, no entanto, desatualizada, uma vez que o DL nº 110/2018, de 10 de dezembro, revogou o regime de arbitragem necessária criado ao abrigo da Lei nº 62/2011, deixando agora às partes a opção entre o recurso à arbitragem voluntária ou ao tribunal judicial competente.

avaliação casuística a efetuar pelo CAAD, a quem compete, como melhor explicaremos *infra*, a elaboração das listas de árbitros.

Em matéria de capacidade técnica, o nº 2 do referido preceito legal especifica que os “árbitros devem ser juristas com, pelo menos, 10 anos de comprovada experiência em direito tributário, designadamente através do exercício de funções públicas, da magistratura, da advocacia, da consultoria e jurisconsultoria, da docência no ensino superior ou da investigação, de serviço na administração tributária, ou de trabalhos científicos relevantes nesse domínio”.

Para questões que exijam um conhecimento especializado de outras áreas, o art. 7º, nº 3 do RJAT admite que possam ser designados como árbitros não presidentes licenciados em Economia ou Gestão, observando-se no demais, designadamente no que respeita ao número de anos de experiência requeridos, o disposto nos nº 1 e 2.

Refira-se ainda que, nos casos em que o tribunal funcione em coletivo de três árbitros, o respetivo árbitro-presidente deverá ainda cumprir os requisitos adicionais previstos no art. 7º, nº 4 do RJAT, só podendo ser designado “de entre juristas que tenham exercido funções públicas de magistratura ou possuam doutoramento na área das ciências jurídico-económicas, e desde que, nos últimos dois anos, não tenha prestado serviços profissionais, de qualquer natureza, a qualquer parte no âmbito de um processo arbitral tributário”.

Prosseguindo com a referência a regimes que fazem depender a designação do árbitro do preenchimento de requisitos especiais, temos que, no domínio das expropriações por utilidade pública - em que, na falta de acordo entre entidade expropriante e expropriado, a fixação do valor da indemnização está sujeita a arbitragem necessária⁴³ - o art. 45º, nº 2 do Código das Expropriações exige que os árbitros sejam “escolhidos de entre os peritos da lista oficial”.

As condições de exercício das funções de perito e avaliador neste âmbito encontram-se reguladas no DL nº 125/2002, de 10 de maio.

De acordo com o regime previsto neste diploma, o recrutamento de peritos para integrarem as listas oficiais é efetuado mediante concurso aberto por despacho do diretor-geral da Administração da Justiça, o qual integra uma prova escrita de conhecimentos e a frequência, com aproveitamento, de um curso de formação⁴⁴.

⁴³Art. 38º, nº1 do Código das Expropriações, aprovado pela Lei nº 168/99, de 18 de setembro.

⁴⁴Art. 3º, 4º e 6º do DL nº 125/2002, de 10 de maio.

Com relevância nesta sede, o respetivo art. 5º estabelece, em matéria de requisitos de habilitação, que os candidatos têm de possuir curso superior adequado⁴⁵ e não podem estar inibidos do exercício de funções públicas ou interditos para o exercício das respetivas funções.

Por fim e no contexto da análise de regimes que definem requisitos de especialidade, impõe-se referir o art. 20º da Lei do Tribunal Arbitral do Desporto⁴⁶, que, para além dos requisitos gerais de capacidade, independência e imparcialidade, exige que os árbitros, para integrar a lista do TAD, sejam “juristas de reconhecida idoneidade e competência e personalidades de comprovada qualificação científica, profissional ou técnica na área do desporto, de reconhecida idoneidade e competência”.

3.3. Regime de designação

Olhando agora para as regras legais relativas ao modo de designação dos árbitros, temos que, regra geral, a escolha se faz por iniciativa das partes⁴⁷, devolvendo-se esta competência aos tribunais ou outras entidades⁴⁸, caso as partes não logrem exercê-la num determinado prazo.

Mas vejamos com mais detalhe, pela pertinência que assumem para este trabalho, o que a LAV e o RJAT dispõem sobre esta matéria.

3.3.1. Regime da LAV

No âmbito da LAV, importa começar por referir que, nos termos do art. 8º, o tribunal arbitral pode ser singular, se for constituído por um único árbitro, ou plural, se for constituído por um número ímpar de árbitros. Na falta de acordo das partes, o tribunal deverá ser composto por três árbitros.

A designação dos árbitros encontra-se regulada no art. 10º, que estipula que a escolha do árbitro ou dos árbitros ou a fixação do modo pelo qual estes são escolhidos é um direito que assiste às partes, através de “convenção de arbitragem ou em escrito posterior por elas assinado”⁴⁹. Tratando-se de um tribunal plural, “cada parte deve designar igual número de árbitros e os árbitros assim designados devem escolher outro árbitro”⁵⁰, que será o presidente do tribunal arbitral.

⁴⁵A lista dos cursos superiores que habilitam ao exercício das funções de perito avaliador consta atualmente da Portaria nº 788/2004, de 9 de julho.

⁴⁶Aprovada pela Lei nº 74/2013, de 6 de setembro.

⁴⁷Não é assim, no entanto, no domínio das expropriações públicas, onde os árbitros são designados pelo presidente do Tribunal da Relação da situação dos prédios (art. 45º, nº 1 do Código).

⁴⁸Por exemplo, a DGAEP, no caso da LTFP.

⁴⁹Art. 10º, nº 1.

⁵⁰Art. 10º, nº 3.

A escolha das partes pode, portanto, dizer respeito “ao árbitro único, a todos os árbitros ou apenas aos árbitros que competem às partes designar”⁵¹, podendo ser feita diretamente ou cometida, no todo ou em parte, a um terceiro.

Em *ultima ratio*, “existindo um impasse quanto à constituição do tribunal arbitral, a competência última para a constituição do tribunal arbitral pertence a um tribunal estadual”⁵², mais concretamente, no quadro da arbitragem administrativa, ao presidente do TCA territorialmente competente⁵³.

Será este o caso quando: (i) tratando-se de um tribunal singular, não haja acordo entre as partes⁵⁴; (ii) tratando-se de tribunal plural, quando uma parte não designar árbitro(s) que lhe cabe escolher ou os árbitros de parte não designarem o terceiro árbitro⁵⁵; ou (iii) no caso da designação do(s) árbitro(s) ter sido cometida a um terceiro, este não a tiver efetuado no prazo de 30 dias⁵⁶.

Por força do disposto no art. 10º, no nº 6 da LAV, na nomeação do árbitro, o tribunal estadual deve ter em conta “as qualificações exigidas pelo acordo das partes” e “tudo o que for relevante para garantir a nomeação de um árbitro independente e imparcial”⁵⁷. Tratando-se de arbitragem internacional, o tribunal não é obrigado a nomear um árbitro de diferente nacionalidade, mas deve ter em conta essa conveniência.

O art. 11º da LAV regula a nomeação de árbitros em caso de pluralidade de demandantes ou de demandados, determinando que, sem prejuízo de estipulação em contrário na convenção de arbitragem ou em escrito posterior, é da competência do conjunto dos demandantes nomear um árbitro e do conjunto dos demandados nomear outro, devendo o tribunal arbitral ser composto por três árbitros. Contudo, passa a ser competência do tribunal estadual competente, caso os demandantes ou os demandados não cheguem a acordo sobre o árbitro que lhes cabe designar. Nesta última hipótese, “se se demonstrar que as partes que não conseguiram nomear conjuntamente um árbitro têm interesses conflitantes relativamente ao fundo da causa”, pode o tribunal estadual “nomear a totalidade dos árbitros e designar de entre eles quem é o presidente, ficando

⁵¹BARROCAS, 2018, Pág.63.

⁵²*Ibid.* Pág.64.

⁵³Art. 59º, nº1, al. a), e nº 3.

⁵⁴Art. 10º, nº 2.

⁵⁵Art. 10º, nº 4.

⁵⁶Art. 10º, nº 5.

⁵⁷Art. 10º, nº 4.

nesse caso sem efeito a designação do árbitro que uma das partes tiver entretanto efetuado”⁵⁸.

3.3.2. Regime Jurídico da Arbitragem Tributária

Ao estabelecer que os tribunais arbitrais funcionam no Centro de Arbitragem Administrativa, o RJAT opera a institucionalização da arbitragem tributária⁵⁹. Por tal motivo, a matéria relativa ao modo de designação dos árbitros requer a interpretação conjugada dos preceitos do RJAT, do Regulamento de Seleção e Designação de Árbitros em matéria tributária do CAAD e do respetivo Código Deontológico.

A título preliminar, importa ainda referir que, na arbitragem tributária, o tribunal arbitral será: (i) singular, quando o valor do pedido não ultrapasse duas vezes a alçada do TCA e o contribuinte opte por não designar árbitro; ou (ii) coletivo, quando o pedido ultrapasse duas vezes a alçada do TCA ou, independentemente do valor do pedido, sempre que o contribuinte opte por designar árbitro⁶⁰.

Esta distinção é relevante para se apurar a quem compete a designação dos árbitros. Com efeito, o art. 6º do RJAT dispõe que: (i) quando o tribunal é singular, o árbitro é designado pelo Conselho Deontológico do CAAD, de entre a respetiva lista de árbitros; (ii) já no caso dos tribunais coletivos, a lei oferece duas alternativas, podendo os árbitros ser designados: (a) pelo Conselho Deontológico do CAAD de entre a respetiva lista de árbitros; ou (b) pelas partes, cabendo a designação do árbitro presidente aos dois árbitros assim escolhidos. Não havendo acordo quanto à designação do árbitro presidente, a competência é devolvida ao Conselho Deontológico do CAAD, a requerimento de um ou de ambos os árbitros.

De salientar ainda a este propósito que, enquanto a designação dos árbitros pelo Conselho Deontológico é sempre efetuada, por sorteio público, de entre os árbitros constantes da respetiva lista, as partes têm liberdade para, cumpridos que sejam os requisitos do art. 7º do RJAT, escolher árbitros que não constem da lista do CAAD⁶¹. No entanto, o árbitro presidente deverá sempre ser escolhido de entre os constantes da lista de árbitros presidentes, ainda que a respetiva designação compita aos árbitros designados pelas partes⁶².

⁵⁸Art. 11º, nº 3.

⁵⁹Art. 4º, nº 2.

⁶⁰Art. 5º.

⁶¹Art. 6º, nº 3 do RJAT e art. 3º, nº 2 do Código Deontológico do CAAD.

⁶²Art. 4º, nº 9 do Regulamento de Seleção e Designação de Árbitros em matéria tributária.

Uma nota final para dar conta que, nos termos do Regulamento de Seleção e Designação de Árbitros em matéria tributária do CAAD, as listas de árbitros são elaboradas com base em consulta pública, de preferência anual, destinada à manifestação de interesse por parte de todas as pessoas que comprovem - através, designadamente, da apresentação dos elementos de informação elencados no respetivo art. 4º, nº 3 - o preenchimento dos requisitos a que aludimos no ponto 3.2.3. *supra*.

As listas de árbitros são elaboradas e aprovadas pela Direção do CAAD, após parecer favorável do Conselho Deontológico e do Conselho de Representantes, e são ordenadas em função da especialidade referenciada na manifestação de interesse. Todos os árbitros admitidos no âmbito do processo de consulta pública integram, por esse efeito, a lista de árbitros não presidentes. Os interessados que cumpram os requisitos adicionais previstos no art. 7º, nº 4 do RJAT podem candidatar-se à lista de árbitros presidentes.

3.4. Direitos e deveres

Atento o papel determinante que ao árbitro compete desempenhar, é fundamental que o respetivo estatuto compreenda os direitos e (sobretudo) os deveres necessários para que a sua atividade possa ser desenvolvida em moldes que assegurem a credibilidade da justiça arbitral e se afigurem compatíveis com o respetivo enquadramento constitucional.

São diversas as fontes dos direitos e obrigações dos árbitros: alguns provêm da lei; outros do que tiver sido acordado entre as partes; e, por último, tratando-se de arbitragem institucionalizada, do regulamento da respetiva instituição⁶³.

Assim e por referência ao que resulta das disposições da LAV e da prática processual, os principais direitos dos árbitros elencados pela doutrina são os seguintes:

- (i) o direito a ser remunerado pelo exercício da sua função e despesas realizadas no mesmo âmbito⁶⁴;
- (ii) o direito à cooperação leal e boa-fé das partes⁶⁵;
- (iii) o direito de conduzir o processo arbitral pela forma que considere adequada, dentro dos limites da lei e do acordo das partes;
- (iv) o direito de limitar o dever de revelação aos factos que possam justificar fundadas dúvidas quanto à sua independência ou imparcialidade; e

⁶³MIRANDA, 2010, Pág.61.

⁶⁴Art. 17º, nº 1 da LAV.

⁶⁵Para que a instância arbitral atinja o seu objetivo final, é essencial que as partes atuem de boa-fé, visto que o árbitro não dispõe de força legal para adotar medidas compulsórias.

- (v) o direito a participar na deliberação arbitral⁶⁶, o direito a divergir dos outros árbitros e o direito a assinar a sentença arbitral⁶⁷.

Relativamente aos deveres a que o árbitro se encontra sujeito, importa salientar que esta matéria se encontra hoje regulada no art. 9º do RJAT. Na verdade, como vimos anteriormente, o nº 4 do art. 181º, aditado ao CPTA em 2019, “veio determinar a extensão aos árbitros administrativos da aplicabilidade dos deveres e impedimentos previstos no RJAT, com as necessárias adaptações”⁶⁸.

Esta importante alteração foi essencialmente determinada pelo propósito de “responder à necessidade de especiais garantias de imparcialidade dos árbitros em questões de direito público”⁶⁹. Com efeito, a crescente importância da arbitragem no Direito Administrativo começou a tornar premente a existência de um enquadramento regulamentar mais rigoroso, que a aplicação, por remissão, da LAV manifestamente não assegurava.

Ora, nos termos do disposto no art. 9º, nº 1 do RJAT, são três os principais deveres a que os árbitros estão obrigados: o dever de respeito pelo princípio da imparcialidade; o dever de respeito pelo princípio da independência e o dever de vinculação ao sigilo profissional na mesma medida que os funcionários e agentes da administração pública.

Como vimos já anteriormente, a independência e a imparcialidade são de natureza distinta: a independência é uma qualidade objetiva, que se traduz no facto “de o árbitro não depender de ninguém, no geral, e, em especial, de nenhuma das partes”⁷⁰, ao passo que a imparcialidade é de natureza subjetiva, verificando-se caso se possa concluir que não existe por parte do árbitro “uma tendência, uma preferência ou uma inclinação prematura e não justificada para uma determinada decisão ou uma pré-disposição preferencial por uma das partes ou de antagonismo para com uma das partes”⁷¹.

Trata-se de condições essenciais do exercício da função jurisdicional que, como referimos *supra*, devem verificar-se no momento da aceitação do encargo e pautar a atuação do árbitro durante todo o processo arbitral. Daí que o legislador tenha consagrado como deveres instrumentais destinados a garantir o cumprimento destes princípios: (i) o dever de o árbitro revelar todas as circunstâncias suscetíveis de justificar dúvidas sobre a

⁶⁶Art. 40º da LAV.

⁶⁷Art. 42º da LAV.

⁶⁸ALMEIDA e CADILHA, 2022, Pág.1388.

⁶⁹PEDRO e OLIVEIRA, 2020, Pág.437.

⁷⁰*Ibid.* Pág.440.

⁷¹BARROCAS, 2018, Pág.73.

sua independência e/ou imparcialidade, no momento em que é convidado para exercer funções e depois durante todo o processo arbitral (art. 13º, nº 1 e nº 2 da LAV); e (ii) o dever de rejeitar a designação quando ocorram circunstâncias que possam beliscar a sua independência e imparcialidade (art. 8º, nº 2 do RJAT).

Por outro lado, e socorrendo-nos agora do Código Deontológico do CAAD, podemos ainda elencar, como corolários dos deveres fundamentais de independência e imparcialidade:

- (i) o dever de isenção, não podendo o árbitro atuar como representante ou mandatário da parte que o designa (art. 2º, nº 4);
- (ii) o dever de não permitir que qualquer tipo de preconceito, interesse pessoal, pressão externa, direta ou indireta, ou receio de crítica afete o sentido da sua decisão (art. 2º, nº 7);
- (iii) o dever de não aceitar herança, favor ou qualquer oferta, incluindo oferta de emprego, provenientes, direta ou indiretamente, de qualquer das partes (art. 2º, nº 8 e 9); e
- (iv) o dever de tratar igualmente as partes, abstendo-se, por exemplo, de comunicar com apenas uma das partes sem informar as demais (art. 10º).

A doutrina⁷² identifica ainda outros deveres decorrentes da natureza contratual da função, por cuja violação o árbitro pode ser responsabilizado:

- (i) o dever de resolução do conflito para que foi designado, que constitui o dever principal do árbitro, do qual emanam todos os outros;
- (ii) o dever de disponibilidade para praticar os atos necessários ao andamento do processo, abstendo-se de comportamentos que o atrasem;
- (iii) o dever de diligência, ou seja, o dever de conduzir a instância de forma célere, intimando as partes, quando necessário, a adotar determinados comportamentos relativos à tramitação do processo;
- (iv) o dever de gerir o processo arbitral de forma leal, respeitando as garantias processuais das partes; e
- (v) o dever de confidencialidade⁷³, que abrange a decisão arbitral, os documentos do processo e os depoimentos das testemunhas, bem como a demais informação obtida no decurso da instância arbitral, a qual não pode

⁷²Por exemplo: BARROCAS, 2018, Pág.61.

⁷³Art. 30º, nº 5 da LAV.

ser utilizada com o propósito de satisfazer interesses pessoais ou patrimoniais ou de lesar interesses de outrem.

3.5. Impedimentos dos árbitros

Conforme acabámos de ver, na arbitragem administrativa, por efeito da remissão do art. 181º, nº 4 do CPTA, os árbitros estão sujeitos aos impedimentos previstos no RJAT.

Até 2019, por força da remissão do art. 181º, nº 1, aplicava-se o regime da LAV, o qual, no entanto, não contém qualquer disposição relativa aos impedimentos dos árbitros, nem remete a este propósito para o regime de impedimentos e suspeições do CPC, ao contrário do que sucedia com a anterior LAV de 1986⁷⁴.

É certo que a doutrina vinha assinalando que, na ausência de convenção em contrário das partes, nada impedia que o tribunal arbitral aplicasse, por analogia, as causas de impedimento e suspeição previstas no CPC para os juízes⁷⁵ e que a jurisprudência não deixava de ser “firme na exigência das garantias de independência e imparcialidade dos árbitros”⁷⁶.

Seja como for, é de louvar que, num domínio em que está em causa a modelação do interesse público, o legislador tenha finalmente, na revisão do CPTA de 2019, suprido esta omissão, passando os árbitros em questões de direito administrativo a estar sujeitos a um elenco claro de impedimentos, por força da remissão para o art. 8º do RJAT.

Esta disposição legal aplica-se a todos os que, embora preencham os requisitos necessários ao exercício da função de árbitro, estão impossibilitados de exercer a sua função, por terem um interesse pessoal na decisão final do litígio, sendo uma concretização das garantias de independência e imparcialidade inerente, por imposição constitucional, ao exercício da função jurisdicional.

3.5.1. Impedimentos previstos no CPA

Assim e nos termos do corpo do art. 8º, nº 1 do RJAT, constituem casos de impedimento dos árbitros, desde logo, “os enunciados no nº1 do artigo 44º do Código do Procedimento Administrativo, observadas as necessárias adaptações”.

A este título, importa, em primeiro lugar, esclarecer que, tendo o anterior CPA sido revogado pela Lei nº 4/2015, de 7 janeiro, a remissão para o art. 44º deve considerar-

⁷⁴O art. 10º, nº1 da Lei nº 31/86, de 29 de agosto, determinava a aplicação aos árbitros não nomeados por acordo das partes do regime de impedimentos e escusas estabelecido para os juízes no CPC.

⁷⁵HENRIQUES, 2017, Pág.29.

⁷⁶MIRANDA, 2013, Pág.1270.

se feita para o art. 69º do novo CPA, por ser este o preceito onde se encontram hoje regulados os impedimentos dos titulares de órgãos da Administração Pública ou respectivos agentes⁷⁷.

Em segundo lugar, cumpre referir que temos por evidente que o art. 8º, nº 1 do RJAT deve ser lido no sentido de que o elenco taxativo de situações de impedimento constante do referido art. 69º do CPA deve ter-se por aplicável a quem quer que seja designado como árbitro, não se restringindo, portanto, o seu âmbito subjetivo de aplicação aos titulares de órgãos da Administração Pública ou respectivos agentes que sejam indicados para exercer a função arbitral⁷⁸.

Deste modo, qualquer pessoa, independentemente de qual seja o seu cargo profissional, estará proibida de aceitar a designação como árbitro e intervir no processo arbitral nos seguintes casos:

- a) Quando nele tenha interesse, por si, como representante ou como gestor de negócios de outra pessoa;
- b) Quando, por si ou como representante ou gestor de negócios de outra pessoa, nele tenha interesse o seu cônjuge ou pessoa com quem viva em condições análogas às dos cônjuges, algum parente ou afim em linha reta ou até ao segundo grau da linha colateral, bem como qualquer pessoa com quem viva em economia comum ou com a qual tenha uma relação de adoção, tutela ou apadrinhamento civil;
- c) Quando, por si ou como representante ou gestor de negócios de outra pessoa, tenha interesse em questão semelhante à que deva ser decidida, ou quando tal situação se verifique em relação a pessoa abrangida pela alínea b);
- d) Quando tenha intervindo anteriormente como perito ou mandatário ou haja dado parecer sobre questão a resolver, ou quando tal situação se verifique em relação a pessoa abrangida pela alínea b);
- e) Quando o processo tenha por objeto decisão proferida por si, ou com a sua intervenção, ou proferida por qualquer das pessoas referidas na alínea b) ou com intervenção destas.

⁷⁷TRINDADE, 2016, Pág.209.

⁷⁸Defendendo igualmente esta interpretação mais abrangente, cfr. TRINDADE, 2016, Pág.210 e 211.

3.5.2. Impedimentos previstos na alínea a) do nº 1 do art.8º

A este elenco de impedimentos “remissivos” acrescem dois casos de impedimento específicos da função tributária, previstos no art. 8º, nº 1, alíneas a) e b), do RJAT.

A referida alínea a) abrange duas situações distintas.

Por um lado, determina que quem tenha sido dirigente, funcionário ou agente da Administração tributária, nos dois anos anteriores ao da sua indicação como árbitro, não pode desempenhar esta função. Neste caso, estamos perante um impedimento absoluto, uma vez que esta pessoa “não pode ser árbitro em nenhum processo de arbitragem independentemente do sujeito passivo demandante” ou da “situação concreta para o qual o árbitro está a ser designado”⁷⁹. No fundo, o legislador entendeu que, uma vez que, na arbitragem tributária, o demandado é sempre o Estado representado pela Autoridade Tributária, não fazia sentido permitir que pudesse ser árbitro uma pessoa que, por força da sua estreita relação com a Administração Tributária, teria sempre uma inclinação natural para beneficiá-la, não reunindo, por isso, condições para decidir com isenção o caso.

Por outro lado, o art. 8º, nº 1, alínea a) do RJAT estabelece ainda que não pode exercer a função arbitral quem, nos dois anos anteriores ao da sua indicação como árbitro, tenha sido membro de órgãos sociais, trabalhador, mandatário, auditor ou consultor do sujeito passivo que seja parte no processo, de entidade que se encontre com aquele em relação de domínio, tal como esta é definida no Código das Sociedades Comerciais, ou de pessoa ou entidade que tenha interesse próprio na procedência da pretensão.

Relativamente ao conceito de “relação de domínio”, haverá que atender ao disposto no art. 486º do CSC, nos termos do qual “duas sociedades estão em relação de domínio quando uma delas, dita dominante, pode exercer, diretamente ou por sociedades ou pessoas que preencham os requisitos indicados no artigo 483º, nº 2⁸⁰, sobre a outra, dita dependente, uma influência dominante”. O art. 486º, nº 2 do CSC estabelece ainda uma presunção de existência de sociedade dominante, quando esta, “direta ou indiretamente: a) detém uma participação maioritária no capital; b) dispõe de mais de metade dos votos; ou c) tem a possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização”.

⁷⁹*Ibid.* Pág.212.

⁸⁰Isto é, por intermédio de uma outra sociedade que dela seja dependente, direta ou indiretamente, ou com ela esteja em relação de grupo, ou de pessoa que seja titular de ações por conta de qualquer dessas sociedades.

Trata-se, neste segundo caso, de um impedimento relativo, porquanto, dependendo de quem seja o demandante no caso concreto, pode o árbitro estar impedido num determinado processo, mas já não o estará noutros processos em que sejam diferentes as partes.

3.5.3. Impedimentos previstos na alínea b) do n° 1 do art.8º

Por fim, o art. 8º, n° 1, alínea b) do RJAT estipula que não pode desempenhar a função arbitral, a pessoa que, nos dois anos anteriores à sua designação, “tenha sido trabalhador, colaborador, membro, associado ou sócio de entidade que tenha prestado serviços de auditoria, consultoria e jurisconsultoria ou advocacia ao sujeito passivo”.

Mais uma vez, estamos perante um impedimento relativo, pois tudo depende de quem seja o demandante no caso concreto, só que aqui o conflito de interesses não advém de uma relação direta com o demandante, mas do facto de a pessoa a designar ter atuado, no quadro da sua atividade profissional, como prestadora de serviços de uma das partes.

Adiante, a propósito do *double hatting*, abordaremos novamente esta questão.

3.5.4. Mecanismo de recusa

Verificado que seja qualquer das referidas situações de impedimento ou, nos termos do art. 8º, n° 2 do RJAT, “quando ocorra circunstância pela qual possa razoavelmente suspeitar-se da sua imparcialidade e independência”, a pessoa convidada para o exercício das funções arbitrais tem o dever de rejeitar a respetiva designação.

Vimos já anteriormente que, nos termos do art. 13º da LAV, o árbitro tem o dever de revelar todos os factos e circunstâncias que possam suscitar dúvidas fundadas sobre a sua imparcialidade e independência, uma vez convidado para o exercício da função ou posteriormente, tratando-se de causa superveniente ou de que tomou conhecimento depois de aceitar o encargo.

A LAV não especifica a forma pela qual o árbitro deve dar cumprimento a esta obrigação. No entanto, a doutrina tem defendido que antes de aceitar o encargo, a pessoa designada como árbitro deve enviar declaração escrita “descrevendo qualquer ligação, pessoal ou familiar próxima, de natureza profissional, societária, como gestor ou outra, às partes ou a outras empresas do grupo de empresas a que pertencem as partes”⁸¹. Tal informação deve ser enviada às partes e aos restantes árbitros e, tratando-se de arbitragem

⁸¹BARROCAS, 2018, Pág.71. No mesmo sentido, cfr. MARTINS, 2021, Pág.245.

institucionalizada, também ao centro de arbitragem, por forma a que estes possam tomar posição sobre o conteúdo da declaração⁸².

Note-se que a revelação não pode ser interpretada como o reconhecimento por parte do árbitro de que não se considera independente ou imparcial, nem implica automaticamente a escusa ou recusa do árbitro, “apenas coloca nas partes o ónus de desencadearem o procedimento de recusa”⁸³, no qual haverá depois que averiguar se, em face das circunstâncias concretas do caso, tais dúvidas podem objetivamente ter-se por fundadas e justificar o afastamento do árbitro. Não bastam, por isso, meras dúvidas hipotéticas, mas exige-se que estas sejam concretas e possam, sob o ponto de vista de um terceiro razoável, de boa-fé e devidamente informado, levar à conclusão de que existe a probabilidade séria de o árbitro se deixar influenciar por critérios que não o mérito da causa, apesar de não ser “fácil demonstrar que uma dúvida significa uma certeza, sobretudo em matéria de imparcialidade”⁸⁴.

Relativamente ao processo de recusa, sem prejuízo das partes poderem acordar de forma diferente, o art. 14º, nº 2 da LAV prevê que, na falta de acordo, o mesmo deve iniciar-se com a exposição escrita dos motivos da recusa, a apresentar pela parte que pretenda recusar o árbitro, no prazo de 15 dias a contar da constituição do tribunal arbitral ou do conhecimento das potenciais causas de recusa. Não tendo o árbitro renunciado e insistindo a parte que o designou em mantê-lo, compete ao tribunal arbitral, com a participação do árbitro visado (ou, no caso da arbitragem institucionalizada, ao centro de arbitragem⁸⁵), decidir sobre a recusa, podendo tal decisão, segundo o disposto no art. 14º, nº 3 e no art. 59º, nº1, alínea b), e nº 2, ser objeto de recurso para o TCA territorialmente competente.

Algumas notas finais para mencionar que, nos termos da enumeração taxativa constante do art. 13º, nº 3 da LAV, a recusa pode ter por fundamento, não apenas estas situações de fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade ou independência que vimos agora de analisar, mas também a ausência das qualificações acordadas pelas partes respeitantes ao “perfil geral do árbitro, (...) aos requisitos concretos de natureza técnica ou outra que as partes convencionaram, tendo em atenção a natureza do litígio”⁸⁶. Refira-

⁸²BARROCAS, 2018, Pág.71. Em sentido convergente, veja-se o disposto quanto ao dever de revelação no art. 6º, nº 4 e nº 5, do Código Deontológico do CAAD.

⁸³AA.VV.,2021, Pág.71.

⁸⁴BARROCAS, 2018, Pág.73.

⁸⁵Julgamos ser este o sentido útil que haverá que retirar, em sede arbitragem administrativa, do disposto no art. 8º, nº3 do RJAT.

⁸⁶BARROCAS, 2018, Pág.74.

se ainda que a parte que designou o árbitro apenas pode requerer a sua recusa com fundamento em factos ou circunstâncias supervenientes à designação, ou de que apenas tenha tido conhecimento após essa designação.

Daqui resulta que o incumprimento por parte do árbitro do dever de revelação não configura em si mesmo causa de recusa, mas, atento o seu carácter estrutural enquanto garante da independência e imparcialidade da justiça arbitral, pode conduzir a “anulação da sentença ou recusa do seu *exequatur*, além de responsabilidade para o árbitro se não tiver sido revelado facto relevante, com dolo ou negligência grave, sempre que essa omissão tenha tido efeitos na decisão ou tenha causado danos”⁸⁷.

3.5.5. Direito comparado

No quadro do direito comparado, haverá que mencionar o art. 815º do Código de Processo Civil italiano, que consagra impedimentos semelhantes aos previstos no art. 8º do RJAT, prevendo, por exemplo, que um árbitro possa ser afastado se: (i) ele ou entidade, associação ou empresa da qual seja administrador tiver interesse na causa; (ii) se for parente até quarto grau, tutor ou curador de uma das partes; (iii) estiver vinculado a uma das partes ou a sociedade que com ela esteja em relação de domínio ou dependência, por contrato de trabalho ou por outras relações de natureza patrimonial ou associativa que afetem a sua independência; (iv) atuou como consultor jurídico de uma das partes em fase anterior do mesmo processo.

Merecem ainda referência alguns regimes de direito comparado, como a Lei Espanhola, art. 17º, nº 2⁸⁸ (*Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*), a Lei Alemã, secção 1036⁸⁹ (*German Arbitration Law 98. Tenth book of the Code of Civil Procedure*) e a Lei Sueca, secção 9⁹⁰ (*The Swedish Arbitration Act*), por terem sido as fontes do art.

⁸⁷AA.VV., 2021, Pág.70.

⁸⁸“2. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida.”

⁸⁹“(1) 1 When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to doubts as to his impartiality or independence. 2 An arbitrator, from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him.

(2) 1 An arbitrator may be challenged only if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence, or if he does not possess qualifications agreed to by the parties. 2 A party may challenge an arbitrator appointed by him, or in whose appointment he has participated, only for reasons of which he becomes aware after the appointment has been made.”

⁹⁰“Section 9. A person who is asked to accept an appointment as arbitrator shall immediately disclose all circumstances which, pursuant to Sections 7 or 8, might be considered to prevent the person from serving as arbitrator. An arbitrator shall inform the parties and the other arbitrators of such circumstances as soon as all arbitrators have been appointed and thereafter in the course of the arbitral proceedings as soon as the arbitrator has learned of any new circumstance.”

13º da LAV. Nesta sede e por conter um regime semelhante ao nosso, destaque-se também o art.1456º do Código de Processo Civil francês, segundo o qual: “Cabe ao árbitro, antes de aceitar a sua missão, revelar qualquer circunstância suscetível de afetar a sua independência ou a sua imparcialidade”⁹¹.

3.5.6. *IBA guidelines*

No contexto da preservação da independência e da imparcialidade enquanto garantias essenciais da justiça arbitral, impõe-se igualmente referência às *Guidelines* da *IBA* relativas a Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional.

Aprovadas em 2004, e depois revistas em 2012 para dar resposta à complexidade crescente das questões relativas a conflitos de interesses, num contexto marcado pelo crescimento da atividade económica internacional e pelo aparecimento de grandes grupos empresariais e sociedades de advogados internacionais, as referidas *Guidelines* visam “proporcionar orientações específicas para os árbitros, partes, instituições arbitrais e tribunais judiciais quanto às situações que constituem, ou não, um conflito de interesses ou requerem, ou não, revelação”⁹², seja no momento da investidura, seja no decurso do processo.

Trata-se de meros instrumentos de *soft law*, que “não têm força de lei, nem prevalecem sobre qualquer legislação nacional aplicável ou sobre regras arbitrais escolhidas pelas partes”⁹³. Seja como for, a verdade é que “são hoje invocadas e aplicadas, tanto em arbitragens internacionais como nacionais, pelos tribunais judiciais e arbitrais de mais de uma dezena de países”⁹⁴, o que, de forma alguma, nos surpreende, dado que é do interesse geral da “comunidade arbitral internacional evitar que os processos arbitrais sejam prejudicados por impugnações infundadas de árbitros e (assegurar) que a legitimidade do processo não seja afetada pela incerteza e falta de uniformidade na aplicação dos critérios de revelação, objeção e impugnação”⁹⁵.

Tendo por base as leis e jurisprudência de várias jurisdições, bem como o entendimento e experiência de especialistas em arbitragem internacional, as Diretrizes estão sistematicamente divididas em duas partes: a parte I, que estabelece os princípios gerais, acompanhado de notas explicativas relativas à imparcialidade, à independência e

⁹¹ “Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité.”

⁹² *IBA*, 2014, Pág.16. No mesmo sentido, LEMES, 2010, Pág.49.

⁹³ *IBA*, 2014, Pág.3.

⁹⁴ MIRANDA, 2013, Pág.1276.

⁹⁵ *IBA*, 2014, Pág.1.

ao dever de revelação; e a parte II, que procede à aplicação prática destes princípios, enumerando exemplificativamente as diversas situações de possíveis conflitos de interesses e organizando-as, em função da respetiva gravidade, em três listas - as denominadas Listas Vermelha, Laranja e Verde.

Assim, as situações mais graves sob o ponto de vista das dúvidas que geram quanto à imparcialidade e independência do árbitro encontram-se elencadas na Lista Vermelha, que, por sua vez, se encontra subdividida em duas partes: a “Lista Vermelha Irrenunciável” e a “Lista Vermelha Renunciável”. A primeira abrange as “situações resultantes do princípio primordial de que ninguém se pode julgar a si próprio”⁹⁶, em que o conflito não é passível de ser sanado mediante aceitação das partes. Por sua vez, a Lista Vermelha Renunciável identifica situações sérias, mas não tão graves, que podem ser sanadas, mas “apenas se e quando as partes, uma vez cientes do conflito de interesses, manifestarem expressamente a sua intenção de manter o árbitro na sua função”⁹⁷.

Relativamente à Lista Laranja, esta abrange situações, cuja existência o árbitro tem o dever de revelar, por poderem à luz do caso concreto, suscitar aos olhos das partes dúvidas quanto à imparcialidade ou independência do árbitro, mas que apenas conduzirão à desqualificação do árbitro caso uma das partes apresente em tempo útil objeção nesse sentido, entendendo-se em caso de silêncio que as partes aceitaram o árbitro⁹⁸.

Por fim, nas situações elencadas na Lista Verde não existe, de um ponto de vista objetivo, um conflito de interesses aparente ou efetivo, pelo que não se impõe ao árbitro sequer o dever de as revelar⁹⁹.

Feito este breve percurso explicativo sobre as *Guidelines*, importa agora perceber como é que as mesmas têm sido encaradas pela comunidade jurídica portuguesa.

Ora, em Portugal, três instituições de arbitragem fazem referência às *Guidelines* nos respetivos códigos de conduta, a saber:

- (i) o Código Deontológico do Árbitro do Centro de Arbitragem Comercial¹⁰⁰;
- (ii) o Código Deontológico do Árbitro do ARBITRARE¹⁰¹; e
- (iii) o Código Deontológico da Associação Portuguesa de Arbitragem¹⁰².

⁹⁶IBA, 2014, Pág.16.

⁹⁷IBA, 2014, Pág.16.

⁹⁸IBA, 2014, Pág.16 e 17.

⁹⁹IBA, 2014, Pág.18.

¹⁰⁰Art. 1º, nº 3.

¹⁰¹Art. 1º, nº 3.

¹⁰²Art. 2º.

Note-se, porém, que não estamos, nestes casos, perante um fenómeno de verdadeira “incorporação” ou “importação” das *Guidelines*¹⁰³, tendo-se os referidos códigos limitado a determinar que, na respetiva interpretação e integração, devem ter-se presentes as *Guidelines*.

Por outro lado, no que concerne à aplicação por parte dos tribunais administrativos portugueses deste instrumento de *soft law*, podemos concluir que, embora o recurso às *Guidelines* não seja propriamente uma novidade, certo é que o seu acolhimento está longe de ser unânime. Veja-se, por exemplo, o acórdão do TCA Sul de 30 de agosto de 2016¹⁰⁴, onde, embora se considere que “no domínio da *soft law* assumem relevância as *Guidelines* da IBA”, não deixa de se “salientar as cautelas que parte da doutrina evidencia deverem ser tomadas no que respeita às *Guidelines*”, citando, para o efeito, Menezes Cordeiro, quando diz que 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 (...)”¹⁰⁵.

Não cremos, no entanto, que haja razões para encarar este instrumento com relutância.

Desde logo porque, olhando para os casos de impedimento previstos no art. 8º do RJAT, é evidente a similitude com algumas das situações de conflito de interesse elencadas nas Listas Vermelha e Laranja das Diretrizes da IBA. A título de exemplo e com correspondência no art. 8º, nº1, alínea a), do RJAT, veja-se a referência, na lista vermelha irrenunciável, às situações em que “(o) árbitro é administrador, gerente ou membro de órgão supervisor, ou possui influência de controlo sobre uma das partes”; ou aos casos, desta feita elencados na lista vermelha renunciável, em que “(o) árbitro detém, direta ou indiretamente, participações ou ações numa das partes ou em afiliada de uma das partes”. Destaque-se ainda, e agora com paralelo no disposto no art. 8º, nº 1, alínea b) do RJAT, o caso mencionado na lista vermelha irrenunciável em que “(o) árbitro ou a sua sociedade de advogados presta assessoria regular à parte que o indicou”; o caso referido na lista vermelha renunciável, em que “(o) árbitro atualmente representa ou presta consultoria a uma das partes ou a uma afiliada de uma das partes”; e o caso constante da

¹⁰³Segundo Duarte Henriques, apenas o *Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration*, “incorporou” ou “importou” as *IBA Guidelines*, estipulando, no número 2.1 do seu *Code of Conduct for Arbitrator*, que as mesmas serão um ponto de referência para apurar da existência de um dever de revelação e de uma situação de conflito de interesses. Cfr. HENRIQUES, 2017, Pág. 507.

¹⁰⁴Processo 13580/16.

¹⁰⁵Cfr. indicado acórdão, citando CORDEIRO, 2016. Pág.153 a 156.

lista laranja em que “(o) árbitro atuou, nos três anos anteriores, como mandatário de uma das partes ou de uma afiliada de uma das partes, ou prestou assessoria jurídica ou foi consultado pela parte ou por uma afiliada da parte”¹⁰⁶.

Por outro lado e mais determinadamente, porque, pese embora estejamos com aqueles que defendem que a aplicação das *Guidelines* não pode, em caso algum, fazer-se de forma automática ou matemática, julgamos que, mesmo no contexto de uma comunidade arbitral de pequena dimensão como Portugal¹⁰⁷, elas podem fornecer pistas interpretativas bastante úteis para apurarmos que “circunstâncias” hão de ter-se por abrangidas pelo dever de revelação e podem objetivamente justificar o afastamento dos árbitros, desta forma podendo contribuir para uma maior consistência e coerência na aplicação aos casos concretos das regras legais aplicáveis. Isto, claro, sem prejuízo de se reconhecer que o recurso às Diretrizes não pode ser feito acriticamente, havendo, por isso, que atender sempre às especificidades do “mercado” de arbitragem português.

3.5.7. *Double Hatting*

Vimos já que o art. 8º, nº 1, alínea b) do RJAT, aplicável no contexto da arbitragem administrativa, por efeito da remissão do art. 181º, nº4, do CPTA, impede o exercício da função de árbitro à pessoa designada que, nos dois anos anteriores ao da sua indicação, “tenha sido trabalhador, colaborador, membro, associado ou sócio de entidade que tenha prestado serviços de auditoria, consultoria e jurisconsultoria ou advocacia ao sujeito passivo”. No mesmo sentido, o art. 6º, nº 4 do RJAT, determina que só são elegíveis para designação por sorteio “os árbitros que não sejam mandatários ou não integrem escritório de advogados em que um dos membros seja mandatário em qualquer processo arbitral tributário pendente”.

Estamos aqui perante exemplos de proibição do chamado *double hatting*, questão esta que, nos últimos anos, tem sido objeto de intenso debate no âmbito da arbitragem internacional.

¹⁰⁶Referindo-se expressamente a estes exemplos, cfr. NORONHA, ALMADA, NÁPOLES e MARTINS In: AA.VV., 2021, Pág.342 e segs.

¹⁰⁷Um exemplo recorrentemente mencionado a propósito da alegada inadequação das Diretrizes a um mercado arbitral limitado como o nosso, diz respeito às arbitragens para resolução de litígios emergentes de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos, a qual, nos termos da Lei nº 62/2011, de 12 de dezembro, configurava originariamente um caso de arbitragem necessária. Ora, tendo em conta o número reduzido de especialistas nesta matéria, inevitavelmente os árbitros encontravam-se com frequência em situação de conflito de interesses. Um tal problema foi, entretanto, superado, porquanto, como referimos na nota de rodapé 42 *supra*, o DL nº 110/2018, de 10 de dezembro, revogou o regime de arbitragem necessária para estes litígios.

Não existe uma definição precisa de *double hatting*, mas, no contexto da arbitragem de litígios investidor-Estado (*ISDS*), este conceito é geralmente usado para referir “a prática pela qual um indivíduo atua em duas funções diferentes em casos de *ISDS*, simultaneamente ou num curto período do tempo”¹⁰⁸, envolvendo, na maioria dos casos, a atuação, simultânea ou sequencial, como árbitro e advogado em diferentes processos, mas que pode também referir-se ao exercício concomitante de outras atividades, como perito ou mediador.

Sendo estas situações frequentes no âmbito da arbitragem internacional, sobretudo no quadro do *ISDS*, as opiniões na comunidade arbitral dividem-se quanto a saber se e em que moldes deve o *double hatting* ser proibido¹⁰⁹.

A favor de uma tal proibição, temos, por exemplo, o juiz Thomas Buergenthal, do *International Court of Justice*, que, numa palestra em 2006, defendeu que os especialistas devem optar entre serem advogados ou árbitros e cingir-se a essa escolha, pelo menos durante um certo período de tempo. Alertou ainda para o facto de o *ICSD* ser particularmente vulnerável relativamente a conflitos de interesses deste tipo, por serem frequentes os processos em que as questões a dirimir são semelhantes, implicando a interpretação e aplicação de tratados internacionais de investimento com cláusulas muito similares ou mesmo iguais.

No mesmo sentido, militam autores como Philippe Sands, que, em diversas ocasiões, tem advertido para os riscos que o *double hatting* comporta sob o ponto de vista da credibilidade da arbitragem, considerando, por isso, que o mesmo deve ser evitado, porquanto, para um observador razoável, a perceção será sempre a de que não é possível que uma pessoa que atue como árbitro e advogado não se deixe influenciar, mesmo que inconscientemente.

Há, no entanto, quem defenda o *double hatting*, com base, sobretudo em dois argumentos: (i) a sua proibição implicaria a redução do número de árbitros disponíveis, numa área como o *ISDS*, em que é já escasso o número de especialistas com as qualificações necessárias; (ii) e o argumento económico, ligado ao facto de os advogados

¹⁰⁸*ICSID*, 2021, Pág.1.

¹⁰⁹Seguimos de perto, na exposição que se segue, relativa às várias posições sobre a admissibilidade do *double hatting*, LANGFORD, BEHN e LIE, 2017, Pag.21 e 22.

não poderem abandonar a sua profissão, por não terem garantias de que serão nomeados árbitros¹¹⁰.

Parece-nos, contudo, que estes argumentos não são isentos de crítica. Desde logo, porque o número de árbitros nesta área cresceu significativamente e há mesmo quem sustente que a proibição do *double hatting* pode contribuir para alargar e tornar mais inclusivo o “clube” restrito de árbitros em *ISDS*¹¹¹. Mas sobretudo porque, na medida em que estas situações comprometam a isenção dos árbitros, é a própria legitimidade da justiça arbitral que poderá estar em causa, havendo, por isso, que atuar, por mais que possam ser negativas as repercussões ligadas à limitação do *double hatting*.

Olhando agora para a *praxis* na arbitragem internacional, temos que a primeira instituição a introduzir a proibição do *double hatting* foi o *CAS*, que, em 2009, passou, no art. 18º do respetivo Código de Arbitragem, a proibir os seus árbitros de atuarem como advogados ou peritos de uma parte, justificando a sua proibição “com base no facto de que é razoável acreditar que os árbitros possam favorecer advogados com os quais provavelmente compareceriam em outros casos”¹¹².

A proibição de *double hatting* consta igualmente de alguns tratados internacionais, como seja o Acordo Comercial UE-Canadá (*CETA*) e o Acordo Comercial UE-Vietname¹¹³.

A generalidade, porém, dos regulamentos dos principais centros internacionais de arbitragem não proíbe o *double hatting*¹¹⁴.

Não deixa, no entanto, de ser possível aferir da existência de um conflito de interesses em situações de *double hatting*, por referência ao critério geral que permite recusar um árbitro em caso de fundadas dúvidas sobre a sua independência e/ou imparcialidade. Veja-se, por exemplo, no contexto do *ISDS*, o caso *Telkom Malaysia v Gana*¹¹⁵, no qual um árbitro francês (Gaillard) nomeado pelo reclamante atuou, simultaneamente, como advogado do reclamante, num outro processo perante o *ICSID* - o caso *RFCC v Marrocos*. O Gana contestou a nomeação de Gaillard, com fundamento na incompatibilidade entre o seu papel de árbitro em simultâneo com o papel de advogado no caso *RFCC v Marrocos*, porquanto os dois casos envolviam a apreciação de questões

¹¹⁰Para uma sùmula das vantagens e desvantagens inerentes à proibição do *double hatting*, cfr. igualmente RUBINO-SAMMARTANO, (s.d.).

¹¹¹Neste sentido, NEREA e MUTASA, (s.d.).

¹¹²BOND e COLEMAN, 2020.

¹¹³*ICSID*, 2021, Pág.9.

¹¹⁴*Ibid.* Pág.9.

¹¹⁵*Telekom Malaysia Berhad v The Republic of Ghana*, PCA Case No. 2003-03, *UNCITRAL*, Settled.

jurídicas semelhantes e o Gana baseava as suas alegações na decisão desse outro caso, cuja anulação tinha sido pedida por Gaillard, enquanto advogado do RFCC. O Tribunal ordenou que Gaillard escolhesse se queria continuar como árbitro ou como advogado. Nesta sequência, Gaillard acabou por renunciar ao cargo de advogado no caso RFCC v Marrocos.

Por outro lado, importa salientar que, apesar de as *IBA Guidelines* não proibirem esta prática, tipificam, nas respetivas listas, algumas situações de *double hatting* como casos de potenciais conflitos de interesse.

Recentemente, houve mais movimentos no sentido de formalizar uma definição de *double hatting* e restringir a sua prática.

No início de 2020, foi lançado um projeto conjunto do *ICSID* e da *UNCITRAL* para elaboração de um Código de Conduta para árbitros em *ISDS*.

O projeto de Código, que vai agora na sua quinta versão¹¹⁶, publicada em novembro de 2022, estabelece no art. 4º que:

1. *Salvo acordo em contrário das partes litigantes, um Árbitro não deve atuar simultaneamente [e durante o período de três anos a contar do termo de um processo IID¹¹⁷] como representante legal ou perito em outro IID [ou qualquer outro processo] que envolva:*
 - (a) *as mesmas medidas;*
 - (b) *a(s) mesma(s) parte(s) ou entidades associadas¹¹⁸; ou*
 - (c) *a(s) mesma(s) norma(s) do mesmo [instrumento de consentimento¹¹⁹]*
2. *[Salvo acordo em contrário das partes litigantes,] um Árbitro não deve atuar simultaneamente [e durante o período de três anos a contar do termo de um processo IID] como representante legal ou perito em outro IID [ou qualquer outro processo] que envolva a apreciação de questões jurídicas substantivas tão similares que aceitar este encargo consubstanciaria incumprimento do artigo 3º¹²⁰.*

A redação atual do art. 4º corresponde, com algumas alterações, à “Opção de Proibição Modificada” constante da terceira versão¹²¹ do Projeto de Código, de setembro de 2021. Ficam, assim, para trás as duas outras opções incluídas nessa terceira versão, a saber: (i) a “Opção de Proibição Total”, que proibia os árbitros de atuarem como

¹¹⁶Disponível em https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/WP_223_advance_copy.pdf

¹¹⁷Nos termos da definição do art. 1º, alínea a), abrange os litígios investidor-Estado/organização de integração regional económica.

¹¹⁸Cfr. parágrafo 59: Definição inclui sociedades-mães, afiliadas ou subsidiárias.

¹¹⁹Cfr. parágrafos 6 e 50: Definição inclui: (i) tratado de investimento; (ii) legislação relativa a investimento estrangeiro; ou (iii) contrato [internacional] de investimento, no qual se baseie o consentimento para submeter o litígio a IID.

¹²⁰O art. 3º regula os princípios da independência e imparcialidade, contendo no nº 2 um elenco exemplificativo de obrigações relacionadas com os mesmos.

¹²¹Disponível em https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/Code_of_Conduct_V3.pdf

representantes legais ou peritos em qualquer outro processo *IID* ou, na versão menos radical, em processo relativo à aplicação ou interpretação de um mesmo tratado de investimento”; e (ii) a “Opção de Divulgação Total”, que se limitava a sujeitar os árbitros ao dever de revelação quando atuassem como representantes legais ou peritos em outro caso *IID*, envolvendo as mesmas partes ou entidades associadas, as mesmas medidas ou as mesmas questões jurídicas.

Por referência a esta anterior versão, Boon e Kalisz sustentavam que, a nível de eficácia, a opção mais adequada para resolver o problema do *double hatting* seria a “Opção de Proibição Total”, uma vez que esta “aborda a raiz do problema”¹²². Advertiam, contudo, que tal opção podia “sufocar a diversidade e excluir completamente os praticantes juniores”¹²³.

No final e tendo em conta os vários interesses a ponderar - por um lado, a necessidade de transparência, mas, por outro lado, o escasso número de árbitros nesta área - acabavam a concluir pela inevitabilidade de um certo grau de *double hatting*, considerando que a “Opção de Proibição Modificada” era a mais equilibrada e, por conter um rol exaustivo de condutas, tinha ainda a vantagem de garantir maior clareza jurídica e facilidade na aplicação.

Por nós, temos algumas reticências quanto a esta conclusão. Desde logo, numa matéria tão sensível como esta, consideramos questionável a opção de deixar a aplicação deste regime na disponibilidade das partes.

Por outro lado, importa não esquecer que, no quadro do *ISDS*, os investidores muitas vezes questionam importantes políticas públicas dos Estados, pelo que cremos que talvez se justificasse ter ido mais longe, à semelhança do que fez o legislador português no quadro da arbitragem de direito público.

Note-se, aliás, que é precisamente no sentido de garantir maior transparência, bem como a imparcialidade e independência necessárias¹²⁴, que, no quadro do *ISDS*, a Comissão tem advogado a criação de tribunal multilateral de investimento, cujos membros devem ser “a tempo inteiro, a longo prazo e não renováveis, sem atividades externas”¹²⁵.

¹²²BOON e KALISZ, 2022.

¹²³*Ibid.*

¹²⁴Cfr. Diretrizes de negociação de uma convenção que estabelece um tribunal multilateral para a resolução de litígios em matéria de investimento, disponíveis em <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/pt/pdf>

¹²⁵BOND e COLEMAN, 2020.

4. Um normativo próprio

A procura da via arbitral para resolução de litígios de natureza administrativa tem registado um significativo aumento nos últimos anos. Esta evolução, potenciada pelas sucessivas alterações legislativas, *maxime* do CPTA, tem, no entanto, vindo a expor as fragilidades da respetiva malha legal, nomeadamente:

- (i) a abordagem generalista, sem ter em conta as especificidades da realidade administrativa pública;
- (ii) a dispersão do regime jurídico por diversos diplomas: CPTA, LAV, RJAT, CCP e CPA; e
- (iii) as dificuldades interpretativas decorrentes de remissões entre diplomas concebidos em diferentes enquadramentos e circunstâncias.

Nestas circunstâncias, afigura-se premente a necessidade de um normativo único, articulado e coerente que abranja toda a matéria respeitante à arbitragem administrativa e dê resposta às questões específicas que se põem nesta sede, por estar em causa a prossecução do interesse público.

No mesmo sentido, um grupo de reputados juristas, sob a coordenação de Tiago Serrão, elaborou uma proposta de lei que dá corpo a uma abordagem legislativa unificada da arbitragem administrativa voluntária – a Lei da Arbitragem Administrativa Voluntária (LAAV).

Por constituir o objeto do nosso trabalho, focar-nos-emos apenas nas disposições da LAAV respeitantes ao estatuto dos árbitros.

Embora lhes incumba o papel central na arbitragem, os preceitos presentemente aplicáveis aos árbitros revelam-se incompletos, designadamente quanto a requisitos para o exercício da função, regime de designação, direitos e deveres, impedimentos e responsabilidade civil.

Neste enquadramento e ponderando tudo quanto ficou dito anteriormente, seguem-se contributos para a regulamentação do estatuto do árbitro nas diversas dimensões que o integram:

(i) Requisitos para o exercício da função

Em matéria de requisitos, acompanhamos, no essencial, os termos em que os autores da proposta de LAAV sentiram necessidade de “ir mais além dos requisitos

previstos na LAV, de forma a garantir uma maior competência e especialização dos árbitros que julguem litígios de direito administrativo”¹²⁶.

Não ignoramos que o princípio da autonomia das partes é um dos pilares fundamentais da arbitragem, mas, tendo em conta a “indisponibilidade” dos interesses envolvidos nos litígios jurídico-administrativos, consideramos que se justifica dar ao legislador o poder de estabelecer, em geral, o perfil adequado do árbitro, no contexto da arbitragem de direito público. Aceitamos que possa ser feita uma calibragem quanto à amplitude e detalhe dos requisitos, nomeadamente quanto à experiência, mas a sua consagração legal afigura-se importante, até por conferir um enquadramento unitário à arbitragem administrativa, quer ela decorra em centro de arbitragem, quer não.

Os requisitos a exigir devem ser adequados à complexidade e grau de especialização da matéria objeto da arbitragem. A prioridade deve, em nosso entender, ser conferida à competência técnica e à idoneidade moral, mas também ao “sentido de interesse público”, numa referência ao rigor e à transparência, valores imprescindíveis na bagagem do árbitro quando o objeto da apreciação arbitral tem natureza (de ordem) pública, decorre num contexto de direito público e prossegue interesses públicos.

Na arbitragem administrativa, o árbitro não tem acesso à rede de recursos de que os juízes administrativos estaduais dispõem, razão pela qual os requisitos respeitantes à formação, habilitações e experiência assumem especial acuidade como meio preventivo do erro.

Defendemos então que a solução que se nos afigura ser a mais adequada é a que se encontra prevista no RJAT: “(o)s árbitros são escolhidos de entre pessoas de comprovada capacidade técnica, idoneidade moral e sentido de interesse público”¹²⁷.

No que concerne ao requisito técnico/capacidade técnica, na proposta de LAAV vem, desde logo, previsto no art. 5, nº 2 que:

*2 - Os árbitros devem ser juristas com pelo menos 10 anos de comprovada experiência profissional na área do direito administrativo, designadamente através do exercício de funções públicas, da magistratura, da advocacia, da consultoria, da docência no ensino superior, da investigação ou da publicação de trabalhos científicos relevantes nesse domínio*¹²⁸.

Estas exigências quanto às qualificações justificam-se pelas vantagens inerentes à especialização e pelo facto de “a condução do processo arbitral e a sentença arbitral, para

¹²⁶AA. VV., 2019, Pág.59.

¹²⁷Art. 7º, nº 1 do RJAT.

¹²⁸*Ibid.* Pág.58.

além de exigirem conhecimentos jurídicos (mínimos), tem naturalmente de observar [...] formalidades, sob pena de a sentença arbitral poder vir a ser anulada”¹²⁹.

Contudo, temos aqui uma única crítica respeitante à exigência de 10 anos de experiência na área, que reputamos excessiva, uma vez que restringe a nomeação de árbitros jovens, e é até contraditória com a justiça estadual, onde um juiz com poucos anos de experiência pode decidir casos em matéria administrativa¹³⁰ e onde, para ingresso na magistratura judicial, apenas se exige aos candidatos que optem pela via profissional, que possuam “experiência profissional na área forense ou em outras áreas conexas, relevante para o exercício das funções de magistrado, e de duração efetiva não inferior a cinco anos”¹³¹. Nesta conformidade, propomos uma redução para 5 anos de experiência, em linha com os requisitos de acesso à carreira de magistrado judicial, na medida em que isso se traduziria num aumento de árbitros disponíveis.

Ainda no âmbito da capacidade técnica, o art. 5º, nº 3 da proposta de LAAV dispõe:

*3 -Nos litígios cuja resolução exija um conhecimento especializado de outros domínios do saber, podem ser designados como árbitros não presidentes licenciados em outra área que não o Direito*¹³².

Este número vem reforçar a importância da especialização nas matérias em disputa, configurando uma exceção aos requisitos previstos no número anterior, mas impõe duas limitações: em primeiro lugar, tal exceção apenas é aplicável nas arbitragens colegiais; e em segundo lugar, os árbitros não-juristas não podem ser designados como presidentes do tribunal arbitral.

Por fim, o art. 5º, nº 4 da Proposta da LAAV estabelece as condições de acesso ao estatuto de árbitro dos magistrados jubilados.

Salienta-se aqui a preocupação em garantir que os magistrados jubilados permaneçam na função de árbitro por um período mínimo de dois anos, com vista a “conferir estabilidade à designação de árbitros na arbitragem administrativa (e) assumir a exigência de compromisso do magistrado jubilado para o exercício da arbitragem”¹³³.

Passando ao requisito da idoneidade moral, este é um requisito de personalidade e é justificado pela “importância (e seriedade) das funções desempenhadas pelo árbitro”¹³⁴.

¹²⁹*Ibid.* Pág.59.

¹³⁰FIGUEIREDO, 2020, Pág.55 e 56.

¹³¹Art. 5º da Lei nº 2/2008, de 14 de janeiro.

¹³²AA. VV., 2019, Pág.58.

¹³³*Ibid.* Pág.61.

¹³⁴*Ibid.* Pág.59.

Temos ainda o requisito do “sentido de interesse público”, que não é referido na proposta de LAAV, mas é um dos requisitos exigidos no RJAT e que nos parece ser imprescindível nesta sede.

É ainda de salientar que, no âmbito da proposta de LAAV, o art. 5º consagra não só os requisitos de designação, mas também os deveres dos árbitros no respetivo nº 5:

5 - Os árbitros estão sujeitos aos princípios da independência e da imparcialidade, assim como aos deveres de reserva e de confidencialidade¹³⁵.

Por razões que se prendem com uma melhor sistematização, cremos que se justificaria dedicar um artigo autónomo aos deveres dos árbitros, à semelhança do que faz o RJAT.

(ii) Meios adequados de certificação das competências requeridas

Nos casos em que a arbitragem administrativa voluntária não decorra institucionalizadamente, coloca-se a questão de saber como garantir que os árbitros preenchem os requisitos requeridos para serem objeto de designação.

Trata-se de uma questão complexa que tem suscitado aceso debate doutrinal. De um lado, invocam-se imperativos de ordem pública para defender que a arbitragem em direito administrativo deveria ser necessariamente institucionalizada¹³⁶, assegurando, nesse caso, o centro de arbitragem que os árbitros preenchem os requisitos. Do outro lado, esgrime-se o princípio da autonomia das partes, recusando a imposição pelo legislador da exclusividade da arbitragem institucionalizada¹³⁷.

Acompanhamos o entendimento de que pode haver arbitragem administrativa para além dos centros de arbitragem. No mesmo sentido a proposta de LAAV, diferentemente do RJAT, não atribui o exclusivo da arbitragem administrativa a qualquer centro de arbitragem.

Não é isenta de dificuldades a operacionalização da arbitragem administrativa fora dos centros de arbitragem. No entanto, tais dificuldades não deverão limitar a LAAV ao foro exclusivo dos centros de arbitragem, terão é de ser encontradas soluções para essas mesmas dificuldades.

A matéria relativamente à qual se torna necessário estender aos processos arbitrais não institucionalizados as regras que, na prática, já se aplicam aos processos institucionalizados, é a do controlo dos requisitos para aceder ao estatuto de árbitro.

¹³⁵*Ibid.* Pág.59.

¹³⁶ALMEIDA, 2020, Pág.55.

¹³⁷FIGUEIREDO, 2020.

Quando o processo decorra em centro de arbitragem, o problema não se coloca uma vez que o centro assegura a organização de listas de árbitros e controla o preenchimento dos requisitos.

Nos casos em que as partes tenham optado por arbitragem não institucionalizada há que garantir, em primeiro lugar, a disponibilidade de uma lista de árbitros e, em segundo lugar, o controlo do preenchimento dos requisitos exigidos para a função por parte de entidade idónea.

Parece-nos, por isso, que, à semelhança do que sucede atualmente no CAAD, haverá que organizar consultas públicas abertas a todos os interessados, os quais passariam a integrar listas ordenadas em função da especialidade sempre que, analisados os elementos de informação disponibilizados, se concluísse pelo preenchimento dos requisitos para o exercício da função arbitral. A escolha dos árbitros, podendo embora competir às partes, far-se-ia depois de entre os árbitros “certificados” constantes dessas listas.

As incumbências referidas no parágrafo anterior poderiam, por exemplo, ser asseguradas pelo Ministério da Justiça, que é quem, através da DGAJ, organiza e gere as listas de mediadores no âmbito da mediação civil e comercial¹³⁸ e as listas de peritos avaliadores no quadro das expropriações por utilidade pública¹³⁹. No entanto, considerando que, no quadro da arbitragem administrativa, a Administração Pública é uma das partes, podendo o próprio Ministério da Justiça ser demandado nesta sede, talvez se justificasse mesmo a criação de uma entidade administrativa independente para este efeito. Tal entidade, para além das referidas competências ligadas à certificação de árbitros, poderia igualmente supervisionar a prestação de serviço por parte dos centros de arbitragem.

(iii) Deveres dos árbitros

Conforme referimos anteriormente consideramos que se justifica um artigo específico para os deveres dos árbitros.

A encabeçar este artigo devem figurar, pela sua essencialidade, os princípios da independência e da imparcialidade, seguindo-se uma enumeração exemplificativa de outros deveres importantes no quadro da arbitragem administrativa, como por exemplo:

¹³⁸Art. 9º da Lei da Mediação, aprovada pela Lei nº 29/2013, de 19 de abril, bem como a Portaria n.º 344/2013, de 27 de novembro.

¹³⁹Sobre este ponto, cfr. ponto 3.2.3 *supra*.

o dever de revelação; o dever de reserva e confidencialidade; o dever de diligência; e o dever de agir com boa-fé e tratar igualmente as partes.

Vimos anteriormente que a independência e a imparcialidade são conceitos indeterminados, cujo preenchimento pode suscitar dúvidas na aplicação a um determinado caso concreto. Neste contexto, cremos que, por forma a garantir maior certeza jurídica e consistência na aplicação destes princípios, poderia justificar-se a inclusão na LAAV de alguns exemplos de situações de conflito de interesses¹⁴⁰, inspirados nas listas das *Guidelines*, mas que possibilitassem uma adaptabilidade à realidade portuguesa.

(iv) Impedimentos

O RJAT e a proposta de LAAV dedicam artigos próprios à matéria de impedimentos para assegurar a imparcialidade dos árbitros.

Em primeiro lugar, remetem para o catálogo de impedimentos do CPA com as necessárias adaptações. Seguidamente, acrescentam-lhe duas proibições, consagrando um "período de nojo" durante o qual não poderá ser nomeado árbitro quem:

- (i) tenha anteriormente sido designado - de forma reiterada e sucessiva - por qualquer das partes; ou
- (ii) tenha prestado serviços ou de qualquer outra forma colaborado com qualquer das partes¹⁴¹.

Relativamente àquele primeiro impedimento, os autores esclarecem, no entanto, que, para se apurar se o árbitro se encontra impedido, torna-se necessária uma análise do caso concreto, no qual poderão ser fatores relevantes “o número de vezes que o árbitro tenha sido designado pela mesma parte e a existência de uma eventual dependência financeira em relação a essa parte”¹⁴². Do mesmo modo, deverão ser tidas em consideração as circunstâncias em que a designação ocorre, porquanto o facto de se nomear um árbitro repetidas vezes pode simplesmente ter como justificação a escassez de árbitros. Esse facto *per si* não deverá, por isso, conduzir à recusa do árbitro.

Concordamos com a avaliação feita pelos autores, que está, como eles próprios referem, inteiramente em linha com a interpretação “mais permissiva” das *Guidelines*. Parece-nos, porém, que, sendo isto assim, podem prestar-se a equívocos os termos

¹⁴⁰É isto que se faz no art. 3º do Projeto de Código de Conduta do ICSID e UNCITRAL, a que aludimos no ponto 3.5.7. *supra*.

¹⁴¹Art. 6º, nº 1 da proposta de LAAV.

¹⁴²AA. VV., 2019, Pág.63.

perentórios em que se encontra redigida esta norma, pelo que o melhor seria incluir esta situação no elenco exemplificativo de possíveis conflitos de interesse, a que aludimos a propósito da densificação dos princípios da independência e da imparcialidade.

Concordamos com a proposta da LAAV sobre a consagração de um “período de nojo”. No entanto, o seu agravamento de 2 para 3 anos relativamente ao RJAT pode, no contexto português, ser de difícil aplicação, por força do reduzido número de árbitros.

Importa ainda referir que o art. 6º, nº1, alínea b), da proposta de LAAV, estabelece à semelhança do art. 8º, nº1, alínea b), do RJAT, uma proibição do *double hatting*.

Por fim, uma breve nota para dar conta de uma posição doutrinal que defende a criação de um diploma único, abrangendo toda a arbitragem administrativa e tributária, reunindo os diplomas setoriais hoje dispersos¹⁴³.

Esta corrente levanta a questão de saber se haverá nas arbitragens administrativa e tributária princípios e regras comuns suficientes que justifiquem um normativo único para a arbitragem de direito público.

Esta proposta de “tratamento unitário do regime da arbitragem de direito público”¹⁴⁴ poderá fazer algum sentido. Resta, contudo, saber se, em face do número de especificidades dos dois tipos de arbitragem, não acabaríamos com um diploma de difícil leitura e aplicação prática.

¹⁴³PEDRO, 2019, Pág.40.

¹⁴⁴*Ibid.* Pág.40.

5. Conclusão

O recurso crescente aos tribunais arbitrais para a resolução de litígios jurídico-administrativos, a que vimos assistindo nos últimos anos, não foi acompanhado da consagração de um regime legal próprio da arbitragem administrativa.

Nesta conformidade, salvo algumas disposições especiais constantes do CPTA, o enquadramento normativo vigente da arbitragem administrativa resulta, no essencial, do regime da LAV, aplicável por efeito da remissão constante do art. 181º, nº1 do CPTA.

Esta opção do legislador tem sido questionada pela doutrina, a nosso ver justificadamente, por não atender devidamente às especificidades da realidade administrativa pública, deixando sem resposta adequada um conjunto de importantes questões.

Entre essas questões que carecem de tratamento mais apropriado conta-se o estatuto dos árbitros, que optámos por tratar neste trabalho, por ser evidente o papel fundamental que estes desempenham na criação de um clima de confiança e credibilidade na justiça arbitral. Não abordámos, no entanto, o tema da responsabilidade civil do árbitro, por se tratar de matéria cuja significativa complexidade justificaria, por si só, uma outra dissertação.

Tendo em conta os moldes em que o estatuto dos árbitros se encontra atualmente regulado, em particular no que se refere aos requisitos para o exercício da função arbitral, ao regime de designação dos árbitros e aos seus direitos, deveres e impedimentos, identificámos as fragilidades e omissões do enquadramento normativo vigente, ligadas, nomeadamente, à dispersão por diversos diplomas, ao número considerável de remissões e à ausência de consideração das exigências adicionais inerentes aos princípios da legalidade e da prossecução do interesse público.

À luz destas circunstâncias, consideramos demonstrado que o estatuto do árbitro em matérias administrativas carece de um regime que trate articuladamente as suas várias dimensões. Este regime deverá ser parte integrante de um normativo agregador que clarifique de forma unitária e coerente os diversos aspetos da arbitragem administrativa, contribuindo para a respetiva densificação.

Neste enquadramento, entendemos que os requisitos para o exercício da função arbitral devem passar a ser objeto de consagração legal, visto tratar-se de direito público. Tais requisitos devem conferir prioridade à competência técnica, à idoneidade moral e ao

sentido de interesse público e ser adequados à complexidade e grau de especialização da matéria objeto da arbitragem.

Relativamente aos requisitos em matéria de competência técnica, temos por justificada a exigência de comprovada experiência na área de direito administrativo. Parece-nos, porém, que, em linha com os requisitos de ingresso na magistratura judicial pela via profissional, 5 anos de experiência devia, em geral, ser considerado suficiente, podendo as partes exigir mais na convenção de arbitragem, quando tal se revelasse necessário à luz da particular complexidade do caso concreto.

Quanto aos meios adequados de certificação das competências requeridas, que reputamos necessária, há quem na doutrina defenda que a arbitragem administrativa deve ser institucionalizada, para que o centro de arbitragem possa garantir que os árbitros preenchem os requisitos legalmente exigidos.

O tema é complexo e tem suscitado aceso debate doutrinal. Pela nossa parte, acompanhamos o entendimento de que pode haver arbitragem administrativa para além dos centros de arbitragem, podendo a incumbência de controlar o preenchimento de requisitos e organizar listas de árbitros para a arbitragem administrativa voluntária ser assegurada pelo Ministério da Justiça ou mesmo por uma entidade administrativa independente a criar para o efeito.

No que respeita aos deveres dos árbitros, a simplificação e o combate à dispersão justificam que o normativo a criar contenha um artigo específico para os deveres dos árbitros, que, para além dos princípios essenciais da independência e da imparcialidade, enumere exemplificativamente os mais importantes deveres no contexto da arbitragem administrativa.

Finalmente e em matéria de impedimentos, cremos que, à semelhança do RJAT, o normativo a criar deverá seguir a base do elenco consagrado no CPA e estabelecer ainda impedimentos próprios assentes num "período de nojo", durante o qual quem tenha sido designado - de forma reiterada e sucessiva - por qualquer das partes ou tenha prestado serviços ou de qualquer outra forma colaborado com qualquer das partes, fica impedido de ser designado árbitro. A isto poderia eventualmente acrescentar-se um elenco exemplificativo de situações de potenciais conflitos de interesse, inspirado nas listas das *IBA Guidelines* e destinado a conferir certeza jurídica e melhor orientar as partes na aplicação prática dos princípios da independência e da imparcialidade.

Bibliografia

- AA. VV. (2005) – *Código do Procedimento Administrativo. Anotado – Com Legislação Complementar*. 5ª edição. Coimbra. Almedina.
- AA. VV. (2010) – *Direito do Urbanismo e do Ambiente. Estudos Compilados*. Lisboa. Quid Juris? Sociedade Editora.
- AA. VV. (2019) – *Arbitragem Administrativa: Uma Proposta*. Coimbra. Almedina.
- AA.VV. (2021) – *Lei da arbitragem Voluntária Anotada*. 5ª edição, revista e atualizada. Associação Portuguesa de Arbitragem. Coimbra. Almedina.
- ALMEIDA, Mário Aroso (2013) – “Arbitragem de Direito Administrativo – Algumas Considerações”. In: *Newsletter CAAD*. Nº1. Pág. 17-25.
- ALMEIDA, Mário Aroso (2020) – “Arbitragem administrativa: presente e futuro.” In: *Revista de Direito Administrativo*. #7. Jan- abril. Pág.57-61.
- ALMEIDA, Mário Aroso (2020) – *Manual de Processo Administrativo*. 4ª Edição. Coimbra. Almedina.
- ALMEIDA, Mário Aroso e Carlos Alberto Fernandes Cadilha (2022) – *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*. 5ª Edição. Coimbra. Almedina.
- BARBOSA, Mafalda (2016) – “Responsabilidade Civil do Árbitro”. In: *Estudos de Direito do Consumidor*. Vol. 11. Nº 1. Pág. 115-154.
- BARROCAS, Manuel Pereira (2010) – *Manual de Arbitragem*. Coimbra. Almedina.
- BARROCAS, Manuel Pereira (2018) – *Lei de arbitragem Comentada*. 2ª Edição. Coimbra. Almedina.
- BOND, Louise e Clarissa Coleman (2020) – “Two heads are better than one: Double Hatting and its impact on diversity in international arbitration”. In: K&L Gates Hub.
- BOON, Daniel e Aleksander Kalisz (2022) – “Regulating Double-Hatting in Investment-Treaty Arbitration: Latest ICSID- UNCITRAL Proposals.” In: London VYAP x Jus Mundi.
- CARVALHAL, Ana Paula Z. (2010) – “A Arbitragem Administrativa em Portugal”. In: *Revista FMU Direito*. São Paulo. Ano 24. Nº 33. Pág. 1-18.
- CARVALHO, Alexandre Marques (2013) – *Arbitragem no Direito Administrativo*. Lisboa. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

- CARVALHO, Raquel (2018) – *Comentário ao Regime Disciplinar dos Trabalhadores em Funções Públicas*. 2ª Edição. Lisboa. Universidade Católica Editora.
- CAUPERS, João (1999) – “A arbitragem nos litígios entre a administração pública e os particulares.” In: *Cadernos de Justiça Administrativa*. Nº 18. Pág. 3-11.
- CORDEIRO, António Menezes (2015) – *Tratado da Arbitragem. Comentários à Lei 63/2011*. Coimbra. Almedina.
- CORTEZ, Francisco (1992) – “A arbitragem voluntária em Portugal: Dos “ricos homens” aos tribunais privados”. In: *O Direito*. Ano 124. Nº 3. Lisboa. Pág. 365-404.
- CORTEZ, Francisco (1992) – “A arbitragem voluntária em Portugal: Dos “ricos homens” aos tribunais privados”. In: *O Direito*. Ano 124. Nº4. Lisboa. Pág.541-591.
- DEVARAKONDA, Yasaschandra (2022) – “Restricting Double-hatting to Safeguard International Arbitrations”. In: *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*. Pepperdine University. Vol 22. Issue 1. Article 3. Pág. 65-93.
- FERREIRA, Daniel Brantes e Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2020) – “A Arbitragem no Direito Administrativo: Perspectivas atuais e futuras através de um estudo comparativo e temático entre Brasil e Portugal.” In: *Revista de Direito Administrativo*. #7. Jan- abril. Pág.43-51.
- FIGUEIREDO, José Miguel (2020) – “Requisitos de Designação dos Árbitros na Proposta de Lei da Arbitragem Voluntária – Breve comentário em jeito de exortação.” In: *Revista de Direito Administrativo*. #7. Jan – abril. Pág. 52-56.
- GOMES, Carla Amado, Domingos Soares Farinho e Ricardo Pedro (2018) – *Arbitragem e Direito Público*. Reimpressão. Lisboa. AAFDL.
- GOMES, Carla Amado e Ricardo Pedro (2018) – *A Arbitragem Administrativa em debate: Problemas gerais e arbitragem no âmbito do código dos contratos públicos*. Lisboa. AAFDL.
- GOUVEIA, Mariana França (2014) – *Curso de resolução alternativa de litígios*. 3ª edição. Coimbra. Almedina.
- GUEDES, Armando M. Marques (1960) – “Tribunais Arbitrais Administrativos”. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Vol. XIV. Pág. 141-151.
- HENRIQUES, Duarte G. (2017) – “Portugal e as “IBA Guidelines” sobre Conflitos de Interesses: Desinvestir na virtude?” In: *Revista de Direito Comercial*. Pág. 495-532.

- HENRIQUES, Mónica (2017) – *Os meios alternativos de resolução de litígios e a responsabilidade dos árbitros*. Dissertação na Área e Especialização em Ciências Jurídico-Forenses. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Orientação: Dra. Sandra Passinhas.
- International Bar Association (2014) – “IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration”. London.
- International Centre for Settlement of Investment Disputes (2021) – “Code of Conduct – Background Papers. Double-Hatting.” Washington DC.
- LANGFORD, Malcom, Daniel Behn e Runar Hilleren Lie (2017) – “The Ethics and Empirics of Double Hatting”. In: *ESIL Reflections*. Vol. 6. Issue 7. Pag- 1-12.
- LANGFORD, Malcom, Daniel Behn e Runar Hilleren Lie (2017) – “The revolving door in international investment arbitration”. In: *Journal of International Economic Law*. Vol. 20. Issue 2. Pag.1-28.
- LEMES, Selma Ferreira (2010) – “A Independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação”. In: III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria. Coimbra. Almedina. Pág. 41-57.
- MARTINEZ, Pedro Romano (2005) – “Análise do vínculo jurídico do árbitro em arbitragem voluntária *ad hoc*.” In: *Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*. Coimbra. Almedina.
- MARTINS, Luís Miguel Cortes (2021) – “Incidente de recusa de árbitro: uso e abuso”. In: Portal da Ordem dos Advogados. Pág. 241-262.
- MEDEIROS, Rui (2020) – “Nem oito nem oitenta... A propósito da proposta de uma LAV para as arbitragens administrativas.” In: *Revista de Direito Administrativo*. #7. Jan- abril. Pág.68-74.
- MIRANDA, Agostinho Pereira (2010) – “O Estatuto Deontológico do Árbitro – Passado, Presente e Futuro”. In: III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria. Coimbra. Almedina. Pág. 59-71.
- MIRANDA, Agostinho Pereira (2013) – “Dever de revelação e direito de recusa de árbitro”. In: *Revista da Ordem dos Advogados*. Nº4. Pág. 1265-1299.
- NEREA, Amanda e Ronald Mutasa (s.d.) – “Double Hatting in International Arbitration: Time to close the Revolving Door?” In: Africa Arbitration Academy.
- PEDRO, Ricardo (2019) – *Estudos sobre Arbitragem (Em especial, de Direto Público)*. Lisboa. AAFDL.

- PEDRO, Ricardo e António Mendes Oliveira (2020) – *Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Anotação à Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, e às medidas legislativas em matéria de covid-19* (inclui CPTA, ETAF, legislação conexa e portarias). 2ª edição refundida, aumentada e atualizada. Coimbra. Almedina.
- RAPOSO, Mário (2007) – “O estatuto dos árbitros”. In: *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 67. Vol. II. Pág. 529-545.
- RAPOSO, Mário (2013) – “Os árbitros”. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. José Lebre de Freitas*. Vol. I. Coimbra. Coimbra Editora. Pág. 495-520.
- REIS, Bernardo (2009) - “O estatuto dos Árbitros – Alguns aspectos”. In: *Revista da Faculdade da UNL*. Ano 9. Nº16.
- RICA, Bruno (2013) – *Meios Alternativos de Resolução de Litígios Administrativos*. Dissertação em Direito Administrativo. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Orientação: Prof. Dra. Alexandra Leitão.
- RUBINO-SAMMARTANO, Mauro (s.d.) – “Double Hatting. Global Arbitration.” In: *Lexology*.
- SERRA, Manuel Santos (2013) – “Breves notas sobre a Arbitragem Administrativa e Tributária.” In: *Newsletter CAAD*. Nº1. Pág. 3-7.
- TELLES, Miguel Galvão (2011) – “A independência e imparcialidade dos árbitros como imposição constitucional”. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*. Vol. III. Coimbra. Almedina. Pág. 251-283.
- TRINDADE, Carla Castelo (2016) – *Regime Jurídico da Arbitragem Tributária-Anotado*. Reimpressão da edição de 2015. Coimbra. Almedina.