

REVISTA DE

**ADMI
NIS
TRAT
TIVO**

DIRETOR: LUÍS VERDE DE SOUSA · Periodicidade: Quatrimestral · ISSN 2184-1799 · PVP 23,00€

SETEMBRO > DEZEMBRO '25

Editorial	3
Doutrina		
FRANCISCO PAES MARQUES SUSANA TAVARES SILVA	O acesso à informação administrativa das federações desportivas	5
	O recurso de revista no Código de Processo nos Tribunais Administrativos: primeiras reflexões	21
Em debate:		
Os conflitos de interesses		
ANA JORGE RODRIGUES	O Princípio da Independência e o Dever de Imparcialidade dos Magistrados Judiciais: duas faces da mesma moeda	3;
ANA NEVES	O Direito da UE sobre conflitos de interesses e a inaplicabilidade do regime nacional das garantias de imparcialidade	4'
JOSÉ MIGUEL JÚDICE	Independência, Imparcialidade e Neutralidade nas Arbitragens Administrativas	5
LUÍS FILIPE MOTA ALMEIDA	O regime de prevenção e resolução dos conflitos de interesses nos municípios: reflexões sobre o seu presente e futuro	7
PEDRO MONIZ LOPES / JOÃO TILLY	Conflitos de interesses na contratação pública e ciência comportamental	8
MARGARIDA BAPTISTA	O pessoal dirigente da Administração Pública e os conflitos de interesses (enquadramento normativo)	9
Opinião		
JOÃO VILAS BOAS PINTO	Algumas questões atuais em torno das sanções administrativas urbanísticas (ou como são e como se gostaria que (não) fossem)	11
MARCO REAL MARTINS / NUNO OLIVEIRA ANTUNES	Breve nótula a propósito das "prorrogações graciosas" do prazo de execução nos contratos de empreitada de obras públicas	1
Anotação legislativa		
CLÁUDIA SOFIA DE ALMEIDA MONTEIRO	As obras de reconstrução no Simplex Urbanístico: velhas questões em novos litígios	1
SANDRA LOPES LUÍS	Anotação ao artigo 37.º, n.º 3, do Código de Processo dos Tribunais Administrativos	
Anotação jurisprudencial		
JOÃO HENRIQUES PINHEIRO	No final "...julgam apenas segundo a Constituição e a lei..." – Comentário aos Acórdãos do Pleno e da Secção do Contencioso Administrativo – Processo n.º 30/24.7BALS (e processo apenso 32/24.3BALS), de 30 de janeiro de 2025	
RUI ANDRADE	A problemática sobre a (in)existência de um limite temporal expresso no CCP à aplicação de sanções contratuais por mora no cumprimento no contrato	
Recensões		
BRUNO MOREIRA	Recensão de Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e dos Tribunais Administrativos	
CÉLIA INFANTE MATEUS	Recensão de Jurisprudência do Tribunal de Contas	
Prática		
JOANA COSTA E NORA	Esquema 53: Tramitação geral do processo cautelar (arts. 112.º e ss. do CPTA) ..	
PEDRO JOÃO DE OLIVEIRA	Esquema 54: Contraordenações Municipais (Urbanismo e Ordenamento do Território): Tramitação	

Independência, Imparcialidade e Neutralidade nas Arbitragens Administrativas

José Miguel Júdice*
Árbitro

Sumário: 1. Introdução; 2. A essencial independência e imparcialidade dos árbitros. Constituição, Lei e *soft law*; 3. A regra da independência e imparcialidade na LAV; 4. A independência e imparcialidade no direito administrativo; 5. O perímetro para aferição da independência do árbitro; 6. A assimetria dos deveres de revelação; 7. A importância acrescida do princípio da neutralidade nas arbitragens administrativas; 8. As repetidas nomeações e a imparcialidade; 9. Conclusão.

1. Introdução

Existe uma realidade que continua a surpreender-me na arbitragem doméstica no que se refere à que envolve o Estado Português e outras entidades públicas (arbitragem administrativa, de direito público ou com entes estatais¹). Segundo alguns autores e práticos, ela é, como diria um anglo-saxónico, *a different animal* que pouco ou mesmo nada tem que ver com a arbitragem entre sujeitos jurídicos de direito privado.

É verdade que este tipo de arbitragem possui especificidades que não podem ser esquecidas no plano da *lex causae* (lei material que regula o contrato) e da *lex fori* (lei que regula o procedimento).

Não sendo esse o núcleo central desta reflexão, bastará aqui lembrar, entre outras especificidades, o direito do contraente público à modificação ou resolução dos contratos devido à prevalência do interesse público, a existência de um direito da parte privada ao reequilíbrio financeiro, certas diferenças em sede de interpretação contratual, a possibilidade de recurso de sentenças arbitrais mesmo que não

admitida expressamente nos contratos, a alocação à justiça administrativa das intervenções processuais que nos contratos entre privados compete à justiça estatal cível.

Mas a existência desse tipo de características não chega para fazer das arbitragens de direito público uma realidade ontológica diferente nem para que a elas não sejam aplicáveis as normas da *lex causae* privada, que não tenham sido afastadas por normas legais de direito público. E o mesmo acontece no âmbito da *lex fori*, sendo que esta nota versa apenas esta última realidade e em concreto centra-se no tema da independência dos árbitros² e da aplicação do princípio da neutralidade na escolha do presidente pelas entidades de nomeação quando for o caso.

Em Portugal, entre outras normas processuais legais de âmbito geral, tem lugar de destacado relevo a Lei da Arbitragem Voluntária (doravante LAV)³, que foi estruturada para se aplicar a todo o tipo de arbitragens em que a *lex fori* seja a portuguesa.

Não é, pois, correto dizer ou pressupor que a LAV não tenha condições para se aplicar a uma especial área científica e/ou prática, como é o caso da arbitragem de direito público, e como seria o caso do direito do consumo, fiscal, e até das arbitragens a que quadra mal provavelmente aplicar o conceito de arbitragem voluntária (arbitragens desportivas, por exemplo). Aliás, e como veremos, isso resulta também de normas habilitantes de direito público.

Como é evidente, mas nunca é demais realçar, o poder político tem o direito de, bem ou mal, regular com normas próprias o que em muitas jurisdições

* Árbitro Independente, membro das listas de árbitros do CIADI (Banco Mundial), da Corte Permanente de Arbitragem (CPA Haia) e de mais cerca de 25 centros de arbitragem em quatro continentes, Membro do Council do ICC *Institute of World Business Law*, com experiência de mais de 70 casos como árbitro, cerca de metade dos quais de direito público e de proteção de investimentos internacionais (www.josemigueljudice-arbitration.com). Agradeço a colaboração do Dr. Julian Garcerant Fuentes para este meu ensaio.

¹ Aqui serão denominadas “arbitragens de direito público” ou “arbitragens administrativas” até porque considero como regra que as querelas terminológicas são irrelevantes, e ainda mais quanto ao tema deste ensaio.

² E ocasionalmente no das condições para a sua imparcialidade.

³ Aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro.

não tem especificidades processuais minimamente relevantes. Isso acontece entre nós, por exemplo, com as arbitragens tributárias, reguladas no Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária (doravante RJAT)⁴.

Mas, em minha opinião, essa intervenção normativa apenas altera o regime da LAV na medida do que resulte expressamente dessas alterações, mesmo que – como acontece no artigo 29.º do RJAT – o legislador não tenha elencado a lei então vigente sobre arbitragens⁵ na lista de normas de “aplicação subsidiária ao processo arbitral tributário, de acordo com a natureza dos casos omissos”, tema a que voltaremos mais adiante.

2. A essencial independência e imparcialidade dos árbitros. Constituição, Lei e *soft law*

É neste contexto que, em minha opinião, tem de ser analisado o tema da independência, imparcialidade e neutralidade dos árbitros em arbitragens de direito público, o que é o cerne desta reflexão.

Para esse objetivo haverá que começar por resumir o essencial do regime da LAV sobre essas matérias. De seguida haverá que abordar o que sobre isso exista no âmbito das normas legais especiais e regulamentares das arbitragens de direito público. E, para tais efeitos deve também analisar-se o que de relevante possa ser extraído de decisões de tribunais arbitrais que funcionaram no âmbito de arbitragens de direito público e de decisões judiciais que – designadamente em sede de ações de anulação ou em recursos, quando cabível – tenham abordado e decidido sobre este tema. Finalmente (ou sempre que venha a propósito) será feita referência à doutrina que tenha abordado o tema pelo prisma das regras processuais de direito público e às melhores práticas internacionais.

Para além disso não pode deixar de se ter presente que os tribunais arbitrais têm dignidade constitucional em Portugal⁶, sendo considerados verdadeiros tribunais, e que, *mutatis mutandis*, os árbitros são equiparados a juízes por exercerem a função jurisdicional no âmbito dos poderes que lhe são atribuídos direta ou indiretamente pelas partes⁷. Por isso – e, como já

afirmou o Tribunal Constitucional – “a independência e imparcialidade eram características que deveriam estar presentes nesse tipo de jurisdições e sem as quais não se poderia falar de um verdadeiro tribunal”⁸.

Ou seja, os tribunais arbitrais estão constitucionalmente obrigados a exercer os seus poderes com independência e imparcialidade, e mediante um processo equitativo⁹, e isso tem de ser assim ainda que o legislador ordinário nada tivesse determinado a esse propósito. Como escreveu Mariana França Gouveia, “a imparcialidade e independência dos árbitros – de todos os árbitros – é consequência direta das suas funções jurisdicionais”¹⁰. No mesmo sentido apontam normas de direito internacional recebidas no sistema jurídico português¹¹.

e que foi coordenado pelo Professor Doutor Carlos Blanco de Moraes (doravante Relatório de Avaliação). Este estudo, como veremos, foi instrumental para a versão de março de 2025 do Código Deontológico, a qual merece elogios quanto à receção das melhores práticas internacionais. Agradeço ao Presidente do CAAD, Nuno Villa-Lobos, a disponibilidade que revelou para me ajudar na preparação deste ensaio e a qualidade e utilidade de nível internacional do site da sua instituição.

⁸ Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 52/92, de 14 de março de 1992, Processo n.º 10/89, fundamentação 6. Disponível no site: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

⁹ De acordo com o disposto no artigo 203.º da CRP, “Os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei” e nos termos previstos no n.º 2 do artigo 20.º “Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”.

¹⁰ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, p. 203. Por esse motivo, acompanho Manuel Barrocas na sua crítica ao Acórdão de 16/2/2017 do Tribunal Central Administrativo Sul (doravante TCA-S), Processo n.º 20011/16.3BCLSB, ao considerar que “[...] os árbitros portugueses, na sequência da LAV de 2011, já não estão sujeitos às mesmas regras de imparcialidade e impedimentos que o Direito nacional prevê para os juízes-magistrados judiciais estaduais [...] (e) aliás, a atual legislação relativa às garantias de imparcialidade e independência dos árbitros é reduzida e vaga”, Cfr. MANUEL BARROCAS, *Estudos de Direito e Prática Arbitral*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 100.

¹¹ Cfr. Relatório de Avaliação, citado, p. 37: “O estatuto de independência e imparcialidade de quem desempenha a função jurisdicional afigura-se igualmente uma exigência decorrente do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva para defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos insito no artigo 20.º da Constituição e de fontes de direito internacional, universal e regional, e de Direito da União Europeia a que o Estado Português se encontra vinculado, seja a Convenção Europeia de Direitos Humanos ([doravante CEDH] n.º do artigo 6.º), seja o Tratado da União Europeia ([doravante TUE] artigo 2.º e segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º) e a Carta

⁴ Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, alterado por mais de uma vez, a última das quais através da Lei n.º 7/2021, de 26/02.

⁵ Lei n.º 31/86, de 29 de agosto, pois a LAV só foi aprovada no final desse ano.

⁶ Artigo 209.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP).

⁷ Para detalhes quanto a esta incontroversa questão e outros temas essenciais, veja-se o incontornável “Relatório de Avaliação da Arbitragem Tributária”, elaborado em dezembro de 2023 a pedido do Centro de Arbitragem Administrativa (doravante CAAD) pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa,

Também se deve ter presente que o mundo da resolução de litígios por via arbitral existe num ambiente regulatório que possui normas de *soft law* de adesão voluntária, mas que mesmo sem essa adesão das partes nos casos concretos e para além disso os tribunais judiciais e arbitrais em todo o Mundo (e também em Portugal) utilizam essas regras de *soft law* amiúde, sobretudo para densificar normas legais na tarefa interpretativa e como expressão das melhores práticas¹².

Infelizmente, certas decisões de tribunais administrativos reagiram negativamente a tal utilização, como se refere no Relatório de Avaliação da Arbitragem Tributária de dezembro de 2023 (doravante Relatório de Avaliação): “dos dois acórdãos analisados em sede de jurisdição administrativa, resulta que para os tribunais administrativos não se pode retirar das diretrizes da IBA, como expressamente realça uma das decisões, «qualquer contributo que não conste já do sistema, e, no noutro, que as mesmas não são fontes de direito, não se podendo delas retirar – de todo – qualquer contributo para concretização do regime, sob pena de inconstitucionalidade por alegada violação dos princípios da constitucionalidade e da legalidade, plasmados nos artigos 1.º, 2.º, 8.º, 112.º e 203.º da CRP»”¹³.

Mas jurisprudência mais recente de tribunais administrativos revela felizmente uma tendência oposta. É o caso do Acórdão do TCA-Sul, Processo n.º 1/23.0BCLSB, de 25 de maio de 2023 (Lina Costa)¹⁴, onde se escreve no IX do Sumário que “(e)stas Diretrizes não são vinculativas, não fazem parte do direito constituído nacional, mas, apesar de não pensadas para as arbitragens nacionais, consubstanciam instrumentos de *soft law*, passíveis de auxiliar a decidir no âmbito destas se ocorrerem fundadas dúvidas sobre

de Direitos Fundamentais da União Europeia ([doravante Carta] segundo parágrafo do artigo 47.º)”.

¹² Como veremos adiante, é já posição claramente maioritária na jurisprudência dos tribunais superiores a utilidade manifesta de normas de *soft law* para a resolução prática de questões arbitrais, designadamente no que ao tema deste texto se refere. Nesse sentido o Relatório de Avaliação, pp. 50-63, utiliza as *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* (doravante Diretrizes da IBA) como paradigma para aferir a adequação das regras do então vigente Código Deontológico do CAAD e propor algumas alterações que foram aceites pelo CAAD.

¹³ Cfr. Relatório de Avaliação, citado, pp. 45 e 53, onde se referem essas decisões, o Acórdão do TCA-S de 16/02/2017, Processo n.º 20011/16.3BCLSB (Relator: Paulo Pereira Gouveia) e o Acórdão do TCA-S de 30/08/2016, Processo n.º 13580/16 (Relatora: Cristina dos Santos). Todos os acórdãos referenciados estão disponíveis no site: <https://www.dgsi.pt/>.

¹⁴ Acórdão do TCA-S, de 30/08/2016, Processo n.º 13580/16 (Relatora: Lina Costa).

a imparcialidade e independência de um árbitro por referência às circunstâncias do caso concreto em análise”. E este Acórdão também considera – e bem – que a LAV é aplicável em arbitragens de direito administrativo¹⁵.

Finalmente, não pode deixar de se ter presente que até à entrada em vigor da LAV não havia normativos legais em Portugal que abordassem no universo da arbitragem a questão da imparcialidade e independência dos árbitros. Realmente, a Lei n.º 31/86 limitava-se a remeter para o regime aplicável aos juízes¹⁶, o que era sinal da irrelevância doutrinal do tema, sobretudo se tivermos presente que a autora material do diploma legal foi uma notabilíssima jurista, a Professora Doutora Isabel Magalhães Colaço.

Hoje parece evidente que é desde logo manifestamente inadequado e insuficiente usar regras pensadas para profissionais obrigados a exclusividade no exercício do seu múnus (como são os juízes estatais) para as aplicar a árbitros, que se não dedicam como regra apenas à função de árbitro, já para não falar do limbo deontológico em que ficavam no regime da Lei n.º 31/86 os árbitros “nomeados por acordo entre as partes”.

A opção do legislador de 1986 pressupunha que a pouquíssima relevância do instituto arbitral se manteria e, onde existisse, não deveria ser visto como mais do que uma variante do paradigma judicial, de que não se deveria tentar “autonomizar”, e para isso a aplicação do Código do Processo Civil seria evidente. Nem o Mundo nem Portugal evoluíram assim nos 40 anos seguintes, mas as mudanças culturais e paradigmáticas são muitíssimo lentas, mesmo quando o legislador num momento iluminista quer acelerar o processo histórico.

Por isso, e porque a LAV apenas entrou em vigor há pouco mais de 13 anos, não é de estranhar que persista no mundo jurídico português alguma iliteracia sobre a matéria do Direito Arbitral mais moderno e que subsistam posições que estão desfasadas das melhores práticas, internacionais e até nacionais. Como se verá mais à frente.

¹⁵ Cfr. Acórdão do TCA-S, de 30/08/2016, Processo n.º 13580/16 (Relatora: Lina Costa), Sumário III: “Subsidiariamente, às regras contratuais e às que venham a ser estabelecidas pelo próprio tribunal arbitral, é aplicável o disposto na Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro, Lei da Arbitragem Voluntária (doravante LAV) [e, em especial, no que respeita à recusa de árbitro por dúvidas fundadas sobre a sua imparcialidade e independência, o dos artigos 9.º, n.º 3, 12.º, n.º 3, 13.º e 14.º]”.

¹⁶ E mesmo então com limitações. Cfr. o n.º 1 do artigo 10.º: “Aos árbitros não nomeados por acordo das partes é aplicável o regime de impedimentos e escusas estabelecido na lei de processo civil para os juízes”.

3. A regra da independência e imparcialidade na LAV

Antes de analisar o que de específico o legislador entendeu regular sobre independência, imparcialidade e neutralidade nas arbitragens administrativas, creio poder afirmar que não oferece dúvidas relevantes nem na doutrina nem na jurisprudência portuguesas a interpretação de que é manifestamente aplicável às arbitragens de direito público o que se encontra plasmado nos artigos 8.º a 17.º da LAV, mesmo quando a lei o não refere, como acontece com o CPTA como adiante se refere.

Assim sendo, e antes de olhar para o que de especial exista na lei quanto a arbitragens de direito público, valerá a pena resumir o essencial do que é consensual: os árbitros devem ser (e permanecer durante o procedimento) independentes (o que é uma característica objetiva) e imparciais (que é característica subjetiva), não devem aceitar qualquer nomeação para casos em que considerem não poder assegurar esse dever legal, quando se antecipa que possam suscitar-se dúvidas fundadas de qualquer das partes o árbitro deve revelar todos os factos ou situações que permitam às partes uma apreciação de tais realidades, a revelação de quaisquer factos ou situações não significa que o árbitro se considere não independente ou imparcial¹⁷.

Mas subsistem no sistema arbitral algumas divergências jurisprudenciais e doutrinárias quanto a outros aspetos do programa normativo. Com algum grau de simplificação, pode considerar-se que existem duas “escolas”: os que pensam que o dever de revelação só existe nos casos em que o árbitro considere que para ele próprio se podem suscitar dúvidas que justifiquem a revelação¹⁸ e outra que reúne os que

¹⁷ No fundo até pressupõe o contrário, pois se o putativo árbitro considerar que não é independente e imparcial deve recusar a nomeação.

¹⁸ Sinal disso surge no Relatório de Avaliação, citado, referência a uma decisão do Conselho Deontológico do CAAD, afirmando-se aliás que “[e]m regra, o Conselho usa este argumentário (v.g. no Processo n.º 207/2022-T)” e que “Os árbitros, na generalidade, não têm exercido por sua iniciativa o dever de revelação”: “Perante este quadro normativo, importará reter que, em primeira linha, compete aos árbitros designados a formulação do juízo sobre a necessidade/conveniência em rejeitar a sua designação, nos termos do n.º 2 do artigo 8.º, ou em prestar a informação aludida no n.º 4 do artigo 6.º, ambos os preceitos atrás transcritos, sem prejuízo, obviamente, do poder/dever que ao Conselho Deontológico cabe neste domínio. Quer isto dizer que, se o árbitro entender, em seu prudente critério, que não ocorre “circunstância pela qual possa razoavelmente suspeitar-se da sua imparcialidade e independência” e bem assim que não há “dúvidas fundadas a respeito da sua independência, imparcialidade ou isenção”, também não terá que tomar a iniciativa de ‘rejeitar a designação’ ou de ‘informar’ o que quer que seja, sendo certo que, na dúvida,

pensam que o dever de revelação deve ser aferido através dos “olhos das partes” e não do putativo árbitro.

E, noutro plano, alguma divisão existe também entre os que acham que a reduzida dimensão do “mercado de árbitros em Portugal” torna inapropriado aplicar – para efeitos de revelação e de recusa (*challenge*) de árbitros – as regras e práticas internacionais, e de outro lado os que consideram que o dever de revelação deve ser feito de acordo com os padrões das melhores práticas vigentes (tal como resultam de códigos deontológicos portugueses ou aqui usualmente utilizados¹⁹) e que a recusa deve ponderar tais práticas, o que não significa – como se verá de seguida – que não deva ser apreciada de forma objetiva a razoabilidade de tal posição da pretensão da parte que suscita a recusa. Ou seja, confrontam-se nestes casos dois tipos de *standard*, um deles mais exigente para os árbitros.

Tenho abordado estes temas ao longo dos anos²⁰ pelo que a minha posição é conhecida. O *standard*

prevalece sempre o ‘dever de revelação’ (cfr. n.º 6 do dito artigo 6.º). Ora, no caso vertente, o Senhor [...], não vislumbrou motivo que justificasse o exercício do dever de ‘rejeição’ ou o de ‘informação’, pelo que não tomou – nem tinha de tomar, em tal perspetiva – qualquer tipo de iniciativa”. Cfr. Relatório de Avaliação, citado, pp. 72-73.

¹⁹ “Código Deontológico aprovado pela Associação Portuguesa de Arbitragem” (2020), “Código de Boas Práticas para Peritos em Arbitragem aprovado pela Associação Portuguesa de Arbitragem” (2020), “Diretrizes da International Bar Association sobre Conflitos de Interesse em Arbitragem Internacional”, todos acessíveis em, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, (coordenação: DÁRIO MOURA VICENTE), 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023). Ver também pela sua aplicabilidade prática o “Código Deontológico do Árbitro” (2014) do Centro de Arbitragem Comercial da CCIP (o centro institucionalizado líder do mercado e cujas regras são habitualmente usadas nas arbitragens *ad hoc*) e o “Código Deontológico do CAAD” (2025) que regula as arbitragens tributárias e outras administrativas que tenham aí lugar.

²⁰ Além da minha anotação dos artigos 8.º a 17.º na obra *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, citada, e, entre outros, “Constituição do Tribunal Arbitral: características, perfis e poderes dos árbitros”, *Atas do II Congresso do Centro de Arbitragem Comercial da CCIP*, Almedina, 2009; “A Arbitragem Fiscal: Defeitos e Virtudes”, (co-autoria com ROGÉRIO M. FERNANDES FERREIRA), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, Almedina, 2013, pp. 811-841; “Regras para a nomeação de árbitros. O exemplo do Centro de Arbitragem Comercial da CCIP”, (co-autoria com DUARTE GORJÃO HENRIQUES), *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 46, IASP Revista dos Tribunais de São Paulo, 2015; “Independência e Imparcialidade do Árbitro: alguns aspetos polémicos em uma visão luso-brasileira”, (co-autoria com DIOGO CALADO), *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2016; “Algunas reflexiones a respecto de la recusación del árbitro por la parte que lo ha designado”, (co-autoria com FILIPA CANSADO DE CARVALHO), *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*, n.º 3, Instituto Peruano de Arbitraje.

mais exigente a que adiro não resulta de nenhuma suspeição paradigmática (ou mesmo ontológica) em relação aos árbitros²¹, mas existe para proteger a integridade do processo arbitral, reduzir ou até evitar riscos profissionais para os árbitros, para tornar mais fácil e seguro respeitar o comando constitucional e para garantir aos utilizadores condições para que possam confiar e utilizar o sistema arbitral.

Como é natural, essa problemática perpassa nas arbitragens de direito privado e nas de direito público. Dado o âmbito deste texto, o que importará analisar não é tanto o que haja de situações semelhantes, mas sobretudo o que nas arbitragens em que uma entidade pública seja parte haverá de mais específico.

E quanto a isso, os principais problemas são, em minha opinião, os seguintes: (i) a definição do perímetro do Estado para efeitos de deveres de revelação ou mesmo para situações subsumíveis na chamada “lista vermelha” das “IBA Guidelines”²²; (ii) a assimetria de deveres em relação aos árbitros consoante a relação atual ou pretérita com a parte pública e a privada; (iii) a aplicação do princípio legal da neutralidade²³; e (iv) a posição previamente assumida quanto a uma questão de Direito (material ou processual) que o Estado tenha seguido de modo consistente em processos similares.

Mas antes dessa análise, veja-se o que sobre a matéria existe legislado em Portugal no âmbito do direito público.

4. A independência e imparcialidade no direito administrativo

Os n.ºs 1²⁴ e 4²⁵ do artigo 181.º e o artigo 185.º-A²⁶ do Código do Processo dos Tribunais Administrativos (doravante CPTA)²⁷ contêm normas que interessam a esta reflexão, das quais se pode concluir que, com as necessárias adaptações, (i) é expressamente referida a aplicabilidade da LAV aos processos arbitrais em que o CPTA seja aplicado, e (ii) os “deveres e impedimentos previstos no regime jurídico da arbitragem em matéria tributária” são aplicáveis aos árbitros.

Por seu lado no Código dos Contratos Públicos (doravante CCP)²⁸ é relevante a alínea c)²⁹ do n.º 2 do artigo 476.º que considera como regra geral que se deve recorrer a um dos centros de arbitragem institucionalizados disponíveis³⁰ e desse modo tornando automaticamente aplicáveis as normas deontológicas que no centro eleito sejam de aplicação obrigatória.

Também é relevante para as arbitragens tributárias, e por força do disposto no n.º 1 do artigo 8.º do RJAT, o que consta quanto a impedimento no n.º 1 do artigo 69.º, do novo Código do Procedimento Administrativo (doravante CPA)³¹, embora esta aplicação não seja isenta de críticas.

²⁴ O CPTA, n.º 1 do artigo 181.º, n.º 1, dispõe que: “O tribunal arbitral é constituído e funciona nos termos da lei sobre arbitragem voluntária, com as devidas adaptações”.

²⁵ O CPTA, n.º 4 do artigo 181.º, n.º 4, dispõe que: “Aos árbitros são aplicáveis os deveres e os impedimentos previstos no regime jurídico da arbitragem em matéria tributária, com as necessárias adaptações”.

²⁶ O CPTA, artigo 185.º-A, dispõe que: “As decisões proferidas pelo tribunal arbitral podem ser impugnadas nos termos e com os fundamentos estabelecidos na Lei de Arbitragem Voluntária”.

²⁷ Lei n.º 15/2012, de 22 de fevereiro.

²⁸ Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

²⁹ O CCP, n.º 2 do artigo 46.º, n.º 2, dispõe que: “Quando opte pela sujeição dos litígios a arbitragem, a entidade adjudicante prevê obrigatoriamente: (...) [...] c) O modo de constituição do tribunal e o regime processual a aplicar, por remissão para as normas do regulamento do centro de arbitragem institucionalizado competente, de acordo com o modelo previsto no anexo xii”.

³⁰ Não se limitando quanto à sede dos centros ser em Portugal ou no estrangeiro, desde logo porque todos os mais importantes estão preparados para administrar arbitragens em qualquer país, admitindo-se que em arbitragens administrativas a sede do tribunal deva ser em Portugal.

³¹ CPA, artigo 69.º: “1 – Salvo o disposto no n.º 2, os titulares de órgãos da Administração Pública e os respetivos agentes, bem como quaisquer outras entidades que, independentemente da sua natureza, se encontrem no exercício de poderes públicos, não podem intervir em procedimento administrativo ou em ato ou contrato de direito público ou privado da Administração Pública, nos seguintes casos:

²¹ Pelo contrário a existência de uma (injusta) cultura de suspeição, que não se pode afirmar que não subsista ainda em alguma medida, tende a desvalorizar a utilidade da revelação e a limitar as condições em que uma recusa possa ter sucesso, como se fosse inevitável e aceitável que os árbitros não sejam equiparáveis a juizes para esse efeito, e de alguma forma se atualize uma espécie de justiça cósmica quando se suscita a questão. Sintomática dessa mentalidade (hoje praticamente desaparecida) são alguns acórdãos do século passado citados no meu texto “Constituição do Tribunal Arbitral: características, perfis e poderes dos árbitros”, citado, p. 103, nota 1.

²² Cfr. “IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration”, versão aprovada pelo IBA Council, em 25 de maio 2024, acessível em www.ibanet.org. Como referido, existe versão em português com anotações na *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, citada, pp. 325-387.

²³ A LAV, n.º 6 do artigo 10.º, dispõe que: “Quando nomear um árbitro, o tribunal estadual competente [...] tratando-se de arbitragem internacional, [...] tem também em consideração a possível conveniência da nomeação de um árbitro de nacionalidade diferente da das partes”.

Finalmente, e em especial, há que referir o já referenciado RJAT, para o qual aliás e como se viu que remete o CPTA quanto a “deveres e impedimentos” dos árbitros, o que torna este Regime especialmente relevante para arbitragens de direito público, ainda que não tributárias. Para efeitos deste texto, parecem-me especialmente relevantes o artigo 8.º (“Impedimentos dos árbitros”³²), o n.º 1 do artigo 9.º (“Deveres dos árbitros”)³³, e o n.º 1 do artigo 29.³⁴

-
- a) Quando nele tenham interesse, por si, como representantes ou como gestores de negócios de outra pessoa;
- b) Quando, por si ou como representantes ou gestores de negócios de outra pessoa, nele tenham 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 vivam em economia comum ou com a qual tenham uma relação de adoção, tutela ou apadrinhamento civil;
- c) Quando, por si ou como representantes ou gestores de negócios de outra pessoa, tenham interesse em questão semelhante à que deva ser decidida, ou quando tal situação se verifique em relação a pessoa abrangida pela alínea anterior;
- d) Quanto tenham intervindo no procedimento como perito ou mandatário ou hajam dado parecer sobre questão a resolver;
- e) Quando tenha intervindo no procedimento como perito ou mandatário o seu cônjuge ou pessoa com quem viva em condições análogas às dos cônjuges, parente ou afim em linha reta ou até ao segundo grau da linha colateral, bem como qualquer pessoa com quem vivam em economia comum ou com a qual tenham uma relação de adoção, tutela ou apadrinhamento civil;
- f) Quando se trate de recurso de decisão proferida por si, ou com a sua intervenção, ou proferida por qualquer das pessoas referidas na alínea b) ou com intervenção destas”.

³² O RJAT, artigo 8.º, dispõe que: “1 – Constituem casos de impedimento do exercício da função de árbitro os enunciados no n.º 1 do artigo 44.º do Código do Procedimento Administrativo [creio ser lapso e que a referência deve ser para o n.º 1 do artigo 69.º, como aliás consta do “Código Deontológico” do CAAD, versão de 2025], observadas as necessárias adaptações, bem como os casos em que, nos dois anos anteriores ao da sua indicação como árbitro:

- a) A pessoa designada tenha sido dirigente, funcionário ou agente da administração tributária, 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;
- b) A pessoa designada tenha sido trabalhador, colaborador, membro, associado ou sócio de entidade que tenha prestado serviços de auditoria, consultoria e jurisconsultoria ou advocacia ao sujeito passivo.

2 – A pessoa designada para exercer funções de árbitro deve rejeitar a designação quando ocorra circunstância pela qual possa razoavelmente suspeitar-se da sua imparcialidade e independência.

Segundo alguns, esta última norma não deve ser aplicável fora do âmbito das arbitragens tributárias. Não vou tão longe, ainda que reconheça que a sua aplicabilidade deve ser limitada aos efeitos do que o CPTA denomina “deveres e impedimentos” dos árbitros e com as “necessárias adaptações”. E, como é evidente, para o que aqui se refere a LAV é inequivocamente aplicável a matérias de independência e imparcialidade dos árbitros pois essa pode ser matéria para impugnação de decisões de tribunais arbitrais, para as quais o CPTA manda aplicar a LAV.

Mas, para além disso, convém analisar com detalhe o Regulamento da Arbitragem Administrativa do CAAD em especial o que consta nas alíneas a) e d)³⁵ do n.º 1 e no n.º 2³⁶ do seu artigo 5.º (“Princípios”).

A importância deste Regulamento acentuou-se desde a publicação do Despacho da Secretária de Estado da Justiça n.º 5880/2018, de 15 de junho, em que “foi autorizada a ampliação da competência material do CAAD em matéria administrativa, passando o mesmo a poder constituir tribunais arbitrais para o julgamento de litígios que tenham por objeto «quaisquer matérias jurídico-administrativas que nos termos da lei possam ser submetidas a arbitragem institucionalizada». O CAAD pode intervir mesmo para além dos casos de vinculação antecipada, desde que haja cláusula compromissória ou compromisso arbitral nesse sentido”³⁷.

3 – Cabe ao Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa exonerar o árbitro ou árbitros em caso de incumprimento dos requisitos previstos nos números anteriores”.

³³ O RJAT, n.º 1 do artigo 9.º, dispõe que: “Os árbitros estão sujeitos aos princípios da imparcialidade e da independência, [...]”.

³⁴ O RJAT, n.º 1 do artigo 29.º, dispõe que: “São de aplicação subsidiária ao processo arbitral tributário, de acordo com a natureza dos casos omissos: a) As normas de natureza procedimental ou processual dos códigos e demais normas tributárias; b) As normas sobre a organização e funcionamento da administração tributária; c) As normas sobre organização e processo nos tribunais administrativos e tributários; d) O Código do Procedimento Administrativo; e) O Código de Processo Civil”.

³⁵ O Regulamento da Arbitragem Administrativa do CAAD, n.º 1 do artigo 5.º, n.º 1, dispõe que: “A arbitragem rege-se pelos seguintes princípios: a) Imparcialidade e independência dos árbitros; (...) [...] d) Igualdade das partes e observância do contraditório”.

³⁶ O Regulamento da Arbitragem Administrativa do CAAD, n.º 2 do artigo 5.º, n.º 2, dispõe que: “O regime de garantias de independência e imparcialidade é definido no Código Deontológico, cabendo ao Conselho Deontológico exonerar o árbitro ou árbitros em caso de incumprimento das normas do referido Código”.

³⁷ Relatório de Avaliação, citado, p. 13.

E nesse âmbito – para que remete o citado Regulamento – também o Código Deontológico do CAAD³⁸ e nele em especial os n.º 4³⁹ e n.º 6⁴⁰, do artigo 2.º e os artigos 4.º-A⁴¹, 4.º-B⁴² e 5.º⁴³.

³⁸ Aprovada em 25 de março de 2025 pelo Conselho Deontológico do CAAD a versão mais recente, a qual se vai seguir.

³⁹ O Código Deontológico do CAAD, n.º 4 do artigo 2.º, n.º 4, dispõe que: “Quando o tribunal arbitral funcione com intervenção do coletivo, o árbitro-presidente é designado de entre juristas que tenham exercido funções públicas de magistratura ou possuam doutoramento na respetiva área da ciência jurídica, e desde que, nos últimos dois anos, não tenha prestado serviços profissionais, de qualquer natureza, a qualquer parte no âmbito de um processo arbitral administrativo ou tributário”.

⁴⁰ O Código Deontológico do CAAD, n.º 6 do artigo 2.º, n.º 6, dispõe que: “Só são passíveis de designação os árbitros que não sejam mandatários ou não integrem escritório de advogados em que um dos seus membros seja mandatário em qualquer processo arbitral pendente”.

⁴¹ O Código Deontológico do CAAD, artigo 4.º-A, dispõe que: “1. Constituem casos de impedimento do exercício da função de árbitro os enunciados no n.º 1 do artigo 69.º do Código do Procedimento Administrativo, observadas as necessárias adaptações, bem como os casos em que, nos dois anos anteriores ao da sua indicação como árbitro:

a) A pessoa designada tenha sido dirigente, funcionário ou agente da administração tributária, membro de órgãos sociais, trabalhador, mandatário, auditor, consultor ou membro de órgão supervisor 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;

b) A pessoa designada tenha sido trabalhador, colaborador, membro, associado ou sócio de entidade que tenha prestado serviços de auditoria, consultoria e jurisconsultoria ou advocacia ao sujeito passivo;

c) A pessoa designada tenha um interesse económico ou pessoal direto relacionado com a pretensão em causa;

2. A pessoa designada para exercer funções de árbitro deve rejeitar a designação quando ocorra circunstância pela qual possa razoavelmente suspeitar-se da sua imparcialidade e independência.

3. Cabe ao Conselho Deontológico do CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa exonerar o árbitro ou árbitros em caso de incumprimento dos requisitos previstos nos números anterior”.

⁴² O Código Deontológico do CAAD, artigo 4.º-B, dispõe que: “1. Após a sua designação e antes da aceitação do encargo, os árbitros devem informar, por escrito, o CAAD, as partes e, tratando-se de um tribunal coletivo, os outros árbitros, de qualquer facto, circunstância ou relação suscetível de originar dúvidas fundadas a respeito da sua independência, imparcialidade ou isenção para apreciar a pretensão em causa.

2. Entre os factos, circunstâncias e/ou relações abrangidos por este dever de revelação, incluem-se, nomeadamente:

a) Qualquer relação profissional ou pessoal, com as partes e com os seus representantes legais, que possa ser potencial causa de impedimento ou de escusa;

b) Qualquer prestação anterior de serviço como árbitro, advogado, consultor, auditor, sócio, gestor de negócios, colaborador ou funcionário de uma das partes;

c) Qualquer interesse, direto ou indireto, em questão semelhante à que deva ser decidida;

d) Qualquer interesse económico ou financeiro, direto ou indireto, numa das partes ou no objeto da disputa.

3. Havendo dúvida quanto à relevância de qualquer facto, circunstância e/ou relação, prevalece sempre o dever de revelação.

4. A simples revelação dos factos, circunstâncias e/ou relações previstos nos n.ºs 1 e 2 deste artigo, ou de quaisquer outros factos, circunstâncias e/ou relações que sejam suscetíveis de provocar dúvidas fundadas quanto à independência, imparcialidade ou isenção do árbitro, não deve ser entendida como uma declaração de que o árbitro não se considera independente, imparcial ou isento, e que, em consequência disso, não está apto a desempenhar funções.

5. O dever de revelação mantém-se até à extinção do poder jurisdicional do árbitro, razão pela qual, no decurso de todo o processo arbitral, o árbitro designado se encontra obrigado a revelar, de imediato, ao Conselho Deontológico, às partes e, no caso de um tribunal coletivo, aos demais árbitros, quaisquer factos, circunstâncias ou relações supervenientes, ou de que só tenha tomado conhecimento depois de ter aceitado o encargo, que sejam suscetíveis de originar dúvidas fundadas quanto à sua independência, imparcialidade ou isenção para apreciar a pretensão em causa.

6. Em caso de omissão do exercício do dever de revelação, o Conselho Deontológico poderá, oficiosamente ou a requerimento das partes, ajuizar dessa omissão e nessa conformidade, considerar inelegível o árbitro pelo período de 1 ano”.

⁴³ O Código Deontológico do CAAD, artigo 5.º, dispõe que: “Qualquer uma das partes, mediante comunicação prévia à outra parte, ao árbitro visado e, no caso de um tribunal coletivo, aos outros árbitros, pode solicitar ao Presidente de Conselho Deontológico o afastamento de um árbitro, com fundamento:

a) Em circunstâncias que suscitem dúvidas fundadas quanto à sua independência, imparcialidade e/ou isenção;

b) Em virtude da existência de uma relação profissional, pessoal, familiar, até ao segundo grau da linha colateral, ou de coabitação, com qualquer uma das partes, seus representantes legais;

c) No facto de o árbitro ter demonstrado não possuir as competências mínimas necessárias ao desempenho das suas funções;

d) No facto de o árbitro se mostrar física ou mentalmente incapaz de conduzir os procedimentos arbitrais ou de existirem dúvidas fundadas quanto à sua capacidade para o fazer;

e) No facto de o árbitro, por outros motivos, se ter recusado ou ter falhado na condução adequada dos procedimentos ou na sua condução diligente, dentro de prazos regulamentarmente razoáveis”.

Finalmente as remissões para o n.º 1 do artigo 69.º, (“Casos de Impedimento”) do Código de Procedimento Administrativo, ainda que se não veja bem como tendo sido pensado para funcionários públicos se possa aplicar a árbitros, não podem deixar de se tomar em consideração.

A primeira nota que deve ser realçada e de forma positiva é que as críticas da comunidade arbitral, que corporizei no texto de 2011 já citado (“A Arbitragem Fiscal: Defeitos e Virtudes”⁴⁴), foram em boa medida escutadas pelo CAAD na elaboração do Código Deontológico, pelo que parte significativa das críticas que fiz passaram a ter sobretudo interesse histórico, pelo que quanto a isso remeto apenas para o mencionado texto.

É, pois, possível afirmar que em muitos aspetos o Código Deontológico do CAAD (na sua última redação de 25 de março de 2025) adere às melhores práticas⁴⁵ e nisso não se afasta das normas da LAV e de regulamentos e prática de outros centros de arbitragens, como é o caso por exemplo do CAC da CCIP, da CCI (Paris) ou da Corte Permanente de Arbitragem (Haia).

No entanto, apesar dessa evolução positiva, subsistem contradições no Código Deontológico (que devem ser resolvidas no sentido de o interpretar de acordo com o n.º 2 do artigo 5.º do Regulamento que obriga a aplicar o Princípio da “Igualdade das Partes”) e outras regras devem ser consideradas inaceitáveis sempre que violem o Princípio da Igualdade das Partes e não seja possível uma interpretação que resolva o problema, pois esse princípio é um pilar essencial e constitucional do poder de julgar dos árbitros.

Mas há outras questões bem mais graves no RJAT, e refiro-me em especial ao facto de que nos termos do seu artigo 8.º, se continuar a considerar que os “impedimentos” dos árbitros se referem na sua maior parte apenas aos que a norma legal apelida de “sujeitos passivos” (*sic*), ou seja a entidade privada em disputa com a entidade pública.

Realmente, quanto a relações com a parte que seja uma entidade pública, apenas existe na norma legal explicitação de impedimento para “dirigente, funcionário ou agente da administração tributária”, assumindo-se erradamente – como se verá melhor adiante – que a “administração tributária” é a pessoa jurídica na relação processual arbitral e não o Estado central no seu todo⁴⁶.

No entanto, esta norma legal tem de ser interpretada de modo que respeite os princípios da igualdade das

partes e da independência do árbitro, visto que o Código Deontológico – que tem obrigatoriamente de ser respeitado pelo CAAD, pelo seu Conselho Deontológico e por todos os árbitros que sejam nomeados⁴⁷ – se aplica a todas as arbitragens que sejam administradas pelo CAAD e não apenas às tributárias e isso determina.

De facto, o n.º 3 do artigo 8.º do citado Decreto-Lei determina que compete ao “Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa exonerar o árbitro ou árbitros em caso de incumprimento dos requisitos previstos nos números anteriores” (incluindo por isso o teste da independência). O Regulamento da Arbitragem Administrativa do CAAD determina que a arbitragem “rege-se pelos seguintes princípios: a) [...] e independência dos árbitros” e que o “regime de garantias de independência [...] é definido no Código Deontológico, cabendo ao Conselho Deontológico exonerar o árbitro ou árbitros em caso de incumprimento das normas do referido Código”.

Sendo assim, deve entender-se que deve ser aplicada *mutatis mutandis* ao Estado e não apenas ao “sujeito passivo” a regra de que estará impedido de ser nomeado árbitro, além de um “membro de órgãos sociais [...] ou membro de órgão supervisor” do “sujeito passivo” e “de entidade que se encontre com aquele em relação de domínio”, e também em relação ao grupo de companhias em que se insira com relação de domínio, o “trabalhador, mandatário, auditor, consultor o do sujeito passivo que seja parte no processo, de, tal como esta é definida no Código das Sociedades Comerciais”⁴⁸ e ainda que não é admissível que “(a) pessoa designada tenha sido trabalhador, colaborador, membro, associado ou sócio de entidade que tenha prestado serviços de auditoria, consultoria e jurisconsultoria ou advocacia ao sujeito passivo”⁴⁹.

Parece-me inequivocamente correta esta interpretação que deve ser também respeitada devido ao próprio sentido das coisas para além do facto do que resulta do artigo 185.º-A, pois seria totalmente inadmissível que aquilo a que se chama “impedimento”⁵⁰ não abrangesse “trabalhador, mandatário, auditor, consultor” (ou funcionário público ou dirigente político) do Estado ou uma pessoa que seja “trabalhador, colaborador,

⁴⁴ Publicado em “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier”, citado, pp. 811-841.

⁴⁵ Cfr. Relatório de Avaliação, citado.

⁴⁶ Com esta expressão tenho em vista abranger o que a doutrina administrativa chama Administração directa, indirecta e autónoma do Estado.

⁴⁷ É desde logo o que resulta do n.º 3 do artigo 8.º e da alínea c) do n.º 1 do artigo 11.º, do RJAT; do n.º 2 do artigo 5.º, do Regulamento de Arbitragem Administrativa do CAAD; e do n.º 2 do artigo 1.º, e dos n.ºs 4 e 12 do artigo 2.º, do próprio Código Deontológico.

⁴⁸ n.º 1 do artigo 8.º, do RJAT.

⁴⁹ N.º 2 do artigo 8.º, do RJAT.

⁵⁰ Não deveria, aliás, ser assim denominado, mas antes constituir um dever de revelação do árbitro acoplado a um direito de requerer a recusa do árbitro pela outra parte, pública e privada.

membro, associado ou sócio de entidade que tenha prestado serviços de auditoria, consultoria e jurisconsultoria ou advocacia” também ao Estado.

É assim porque se fosse nomeado um árbitro, sem dever de revelação e sem possibilidade de recusa, que tenha ou tivesse tido esse tipo de relação com o Estado nos últimos dois anos (prazo que resulta do Código Deontológico), além de constituir uma violação da norma constitucional que exige a independência do julgador, violaria o próprio n.º 2 do artigo 8.º do RJAT, que exige que o potencial árbitro rejeite a nomeação se puder “razoavelmente suspeitar-se⁵¹ da sua [...] independência” o que neste caso será um verdadeiro truísmo.

Ou seja, o Código Deontológico, para os efeitos aqui em análise, é incorporado na norma legal habilitante e no Regulamento, devendo os temas que tenham a ver com a independência dos árbitros ser resolvidos de acordo com e no respeito do conteúdo deste Código, o que resolve de forma clara e definitiva a gravíssima questão que resulta da apressada redação do RJAT por alguém sem qualquer conhecimento ou experiência prévia em Direito Arbitral, o que depois foi estendido com objetiva leviandade às arbitragens administrativas constituídas no âmbito do regime do CPTA.

Mas antes de se passar adiante, há que realçar que, apesar de tudo, subsistem algumas normas no Código Deontológico do CAAD que melhor seria que fossem alteradas.

A primeira crítica é para uma norma que não parece ter diretamente a ver com o princípio constitucional da independência, mas – pelo facto de reduzir muito substancialmente o universo dos árbitros que podem ser nomeados como Presidente – tende a dificultar o seu respeito⁵².

Trata-se do n.º 4⁵³ do artigo 2.º com regra que nunca vislumbrei em nenhuma lei ou norma de *soft law*

⁵¹ Esta expressão (“suspeitar-se”) é bastante para demonstrar que é ilegal a interpretação do Conselho Deontológico do CAAD segundo a qual o árbitro “não vislumbrou motivo que justificasse o exercício do dever de “rejeição” ou o de “informação”, pelo que não tomou – nem tinha de tomar, em tal perspetiva – qualquer tipo de iniciativa” (Relatório de Avaliação, citado, pp. 72-73).

⁵² Nesse sentido, é infelizmente relevante que na lista de árbitros-presidente atualmente em vigor só existam 13 nomes disponíveis, e esse simples facto tem consequências potenciais em sede de independência e até de riscos de não existir sempre condições para a imparcialidade ser evidente.

⁵³ O Código Deontológico do CAAD, n.º 4 do artigo 2.º, dispõe que: “Quando o tribunal arbitral funcione com intervenção do coletivo, o árbitro-presidente é designado de entre juristas que tenham exercido funções públicas de magistratura ou possuam doutoramento na respetiva área da ciência jurídica [...]”.

deontológica no Mundo. Sei do que falo, pois presidi a cerca de 20 arbitragens internacionais de direito público (e algumas domésticas) e fui co-árbitro em muitas outras, servi 6 anos na Corte Internacional de Arbitragem da CCI, fiz parte durante 4 anos do Comité de Designação de Árbitros da Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, há mais de 30 anos que estudo e ensino direito arbitral e nunca, nem sequer como proposta de académico ou prático, tive conhecimento de algo semelhante.

Penso, por isso, ser necessário acabar com essa limitação ao âmbito dos profissionais acessíveis para presidir a arbitragens, ou ao menos ampliar essa possibilidade a outras categorias de profissionais.

O n.º 6⁵⁴ do artigo 2.º não me parece que ofereça dúvida interpretativa, mas pode entender-se – ainda que mal – que limita a situação de conflito de interesses relevante a quem foi mandatário de uma das partes em arbitragens no âmbito da CAAD, e apenas às que estejam “pendentes”, não sendo motivo de “impedimento”/revelação a prestação de serviços de consultoria ou litigância judicial ou administrativa que envolva qualquer das partes⁵⁵. Ora, como é evidente, não pode ser assim.

Também o n.º 2⁵⁶ do artigo 3.º não tem redação

⁵⁴ O Código Deontológico do CAAD, n.º 6 do artigo 2.º, dispõe que: “Só são passíveis de designação os árbitros que não sejam mandatários ou não integrem escritório de advogados em que um dos seus membros seja mandatário em qualquer processo arbitral pendente”.

⁵⁵ Cfr. o caso relatado no Relatório de Avaliação, citado, p. 58: “No Proc. 882/2019-T, o sujeito passivo entendeu que um dos árbitros nomeados fora e era mandatário em vários processos judiciais (mais de 40) cujas contrapartes eram representadas por advogados da sociedade que em concreto representava o Requerente. O árbitro alegou que seria outro elemento da sociedade de advogados que acompanhava os referidos processos, não tendo havido um único processo que tivesse acompanhado em diligências ou elaborado requerimentos. O Conselho Deontológico entendeu que a apontada ligação do árbitro respeitava, não a advogados das partes no presente processo arbitral ou em outros processos eventualmente pendentes no CAAD, mas a advogados das “contrapartes” em “vários processos judiciais”, todos eles, portanto, estranhos à organização do CAAD e ao âmbito da sua competência, não havendo fundamento para substituição do árbitro”. Cfr. também Relatório de Avaliação, citado, p.59-60, quanto à regra das Diretrizes IBA (doravante lista laranja) para o caso em que “um advogado na sociedade de advogados do árbitro atua como árbitro noutra litígio envolvendo a mesma parte ou partes, ou uma afiliada de uma das partes” o que segundo o Conselho Deontológico do CAAD não é razão para impedimento.

⁵⁶ O Código Deontológico do CAAD, n.º 2 do artigo 3.º, dispõe que: “As listas de árbitros são elaboradas com base em consulta pública, de preferência anual, promovida

feliz e nunca vi nada parecido com listas de árbitros divulgadas por centros que administram arbitragens. E, de novo, sei do que falo, visto que sou membro de mais de 25 listas em quatro dos cinco continentes. Aliás a “manifestação de interesse” parece objetivamente ser uma solicitação para ser nomeado, o que corre o risco de ser considerado ilegal.

Outra norma a merecer revisão é a do n.º 1⁵⁷ do artigo 3.º que embora não seja em si mesmo ilegal, não parece sensata, pois evidentemente que numa das listas com mais de 200 nomes (para arbitragens administrativas) e de 300 (para arbitragens tributárias) é muito provável que a qualidade, experiência e adequação dos proto-árbitros variem muito, assim como variará a complexidade dos assuntos, pelo que com a norma do sorteio aleatório de árbitros perde-se uma das vantagens que está no código genético da arbitragem, a saber a substituição da velha regra do juiz natural do processualismo português⁵⁸ pela escolha de juízes-árbitros mais adequados às características do caso concreto, com o Conselho Deontológico a manter (reforçados) poderes discricionários para cumprir a sua missão, como deve ser.

Finalmente, considero ser necessário e possível (à luz de uma interpretação sistemática e teleológica das normas que regulam a independência dos adjudicadores em arbitragens de direito público) considerar que a referência normativa a “impedimentos”, como se de juízes becados se tratasse, seja lida à luz do regime da LAV considerando que se trata de aplicar o dever de revelação do putativo árbitro, o direito de qualquer das partes apresentar à entidade competente um pedido de recusa dentro de um prazo curto determinado e esta processar uma decisão imediata num sentido ou noutro.

Se for entendido que é atrevimento demasiado o que acabo de propor, então não restará alternativa a que se convoque o legislador para corrigir essas (insensatas) normas.

Após esta análise do que em regras de direito público existe com relação ao tema deste ensaio, voltemos agora aos três principais problemas que detetei e referi mais atrás.

pelo CAAD e dirigida à manifestação de interesse por parte de todas as pessoas que reúnam os requisitos legais para o efeito”.

⁵⁷ O Código Deontológico do CAAD, n.º 1 do artigo 3.º, dispõe que: “Quando as partes optem por não designar árbitros, os árbitros são designados pelo Conselho Deontológico através de um sorteio público, de acordo com um procedimento automático, aleatório e sequencial, de entre os árbitros elegíveis e inscritos na lista”.

⁵⁸ Aliás esta norma não nasceu historicamente para obrigar a sortear juízes, antes para os proteger de intervenções do poder político no sistema judicial.

5. O perímetro para aferição da independência do árbitro

O primeiro problema (definição do perímetro do Estado para efeitos de deveres de revelação e para se aferir da existência ou não da necessária independência dos árbitros), não deveria ser um tema polémico.

Em resumo, exceto em arbitragens internacionais de proteção de investimento (contratual ou baseada em tratado), o perímetro do Estado não pode abranger todos os poderes do Estado, ou seja, o legislativo, executivo (incluindo entidades reguladoras, autarquias locais e empresas públicas) e judicial.

Mas, se assim é, em todo o outro tipo de arbitragens o perímetro – em relação ao Estado central – tem de incluir não apenas os órgãos e entidades da administração central do Estado, ou seja, os ministérios, mas também as entidades em que o Estado central tenha posição dominante (institutos públicos, empresas públicas, sociedades de economia mista em que o Estado tenha poder de controlo mesmo se partilhado).

Mas quanto à redução do perímetro apenas até onde acima menciono existem dois tipos de posições mais restritivas do que me parece correto. A versão “maximalista” “fatia” o Estado de tal modo que cada ministério é tratado como se uma pessoa jurídica autónoma se tratasse, e não integra no perímetro estatal mais nenhuma entidade. No fundo é a tese que vimos plasmada em algumas normas do RJAT e que já abordei acima e que se reflete em algumas decisões do Conselho Deontológico do CAAD⁵⁹.

A versão “minimalista” limita-se a excluir do perímetro do Estado os institutos públicos, as empresas públicas e as sociedades de economia mista em que o Estado tenha posição de controlo, e aplica a separação entre cada uma dessas entidades e as outras para os efeitos aqui em apreço.

⁵⁹ Cfr. Relatório de Avaliação, citado, p. 51: “O Conselho Deontológico não considera impedimento a nomeação como árbitro de quem, em processos arbitrais distintos, presta em regime de avença serviços à AT ou a representa fora do País na qualidade de agente perante o TJUE, porque não se trata de um ‘dirigente’, ‘funcionário’ ou ‘agente da administração tributário’” (em relação com o Processo n.º 93/2015-T e com o Processo n.º 377/2014-T). Cfr. também, na p. 69: “(r)elativamente ao artigo 8.º, n.º 1, alíneas a) e b), o Conselho entende que quem tenha atuado como mandatário com base numa avença em representação do Estado não é funcionário, dirigente ou agente da AT”. Ou seja, confirma aí o Relatório de Avaliação que “a representação da AT em processos arbitrais distintos não é causa de impedimento (n.º 5 do artigo 6.º). Só em relação a um processo em concreto, o mesmo em que tenha intervindo como arbitro, perito ou mandatário é que o pedido deve ser deferido”, o que evidentemente não faz sentido nenhum.

Um exemplo dessa tendência pode encontrar-se num Acórdão, já citado por ser louvável num aspeto⁶⁰, onde se conclui que – apesar de se afirmar corretamente em V do Sumário que “(a) representação do Demandado/concedente pelo IMT, por força do disposto nos Contratos de Concessão, não altera que a parte processual seja o Estado” – se conclui em X do Sumário que “(a)s situações de conflito de interesses que as Requerentes alegam verificar-se no caso em apreciação não podem proceder porque quer o IMT quer a IP para além de não serem partes nas ações arbitrais, não podem ser considerados como entidades afiliadas do Estado para o efeito de poderem ser equiparadas (a) este, enquanto parte”.

Como racional para a posição maximalista só consigo encontrar um argumento autónomo, a que chamarei “pragmático”: sendo o Estado tão omnipresente na sociedade e na economia, se ele não for assim “fatiado”, praticamente nenhum putativo árbitro poderia deixar de ter de revelar a sua pretérita relação com o Estado (como advogado, consultor, parecerista, árbitro, funcionário público ou dirigente político) e passa a ser muito mais provável que a parte contrária – por boas ou, dirá o argumento, sobretudo por más razões – impugne árbitros nomeados pela parte pública.

O melhor argumento contra esta tese é descrevê-lo. Além disso, não faz nenhum sentido e é inconstitucional e até, em certa medida, ilegal – mesmo no plano do direito administrativo, para além do direito arbitral – exigir que este dever de revelação e o risco de impugnação se aplique (e bem) em relação a empresas participadas pela parte privada numa dada arbitragem, mesmo que sem posição de domínio, e que não seja admissível que em empresas privadas se possam “fatiar” as diferentes áreas de gestão, e aceitar exatamente o oposto para a parte pública da arbitragem.

Outro argumento pode ser esgrimido, sendo comum à posição minimalista: a tese afirma que, por definição, as entidades estatais se movem pelo interesse público e não por interesses privados. Assumindo isso (o que é uma assunção pelo menos ingénua ou muito idealista), então não é comparável ter sido empregado, advogado, consultor, parecerista, dirigente político em órgãos executivos e deliberativos ou árbitro nomeado pelo Estado, com situações equivalentes no caso de um grupo empresarial privado: ali há sempre uma independência axiomática e uma imparcialidade ontológica, e aqui há pelo menos um postulado (que só a revelação pode demonstrar que não ocorre) de que mesmas pessoas em posições idênticas se metamorfoseiam em árbitros dependentes e parciais.

Mas, ainda que se assuma isso, o resultado não poderia ser o pretendido. Por um lado, porque o corolário dessa divergência (em que o Sr. A era

dependente e parcial e, se o Estado o contratar, passa a ter uma realidade ôntica oposta, o contrário ocorrendo com o Sr. B se fizer o percurso oposto) ofende a mais óbvia lógica e constitui uma alteração *ad hoc* de normas legais, ficcionando que um sujeito jurídico de direito público se e quando convenha passe a ser dividido em várias pessoas jurídico-processuais distintas que nem a uma lógica de “grupo de companhias” se subordinam.

E, por outro lado, o objetivo pretendido pode ser concretizado sem esta piroeta jurídica, visto que a revelação de uma situação como a mencionada não significa que o árbitro não possa ser nomeado⁶¹; e, sendo impugnado, não é nada óbvio que na análise objetiva que o decisor terá de fazer⁶² se tenha de concluir que não pode realmente atuar como árbitro, sobretudo quando a jurisprudência do Conselho Deontológico do CAAD é em minha opinião demasiado “liberal” no sentido de muito pouco exigente em matéria de recusas ou “impedimentos”.

Aliás, a revelação serve melhor o interesse da parte pública do que a sua falta. É que sem ela ser feita ninguém poderá garantir que, mais cedo ou mais tarde (mesmo após a notificação da sentença final), os factos que obrigavam a revelação não surjam hipoteticamente até com fundamento em violação da CRP.

Quanto à versão minimalista, quiçá paradoxalmente em relação à anterior, baseia-se sobretudo no argumento de que as entidades públicas que não integram o perímetro do Estado em sentido muito estrito, são pessoas jurídicas e, por isso, legalmente distintas entre si e em relação ao Estado que por isso as não incluirá no perímetro para efeitos de dever de revelação.

Realmente, aqui não há ficção jurídica interessada como na versão maximalista, o que é preferível. Mas existe um outro problema. Como já se referiu, e é consensual na doutrina e na jurisprudência, deve ser sempre revelado por um putativo árbitro as suas relações com outras sociedades que integrem um grupo de companhias, quer estejam acima, abaixo ou ao lado de uma das partes na arbitragem em questão, e isso deve ser feito mesmo que não ocorra relação de domínio que permitisse a uma delas dar instruções à gestão de qualquer das outras.

Ora a relação entre empresas ou institutos públicos com o Estado em sentido estrito é muito mais “próxima” do que nas situações paralelas de grupos privados de

⁶⁰ Acórdão TCA-S, Processo n.º 1/23.0BCLSB, de 25/05/2023.

⁶¹ O que, nos termos da LAV, ocorre se não houver oposição no prazo de 15 dias “a contar da data em que teve conhecimento da constituição daquele [Tribunal arbitral] ou da data em que teve conhecimento das circunstâncias referidas no artigo 13.º [que trata do dever de revelação do árbitro]”.

⁶² Cfr. *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, citada, anotação JMJ ao artigo 13.º.

companhias, pelo que não há nenhuma razão para tratar de modo diferente os dois tipos de situação.

Em resumo, qualquer putativo árbitro deve revelar todas as relações de carácter profissional com o Estado ou entidades estatais (e também as de índole pessoal, as do seu círculo familiar mais próximo, como seja o cônjuge, e a de entidades profissionais – como sociedades de advogados – ou empresariais em que exerça atividade) sempre que alguma dessas pessoas jurídicas seja uma das partes no litígio. E algo idêntico – e por semelhantes razões – deve ocorrer em relação a uma autarquia local e neste caso se incluindo não apenas as entidades em que a concreta autarquia participe, como seja empresas públicas locais, mas associações de municípios que desenvolvem certas atividades em comum⁶³.

Como se refere no Relatório de Avaliação, coordenado pelo Professor Blanco de Moraes, “nos processos arbitrais administrativos em que a Administração é parte e em que estão em causa dinheiros públicos e patrimónios privados, resulta ser fundamental garantir que os árbitros, com relevo para o presidente do coletivo (caso exista), não se encontrem numa relação de vinculação ou de proximidade excessiva com a Administração”⁶⁴.

A circunstância de existir um dever de revelação não é, porém, fundamento bastante para justificar e muito menos obter a impugnação de um árbitro com base nos factos, podendo ser admissível, com base nos factos de cada caso em concreto, qualquer das hipóteses.

6. A assimetria dos deveres de revelação

Um segundo problema é o da assimetria de deveres de revelação em relação aos árbitros, consoante a sua relação atual ou pretérita seja com a parte pública ou com a privada. De algum modo este problema é um corolário inevitável do anterior, pois a admissão de poder ser fatiado o Estado por ministério para efeitos de definir o perímetro que obrigação à revelação e/ou que justifique uma recusa de árbitro, ou de tratarem as várias pessoas jurídicas estatais como entidades sem relação entre elas é a isso que conduz.

Este tema já foi atrás abordado à luz das normas legais e regulamentares relativas a arbitragens de direito público, para onde se remete.

⁶³ Conheço pelo menos um caso em que um Tribunal Central Administrativo corrigiu a nomeação que fizera de um juríconsulto para presidir a um tribunal arbitral, quando tomou conhecimento de que era advogado de uma associação de municípios em que se integrava a autarquia demandada nesse caso.

⁶⁴ Cfr. Relatório de Avaliação, citado, p. 42.

Mas a questão pode ser mais ampla e profunda. Realmente, mesmo que se não suscitasse dúvidas sobre o sentido de normas legais de direito público aqui relevantes – e já se viu que se suscitam – e que se respeite o dever de revelação de circunstâncias relativas a entidades públicas, como referido, a questão pode a seguir renascer no plano da decisão sobre um requerimento de recusa pela entidade competente⁶⁵, pois a admissão ou não da recusa deve ser feita de forma objetiva e ponderando a realidade do caso concreto.

Ora, se o ambiente sociológico for no sentido de que há ontologicamente uma diferença entre as situações reveladas que tenham que ver com a parte privada e as que tenham que ver com a parte pública, entra pela janela o que não poderia entrar pela porta: o dever de revelação deve ser feito de acordo com o princípio da igualdade entre as partes e com a percepção que “aos olhos das partes” justifica de modo idêntico a revelação, mas no juízo decisório sobre a recusa pode existir uma tendência que sofisma ou destrói a equivalência ao deixar de equiparar, com base numa análise “objetiva” da existência ou não de independência, os dois tipos de situação.

Não se quer com isto afirmar que não possa em alguns casos concretos ficar demonstrado com base factual que as condições de independência possam ser maiores, por exemplo, no caso de um árbitro nomeado para um litígio arbitral num contrato público que seja sócio de uma sociedade de advogados onde outro sócio tenha sido contratado por um instituto público para a cobrança de uma dívida do que se a situação for a de um sócio de um putativo árbitro que trate de uma cobrança de uma participada de sociedade privada nessa mesma arbitragem.

Mas – insiste-se – a diferença apenas pode resultar da análise dos factos no caso concreto, o que significa que a hipótese inversa também pode ocorrer. O que não pode acontecer (embora a minha experiência demonstre que é mais habitual do que se pensará) é que a decisão quanto à independência do árbitro – se em relação ao Estado – seja pressuposta com base normativa e/ou que exista na prática uma presunção forte que afinal inverte o ónus da prova.

7. A importância acrescida do princípio da neutralidade nas arbitragens administrativas

O terceiro problema tem que ver com o princípio da neutralidade que consta do artigo 10.º, n.º 6, da

⁶⁵ Que é o próprio tribunal arbitral, com recurso para o tribunal estatal competente, nas arbitragens *ad hoc*, ou a solução definida pelas regras próprias de cada instituição arbitral em caso de arbitragem institucional.

LAV⁶⁶, regra essa que também existe por exemplo nas normas do Centro de Arbitragem Comercial da CCIP⁶⁷.

Este princípio da neutralidade não obriga a entidade de nomeação a optar sempre por um árbitro neutro se uma das partes não tiver nacionalidade portuguesa⁶⁸, mas exige que a decisão que não aplique o princípio seja fundamentada, ao menos esclarecendo a razão para não considerar conveniente fazê-lo.

Esta regra faz parte das melhores práticas internacionais e é seguida de modo inequívoco por instituições arbitrais, como é o caso da CCI, líder no mercado internacional, ou pelo CIADI (Banco Mundial). E tem justificação óbvia, centrada sobretudo no valor da confiança.

Essa justificação é ainda mais óbvia quando uma das partes na arbitragem seja o Estado, tendo eu aliás visto defender – mal – que a norma foi apenas pensada para esse tipo de situação⁶⁹. Mas realmente em casos de arbitragens de proteção de investimento as regras explicitamente se preocupam com o princípio da neutralidade⁷⁰.

Também tenho visto referir que a norma apenas se aplica se uma das partes nada tiver a ver com Portugal ou, ao menos, desde que seja uma empresa com sede fora de Portugal. Mas, como é evidente, a definição aqui relevante é a que resulta da LAV e em concreto do seu artigo 49.⁷¹

A relevância do princípio da neutralidade – além de ser um pilar da confiança no sistema por parte da

comunidade internacional e de ser instrumento essencial para que possa haver um aumento significativo da opção por que se situe em Portugal a sede de tribunais arbitrais – é um elemento importante para reforçar as condições de imparcialidade, sobretudo em países mais pequenos e/ou com uma comunidade jurídica pouco diversificada.

Nenhuma norma legal de direito público interno determinou a inaplicabilidade do n.º 6 do artigo 10.º da LAV ou concretizou uma definição de arbitragem internacional diferente (e pressupõe-se que mais restritiva) da que resulta do artigo 49.º da LAV.

No entanto para ser possível em termos práticos ponderar a “possível conveniência da nomeação de um árbitro de nacionalidade diferente da das partes” há condições práticas a assegurar: no caso de haver listas de árbitros tem de existir um número significativo de nomes sem nacionalidade portuguesa e quando a arbitragem é *ad hoc*, seria necessário que o tribunal estadual competente – no caso das arbitragens de direito público são os tribunais administrativos – soubesse como deve proceder e onde encontrar nomes adequados que não sejam portugueses.

Ora, no âmbito do direito público é relevante a lista da CAAD para arbitragens tributárias e administrativas. Em conjunto, apresentam as listas centenas de nomes, mas não encontrei nenhum que não fosse português.

Esta fragilidade do sistema tem solução – para além da opção por centros de administração de arbitragens portugueses (entre eles apenas vi que o CAC da CCIP tem nomes estrangeiros na sua lista e que o Centro Concórdia também, ainda que em número reduzido) ou estrangeiros – se as listas de árbitros do CAAD forem ampliadas nesse sentido e, naturalmente, se forem convidados nomes prestigiados que provavelmente sem isso se não conseguem levar a aceitar.

8. As repetidas nomeações e a imparcialidade

Finalmente o último problema (a posição previamente assumida quanto a uma questão de Direito – material ou processual – que o Estado tenha seguido de modo consistente em processos similares) tem que ver com a imparcialidade e não com a independência, mas é também muito relevante.

Esta matéria é sobretudo muito sensível em arbitragens de direito público, pois é nelas mais provável que os *thema decidendum* (sobretudo nos aspetos jurídicos que enquadram a decisão) sejam mais repetidos do que ocorre em arbitragens comerciais. Mas, talvez paradoxalmente, é nestas últimas que tenho encontrado maior sensibilidade ao problema.

E não devia ser assim, ainda mais porque neste caso as decisões do Conselho Deontológico da CAAD parecem ser unânimes no sentido de não valorizar os

⁶⁶ A LAV, n.º 6 do artigo 10.º, dispõe que: “Quando nomear um árbitro, o tribunal estadual competente [...] tem também em consideração a possível conveniência da nomeação de um árbitro de nacionalidade diferente da das partes”.

⁶⁷ Os Critérios para nomeação de árbitros em arbitragens institucionalizadas aprovados pelo Conselho do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa em 27 de setembro de 2023, dispõem no 1.b) que: “Desde que uma parte seja estrangeira, o Centro deve ter em conta o princípio da neutralidade e dar às partes a possibilidade de optarem por um árbitro único ou presidente que não seja da nacionalidade de nenhuma das partes”; e o 2.d) dispõe que: “Quando uma das partes for estrangeira, a regra da indicação de cinco nomes [para escolha pelas partes] será aplicada sem dependência de valor e pelo menos dois dos cinco nomes não devem ter a nacionalidade das partes”.

⁶⁸ Deve considerar-se aplicável a norma, como é evidente, no caso de um SPV português em relação de domínio total por empresa estrangeira pois a não ser assim estar-se-ia a desrespeitar o espírito da norma legal.

⁶⁹ Cfr. *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, citada, p. 70.

⁷⁰ Artigos 38.º e 39.º da Convenção de Washington (que instituiu o CIADI) e artigo 13.º das Regras de Arbitragem do CIADI.

⁷¹ Ver *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, citada, anotação JM] ao n.º 6 do artigo 10.º, e anotação DMV ao artigo 49.º.

riscos de imparcialidade, quando o Presidente e/ou a maioria dos árbitros partem para a análise de um caso com uma posição preconcebida – em regra a partir de interpretação consolidada de normas ou de institutos normativos ou por já terem decidido outras arbitragens no mesmo sentido –, o que limita a sua liberdade intelectual e aos olhos das partes sugere, as mais das vezes com razão, que o resultado final está definido à partida.

Infelizmente também, nem sempre a jurisprudência dos tribunais superiores ponderou com cautela este tipo de problema, que também surge por vezes em múltiplas nomeações de um árbitro que já decidiu num certo sentido e por esse motivo. É exemplar disso o Acórdão do TCA-S de 16 de fevereiro de 2017, Processo n.º 20011/16.3BCLSB (Relator: Paulo Pereira Gouveia), já citado devido a peculiar posição crítica nele expressa sobre a LAV quanto às regras sobre independência e imparcialidade dos árbitros, que desconsiderou o problema, afirmando a sua irrelevância se não acompanhado de outros fatores, “como, por exemplo, a existência de indícios de que o árbitro depende financeiramente da parte que o nomeou”, tratando como problema de independência o que é questão de imparcialidade⁷².

No mesmo sentido, o Relatório de Avaliação refere⁷³ que:

“o Conselho Deontológico salienta reiteradamente que as causas de impedimento ou de escusa, previstas no n.º 5 do art.º 6º do CD do CAAD, têm de ser aferidas em função de um dado processo em concreto e nunca por referência a anteriores posições assumidas em qualquer outra sede, cfr. v.g. Proc. 14/2011-T. No Proc. 63/2013-T, em que o árbitro teria formulado opinião técnica sobre o litígio, o Tribunal esclarece que, para existir impedimento, não basta a mera circunstância de, anteriormente e fora do processo em causa, o árbitro ter opinado sobre a questão a decidir, sob pena de tal interpretação impedir que fossem árbitros os juristas mais qualificados e especializados, de mérito reconhecido por via da publicação de trabalhos científicos relevantes nesse domínio. Adita também (cfr. Proc. 434/2018-T), que a apontada previsão normativa não contempla a hipótese de o árbitro já ter emitido pronúncia sobre questão que haja de decidir, mas apenas a de ter intervindo na causa dando parecer, consulta ou conselho a uma das partes ou como mandatário ou perito. Similarmente no Proc. 217-2022T, o sujeito passivo suspeitou da

imparcialidade e independência do árbitro designado pela AT, visto tratar-se de um ex-funcionário da AT durante 4 décadas, vinculado às orientações genéricas, representante da fazenda pública em diversos momentos, tendo sido nomeado sucessivas vezes pela AT como árbitro e tendo uma posição tendencialmente pro Fisco na arbitragem, tendo o Conselho Deontológico entendido, socorrendo-se da jurisprudência do STJ, que a previsão normativa não contempla a hipótese de o árbitro já ter emitido pronúncia sobre questão que haja de decidir, mas apenas a de ter intervindo no processo em causa, dando parecer, consulta ou conselho a uma das partes ou como mandatário ou perito”.

E também merece realce o que o Relatório de Avaliação refere, até pela ingenuidade que demonstra na tentativa de explicar, em relação à situação em que “o árbitro foi, nos três últimos anos, nomeado mais de três vezes pelo mesmo mandatário ou pela mesma sociedade de advogados”⁷⁴ que integra a “lista laranja” que obriga a revelação: “Tal situação não tem sido considerada pelo Conselho Deontológico do CAAD, inclusive quanto ao dever de revelação – mesmo quando o árbitro participou antes em julgamento sobre questão próxima em sentido desfavorável em relação à parte (cfr. Processo n.º 434/2018-T; Processo n.º 882/2019-T). O motivo talvez se relacione com o facto de a informação objeto do dever de revelação constar das decisões arbitrais e de estas serem públicas”.

9. Conclusão

Em conclusão, recorro duas frases que bem definem a alma portuguesa: “podia ser pior” e “vai tudo acabar bem”. Elas servem com rigor a quem quiser expressar uma visão otimista sobre o caminho – que reconheço estar em curso na comunidade jurídica portuguesa – para a aceitação indiscutida de que a independência, a imparcialidade e a neutralidade dos árbitros em relação às partes são essenciais pilares do sistema arbitral.

Mas também tinha razão Lord Keynes quando afirmou que “*in the long run we are all dead*”, e a lentidão da evolução e as resistências que enfrenta tal caminhada permitem uma visão mais pessimista.

E é verdade que a visão mais otimista se sente cada vez mais adequada às arbitragens comerciais, ao passo que a mais pessimista ainda faz demasiado sentido nas arbitragens administrativas. Deveria talvez ser o oposto, por motivos óbvios.

⁷² No entanto o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29/09/2015, Processo n.º 827/15.9YRLSB-1, tinha, e bem, decidido no sentido oposto (para ambos os acórdãos, cfr. *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, citada, anotação JMJ ao n.º 1 do artigo 13.º, pp. 78-9.

⁷³ Cfr. Relatório de Avaliação, citado, pp. 52-53.

⁷⁴ Relatório de Avaliação, citado, pp. 60-61.