



ESTUDOS DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM

O Estado da Arte

Coleção Estudos Jurídicos – Mestrado em Direito Administrativo

Coordenação Científica: Isabel Celeste M. Fonseca

BRAGA, JUNHO | 2019

FICHA TÉCNICA

Título: Estudos de Conciliação, Mediação e Arbitragem – O Estado da Arte

Subtítulo: Coleção Estudos Jurídicos – Mestrado em Direito Administrativo

Coordenação Científica: Isabel Celeste M. Fonseca

Autores: Bárbara Magalhães Bravo | Cláudia Sofia Melo Figueiras
Isabel Celeste M. Fonseca | Marta García Pérez
Tânia Carvalhais Pereira

Colaboração: João Vilas Boas Pinto

Data: junho de 2019

Edição e apoio: NEDip – Núcleo de Estudos de Direito *Ius Publicum*
Avenida 1.º de Maio, 44, 3.º, 4600-013 Amarante
geral@nedip.pt

AEDUM – Associação de Estudantes de Direito da Universidade do Minho
Escola de Direito da Universidade do Minho
Campus de Gualtar, sala 10, 4710-057 Braga
geral@aedum.com

Impressão: Gráfica Diário do Minho
Rua de São Brás, n.º 1, Gualtar, 4710-073 Braga
www.diariodominho.pt

Composição: Ana Rita Silva

ISBN: 978-989-99646-8-6

Depósito legal: 459178/19

Tiragem: 100 exemplares

ÍNDICE

ESTUDO I – Due process of law vs. arbitragem, publicidade vs. confidencialidade: quis, quid, quando, ubi, cur, quem ad modum, quibus adminiculis <i>Isabel Celeste M. Fonseca</i>	11
ESTUDO II - Âmbito e limites da arbitrabilidade do ato administrativo <i>Bárbara Magalhães Bravo</i>	33
ESTUDO III – Contributo dos Tribunais Arbitrais Tributários para a uniformização da interpretação do regime comum do IVA <i>Tânia Carvalhais Pereira</i>	47
ESTUDO IV – A arbitragem tributária em Portugal: atualizações <i>Cláudia Sofia Melo Figueiras</i>	73
ESTUDO V – La mediación intrajudicial en ejecución de sentencia. El caso del antiguo edificio de Fenosa (A Coruña, España) <i>Marta García Perez</i>	87

***Due process of law vs. arbitragem,
publicidade vs. confidencialidade:
quis, quid, quando, ubi, cur, quem ad modum, quibus adminiculis***

ISABEL CELESTE M. FONSECA *

0. Introito

O problema da confidencialidade na arbitragem é aqui pensado no contexto do direito ao processo equitativo¹. E, neste sentido, importa, em primeiro lugar, descrever o conteúdo do *due process of law* e, a seguir, perceber o *quantum* da extensão da sua aplicação ao processo arbitral. Depois, em particular, o tema difícil: publicidade vs. confidencialidade na arbitragem administrativa – assunto que, a bem dizer, nunca deixou de estar na ordem do dia, tanto na arbitragem doméstica como na arbitragem internacional, desde a arbitragem de investimentos à desportiva, tanto na arbitragem privada como na arbitragem pública, administrativa e tributária².

No que respeita à harmonização do processo arbitral com o art. 6.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH, de 04/11/1950), impõe-se, de imediato, alertar para um fenómeno crescente do qual nos queremos afastar também de imediato, aqui, quando elevamos o princípio do processo justo a princípio fundamental do processo arbitral e princípio de ordem pública internacional: "*due process paranoia*", como lhe chama ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO. Na verdade, no contexto das arbitragens internacionais, a sua violação é, por tudo e por nada, invocada. Este fenómeno

* Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho.

¹ Sobre o tema do *due process of law*, seguiremos de perto o nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

² Entre nós, sobre o direito ao processo equitativo e sobre este particular conflito entre arbitragem e direito ao processo equitativo, vd. LUIZ OLAVO BAPTISTA, "Confidencialidade na arbitragem", in *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, ACL, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 197 e ss.; JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, "Publicidade e impugnação de decisões arbitrais em matéria administrativa (O projecto de revisão do Código de Processo dos Tribunais Administrativos e a nova LAV)", in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 7, 2014, APA, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 15 e ss.; ARMINDO RIBEIRO MENDES, "Os tribunais arbitrais são tribunais, mas não são «tribunais como os outros»", in *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, UCP, Lisboa, 2015, pp. 57 e ss.; RUI PENA, "O(s) equívoco(s) da confidencialidade na arbitragem", in *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, UCP, Lisboa, 2015, pp. 235 e ss.; ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, designadamente, "Publicidade vs. confidencialidade na arbitragem desportiva transnacional", in *Revista de Direito Civil*, 2016, n.º 3, pp. 701 a 722; e ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, *Direito da Arbitragem. Ensaios*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 223 e ss., esp. pp. 268 e ss.

revela-se por dois típicos comportamentos: um que caracteriza o estado de insegurança dos árbitros e o outro que é apanágio das partes. Assim, quanto à primeira configuração, ela manifesta-se no receio excessivo por parte de árbitros de verem as suas decisões anuladas com fundamento na alegada violação de um dos corolários do direito ao processo equitativo. Na outra perspectiva, este fenómeno revela-se no comportamento processual das próprias partes. Estas, procurando a cada momento explorar o direito a seu favor, invocam constantes momentos de colisão no processo arbitral para dela retirarem vantagens³.

Na verdade, podem ser configuradas muitas situações de aparente rota de colisão entre a arbitragem e os princípios e as regras fundamentais em que o direito ao processo equitativo se concretiza e que facilmente podem justificar o fenómeno do “*due process of law* paranoia”⁴. Um deles é, designadamente, o do princípio da igualdade das partes, sendo o outro, como bem se compreende, o da publicidade. Neste caso, a confidencialidade é sendo vista como contrária ao processo equitativo, sendo musculado o argumento da falta de transparência das arbitragens, que se manifesta sobretudo na confidencialidade processual e no secretismo das sentenças arbitrais. Assim acontece particularmente, desde há muito, na arbitragem desportiva⁵ e na administrativa⁶.

Em síntese de roteiro, vamos, então, em primeiro lugar **(I.)**, revisitamos o tema do *due process of law* e a sua aplicação ao processo arbitral. Na segunda parte, deixaremos notas (nunca acabadas) sobre o eterno problema da necessária compatibilização entre a publicidade do processo e a confidencialidade na arbitragem administrativa, procurando distinguir a confidencialidade da privacidade, identificar a natureza da confidencialidade e configurar o seu âmbito e refletindo sobre a natureza da matéria que deve disciplinar o tema, se legal, contratual ou simplesmente com natureza ética⁷ **(II.)**.

³ Sobre o assunto e para maiores desenvolvimentos, vd. especialmente ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “O *Due Process* na arbitragem desportiva do TAS/CAS: sentido, alcance e (frequentes confusões na matéria)”, in *Revista PLMJ arbitragem*, n.º 2, I, novembro, 2018, pp. 75 e ss. O autor escreve, a propósito do caso Aleksey Lovchec, que “o mencionado receio e as decisões tomadas em função dele, podem, em certos casos, ser prejudiciais à própria arbitragem, podendo comprometer a celeridade, eficiência, qualidade e desejável previsibilidade do processo arbitral (para além de serem suscetíveis de gerar um aumento dos custos da arbitragem face a incidentes processuais não previstos e que não eram expectáveis)”.

⁴ Sobre o assunto, vd. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “O *Due Process* na arbitragem desportiva do TAS/CAS...”, cit., pp. 75 e ss.

⁵ Entre nós, sobre este assunto tem escrito ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. confidencialidade na arbitragem desportiva transnacional”, cit., pp. 701 a 722.

⁶ Entre nós, sobre este tema, por todos, vd. o nosso “A arbitragem administrativa: uma realidade com futuro”, in *A Arbitragem Administrativa e Tributária, problemas e desafios*, Coimbra, 2012.

⁷ Entre nós, sobre este tema, *L'éthique dans l'arbitrage*, coord. de Guy Keutgen, éditions Bruylant, 2012; existe edição traduzida em português, *A ética na arbitragem jurídica*, na Edições Piaget, tradução de João Duarte, 2014.

I.

Estamos a querer demonstrar, em primeiro lugar, que o *due process of law* ou direito ao processo equitativo ou devido processo legal é estrutural no processo em curso, em qualquer tribunal, seja no tribunal do Estado ou tribunal arbitral (incluindo, parece-nos, qualquer mecanismo legalmente aceite de resolução de litígios).

Assim, tendo raízes históricas no art. 39.º da Magna Carta Inglesa (1215), o direito tem expressa consagração no art. 20.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa (CRP). E encontra-se igualmente previsto em inúmeras constituições de diferentes países, bem como em vários instrumentos europeus e internacionais:

(i) art. 6.º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais [Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), de 04/11/1950];

(ii) art. 47.º, 2.º parágrafo, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), de 07/12/2000;

(iii) art. 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), de 10/12/1948; e

(iv) art. 14.º, n.º 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), de 16/12/1966.

No que concerne ao quadro normativo fundamental português, o que deve entender-se por direito de acesso efetivo aos tribunais deslinda-se, sobretudo, a partir do art. 20.º da Constituição e a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional, em particular daquela que versa sobre os n.ºs 4 e n.º 5 da CRP. Assim, primeiro que tudo, e antes de avançarmos para a apresentação dessas dimensões garantísticas – ou “subdireitos” ou “subprincípios” – que o âmbito normativo daquele preceito de conteúdo tão rico encerra, cumpre sublinhar que o direito de acesso ao direito e aos tribunais decorre imediatamente da ideia de Estado de Direito e é tido como direito fundamental, beneficiando do regime qualificado de proteção dos direitos, liberdades e garantias, não obstante a margem de densificação do preceito que é dada ao legislador ordinário.

Assim, a partir desse acervo jurisprudencial, podemos considerar que o direito de acesso aos tribunais, a que se refere o art. 20.º da Lei Fundamental, inclui, desde logo:

(a) o direito de ação e de acesso a tribunais – sendo estes tidos como órgãos independentes e imparciais;

(b) o direito a um processo;

(c) o direito a obter uma decisão de mérito sobre a causa;

(d) o direito à plena execução dessa decisão;

(e) O direito a obter a tutela jurisdicional efetiva através de processos temporalmente adequados, mormente quando em causa está a proteção de direitos, liberdades e garantias;

(f) O direito a obter providências cautelares que se mostrem adequadas a salvaguardar a plena execução das sentenças.

Finalmente, o direito de acesso aos tribunais deve realizar-se em processo equitativo, nos termos do n.º 4 do art. 20.º da CRP. E, no que respeita especialmente ao processo equitativo, ele vem integrando:

(i) o direito à igualdade de armas ou direito à igualdade de posições no processo, com proibição de tratamento discriminatório ou arbitrário;

(ii) o direito de defesa e o direito ao contraditório, no sentido de existir efetiva possibilidade de cada uma das partes invocar as razões de facto e de direito, oferecer provas, controlar as provas da outra parte e pronunciar-se sobre o valor e resultado dessas provas;

(iii) o direito a prazos razoáveis de ação e recurso, o que pressupõe o direito à decisão em prazo razoável, o que nos leva a dizer que o processo, para ser justo, deve apresentar igualmente uma duração razoável, que atenda à duração compatível com a qualidade da instância e a efetividade da decisão final.

O legislador tem, pois, uma certa liberdade de conformação na concreta estruturação do processo, devendo assegurar que o mesmo concretiza as diversas dimensões que o *Tatbestand* constitucional acolhe.

Contudo, importa também sublinhar que, não obstante o que afirmámos, os Tribunais Constitucionais da Europa e o próprio Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) têm aceite que algumas dessas dimensões possam ser sacrificadas ou limitadas por razões de celeridade processual ou de eficácia da própria justiça. Vejamos melhor.

Com acolhimento no art. 6.º da CEDH, o direito ao processo equitativo tem conteúdo rico e acolhe diversas dimensões processuais, contando-se, de entre outras, as garantias à emissão de sentença em prazo razoável, ao julgamento por tribunais imparciais e independentes e a garantia ao processo justo — um conteúdo que o Tribunal de Estrasburgo tem vindo a alargar, de dia para dia.

Neste particular contexto normativo, o direito previsto no art. 6.º, § 1, vem sendo entendido, aliás, em sentido mais amplo do que aquele que comumente se associa ao direito à prolação de decisão em prazo razoável. Em bom rigor, este direito foi sendo reconduzido pelos Órgãos da Convenção e, depois, pelo TEDH ao direito de acesso a um tribunal, tendo isso acontecido pela primeira vez no caso *Golder c. reino Unido/1975*, nos termos do qual se entendeu que “a garantia processual do processo equitativo, prevista no artigo 6.º, § 1, da CEDH, inclui a garantia prévia de acesso ao tribunal, mesmo que não exista uma disposição expressa que o consagre, já que este se funda em outras disposições legais e princípios de direito”⁸. No Caso *Cyprus vs. Turkey* (10/05/2011), o TEDH veio confirmar

⁸ Sobre esta jurisprudência, vd. o nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

que se deve entender o conceito de "Tribunal" numa perspetiva substantivista, isto é, enquanto órgão dotado de competência jurisdicional, determinada por regras de direito e cujo funcionamento se opere por meio de procedimentos prescritos, com as respetivas garantias, devendo tal órgão ser dotado de imparcialidade e independência em relação ao poder executivo (Cfr. considerando § 233).

E esta dimensão clássica do direito ao processo decorre exatamente da "concretização efetiva e concreta da garantia de acesso a um tribunal, uma vez que a garantia oferecida pela Convenção não pode ser tida como «teórica e ilusória» (caso *Airey c. Irlanda/1979*): a busca pela efetividade da tutela jurisdicional resulta das disposições da convenção, mormente do próprio art. 13.º, e do art. 2.º, alínea e), do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, nos termos do qual, e no contexto dos direitos e liberdades reconhecidos pelo Acordo, os Estados se comprometem a garantir a todas as pessoas, cujos direitos e liberdades reconhecidos sejam ameaçados, um recurso útil, eficaz ou efetivo".

Este novo entendimento, de que processo equitativo é sinónimo de processo efetivo, emerge como resultado da metodologia reconstrutiva que, desde a década de 70 do século passado, a jurisprudência do TEDH tem operado para esclarecer o sentido e a amplitude do direito ao processo equitativo **(1.)**. Este direito foi sendo estendido ao processo administrativo, ainda que a incidência não venha sendo absolutamente clara e constante **(2.)**, e, hoje, porque é mais intensa e mais abrangente do que era inicialmente, vem abarcando a arbitragem, ainda que sem consensos? **(3.)**.

1. Segundo o art. 6.º, § 1, da Convenção, "qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra si dirigida. (...)".

Este direito, que é, desde há muito, designado pelos órgãos da Convenção como direito ao processo equitativo, tem um conteúdo verdadeiramente rico e elástico, tendo sido objeto de constante ampliação pelos órgãos da Convenção. Na verdade, ao procurarem esclarecer qual é o seu específico núcleo e até onde vai a sua amplitude, aqueles, e em particular o TEDH, têm vindo a anunciar as garantias processuais que nele estão incluídas, sendo certo que, decisão após decisão, novas garantias são reveladas como inerentes ao direito ao processo equitativo, revelando-se tal direito como sinónimo do direito ao processo efetivo.

E, como já descrevemos antes, "há abundante jurisprudência dos órgãos da Convenção – e, atualmente do TEDH –, que vem sendo ditada a este propósito.

⁹ Sobre a evolução jurisprudencial e as anotações doutrinárias que sobre ela versa, seguiremos de perto o nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência*, cit.

Servindo-se da «técnica das noções autónomas» e da «teoria dos elementos necessariamente inerentes ao direito», os órgãos da Convenção têm vindo a dissipar as incertezas que se foram colocando, ao longo dos tempos, neste domínio, sendo que, inicialmente, essa aclaração foi sendo realizada em sentido «evolutivo» e «consensual» e mais recentemente a aclaração é realizada mais numa perspectiva reconstrutiva do que consensual¹⁰.

Com efeito, reescrevendo e “invocando SUDRE, o «dinamismo interpretativo-construtivo das normas da Convenção», que é realizado com alguma discricionariedade pelo TEDH, tem culminado, na verdade, no alargamento da aplicabilidade deste direito e na extensão do seu conteúdo. E, assim, através de uma jurisprudência mais «reconstrutiva» que consensual – isto é, através de uma metodologia que assenta fundamentalmente «no desenvolvimento lógico» do direito ao processo equitativo –, o tribunal tem esclarecido que este integra cada vez mais «outros novos direitos», incluindo, mais recentemente, o direito de acesso à justiça, na vertente do patrocínio judiciário, para além daquelas garantias processuais *stricto sensu*, que, desde sempre, ou pelo menos não tão recentemente, se têm vindo a depreender daquele preceito da Convenção¹¹.

Assim, e mais uma vez, “para além daquelas garantias processuais desde sempre reconhecidas neste normativo, como seja a da garantia ao julgamento independente e imparcial, a da garantia a um processo com igualdade de partes e com pleno contraditório e a garantia a decisão em prazo razoável, ele inclui o direito de acesso aos tribunais e conseqüentemente o direito à execução de uma sentença (caso *Hornsby c. Grécia/1997*)”. Neste acórdão de 1997, o TEDH, ao considerar que “a execução de uma decisão judicial, em qualquer jurisdição, deve ser entendida como parte integrante do processo, no sentido do art. 6.º”, vem atribuir ao “direito de acesso a um tribunal” a sua plena efetividade, revelando, pois, a vertente do direito ao processo equitativo como direito ao processo efetivo. E, deste modo, pode inferir-se da jurisprudência de Estrasburgo que, no contexto da Convenção Europeia, o direito ao processo equitativo também “significa direito de acesso a um tribunal e direito à plena execução de uma sentença, sendo que estes são consubstanciais ou inerentes ao direito material protegido, na medida em que deles depende a sua efetividade¹²”.

Ademais, podemos acrescentar que esta perspectiva de associar o direito ao processo equitativo ao direito à tutela jurisdicional efetiva não é alheia à jurisprudência do TEDH, quer quando este se pronuncia sobre a efetividade do direito ao recurso individual (nos termos do art. 34.º da CEDH), quer quando esclarece o que deve entender-se por “direito ao recurso efetivo” (nos termos do art. 13.º da CEDH) ou por “direito ao recurso equitativo” na dimensão do prazo razoável (nos

¹⁰ Sobre este assunto, remetemos para a bibliografia e jurisprudência citados no nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência*, cit.

¹¹ Seguimos de perto o nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência*, cit.

¹² *Idem*.

termos do art. 6.º, § 1, da CEDH). E, de facto, da leitura combinada (que se impõe em alguns casos) destas normas convencionais tem sido salientada a existência no panorama jurídico-constitucional europeu de um direito dos indivíduos à tutela jurisdicional efetiva, em termos que dele emerge a obrigação de o Estado contratante assegurar a defesa efetiva dos direitos ou liberdades garantidos pela Convenção, incluindo, nomeadamente, o dever de, ao colaborar lealmente com os órgãos da Convenção, decretar medidas provisórias (nos termos do art. 39.º do Regulamento do TEDH) em determinadas situações, em relação às quais a defesa efetiva das garantias reconhecidas pela Convenção esteja em causa – designadamente de extradição ou expulsão iminente (como foi discutido no caso da família chilena Cruz Varas contra Suécia/1991) ou no caso *Conka* contra a França/2002 – ou outras medidas urgentes, tais como as medidas de aceleração da marcha de um processo em curso, como ficou confirmado na jurisprudência dos órgãos da Convenção que versou sobre os processos de responsabilização dos serviços de saúde franceses e italianos e que foram acionados por cidadãos que tinham sido contaminados com o vírus da SIDA e da Hepatite B e C, por ocasião de transfusões de sangue realizadas naqueles serviços públicos. O direito que a jurisprudência de Estrasburgo veio reconhecer aos cidadãos (a quem restava pouco tempo de vida) revela-se, pois, como o direito a um processo temporalmente justo, sendo, pois, uma forma legítima de se interpretar o direito à emissão de sentença em prazo razoável em correlação com o princípio da tutela jurisdicional efetiva. Este revelou-se de facto nos "processos de sangue contaminado" e, posteriormente, foi reafirmado e ampliado no processo *Kudła* c. Polónia/2000, tendo sido reforçado no processo *Brusco* c. Itália/2001.

Na realidade, o TEDH tem vindo a clarificar, cada vez mais, o conceito de efetividade. E, por exemplo, em matéria de proteção de estrangeiros, designadamente a propósito do pedido de asilo, o TEDH veio reforçar a necessidade de os Estados signatários proporcionarem mecanismos efetivos de proteção. Afirinou-o mais recentemente por unanimidade, em 26 de abril de 2007, no processo *Gebremedhin* c. *France* (n.º 25389/05), tendo censurado o Estado francês por, ao negar o estatuto de refugiado a um jornalista eritreu e ao ordenar a sua expulsão, não lhe oferecer um mecanismo interno efetivo de defesa. Na realidade, tendo sido dada a ordem e tendo sido rejeitado pelo juiz administrativo o pedido de sua suspensão em processo de *référé-liberté* (nos termos do art. L. 521.2 CodeJA), o TEDH considerou estarem preenchidos os pressupostos dos arts. 3.º e 13.º da Convenção, pois em causa estaria tanto o risco de a vítima poder vir a sofrer tortura, pena ou tratamento desumano ou degradante em consequência da expulsão como a ausência de um recurso efetivo de defesa, tendo intimado as autoridades francesas a procederem à suspensão imediata da decisão – o que permitiu ao estrangeiro obter uma autorização provisória de permanência. Assim, indo, contudo, mais longe na questão da proteção de estrangeiros perante decisões administrativas de expulsão, o TEDH confirma a explicação já dada no acórdão *Conka* c. Bélgica, de 05/02/2002, processo n.º 51564/99, a propósito do conceito

de efetividade, nos termos da qual "não pode ter-se como recurso efetivo se as medidas são executadas antes de as autoridades nacionais terem verificado a sua compatibilidade com a CEDH, sobretudo se há perigo de irreversibilidade"¹³.

Claro está que o direito ao processo equitativo tem sido tradicionalmente associado a certas garantias processuais e fundamentalmente à garantia do prazo razoável, sendo certo que a jurisprudência dos órgãos da convenção que mais tem sido objeto de atenção versa efetivamente sobre esta dimensão do direito ao processo equitativo, previsto no art. 6.º, § 1, da CEDH. De qualquer modo, cumpre sublinhar que a jurisprudência do TEDH já considerou que deste direito depende a boa administração da justiça e a sua credibilidade e, por isso mesmo, importa sublinhar que, no seio da Convenção europeia, o direito ao processo equitativo foi sendo alargado e está mais próximo do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva. De facto, é neste sentido que lemos a garantia à emissão de sentença em prazo razoável, relacionando-a com o processo equitativo, compreendido naquele sentido alargado, que vai ao encontro do princípio da tutela jurisdicional efetiva.

Na verdade, após a entrada em vigor do Protocolo n.º 11, o TEDH tem enunciado novas obrigações decorrentes daquele preceito e, recorrendo à "teoria dos elementos inerentes ao direito", o TEDH continua a enunciar para os Estados novas obrigações e novos deveres decorrentes da Convenção. Neste sentido, e no sentido mais perto do tradicional, o TEDH tem considerado que a demora do processo tem de ser aferida em função da complexidade da causa e da situação litigiosa, sendo que, em princípio, um processo que demore numa instância mais de três anos excede o tempo razoável, violando aquele direito. Contudo, a comprovação da violação do direito ao prazo razoável depende sempre da análise sistemática *in concreto* da duração do processo, segundo certos parâmetros, uma vez que o próprio tribunal de Estrasburgo já considerou como pouco razoável a duração de um processo calculada num ano e seis meses.

E, a partir desta jurisprudência interpretativa que o TEDH tem vindo a realizar do art. 6.º da CEDH, fica certo que esta jurisdição não se opõe à concretização de técnicas que se impõem por imperativo de economia processual e judiciária e de cujo cumprimento resulta uma melhor satisfação da procura da justiça, na perspetiva da concretização do direito ao prazo razoável. Ela não se opõe, nomeadamente, à política de "desjudicialização" e à possibilidade de organizar um pré-tratamento não jurisdicional de assuntos em matéria cível e penal, nem à limitação de vias de recurso jurisdicional, nem à possibilidade de se criarem processos simplificados e acelerados, em função da natureza e urgência das matérias e da importância que o processo pode ter para as partes, nem à fundamentação sumária de sentenças, em certas circunstâncias e atendendo à importância do litígio.

¹³ Remetemos para a doutrina e jurisprudência citados no nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência*, cit.

2. Como se registou nas considerações introdutórias, a jurisprudência dos órgãos da Convenção que versa sobre o direito ao processo equitativo incide particularmente sobre a dimensão do prazo razoável. E, neste contexto, uma das preocupações dos órgãos da Convenção foi delimitar o âmbito de aplicação do art. 6.º, § 1. Durante muito tempo, pensou-se que aquele direito seria considerado independentemente da natureza da jurisdição. A verdade não é, contudo, essa. Antes pelo contrário, no quadro do direito europeu, não é seguro afirmar (mesmo nos nossos dias) que o particular que recorre à justiça administrativa tem, sem mais, um direito a obter uma decisão judicial em prazo razoável com fundamento na CEDH.

Em abono da verdade, como já tivemos oportunidade de escrever, o art. 6.º, § 1, dispõe apenas que qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, *quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra si dirigida*. Aliás, como o âmbito de aplicação deste normativo aponta para os domínios civil e penal, seria até razoável pensar que a resolução dos litígios emergentes das relações jurídico administrativas estaria afastada do seu âmbito e, por conseguinte, seria simples (e justo) pensar que o art. 6.º somente visaria – ou visaria fundamentalmente – as jurisdições cível e penal. Com efeito, o próprio TEDH assim o afirmou no primeiro julgamento, no caso *Lawless* (1960).

Contudo, desde essa altura até hoje, a evolução tem sido significativa¹⁴. E, assim, esta garantia processual, que cabe expressamente no núcleo central das garantias processuais previstas no art. 6.º, § 1, da CEDH, abarca tanto as jurisdições civil e penal como também se estende à jurisdição administrativa, sempre que os processos que nelas decorrem *versem sobre* “a determinação [de] direitos e obrigações de carácter civil” ou “sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal”.

Como consequência do que acabámos de dizer, cumpre, pois, perceber como deve entender-se tais conceitos para finalmente se apurar se o direito ao processo equitativo também vale para os particulares que se dirigem ao processo arbitral. É então por aqui que devemos começar, tanto mais quanto sabemos que os conceitos desta norma tem sido interpretados com défice de uniformidade, tanto no seio dos órgãos da Convenção como também entre estes e as jurisdições dos Estados.

A bem ver, nem a própria metodologia interpretativa do TEDH tem sido coerente quando aplicada ao tema da incidência do direito sobre o processo administrativo. De facto, se inicialmente, ao esclarecer se as garantias do processo

¹⁴ Mais uma vez, a este propósito, remetemos para a doutrina e jurisprudência citados no nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência*, cit.

equitativo se aplicariam ou não ao processo administrativo, os órgãos de Estrasburgo foram interpretando "com descrição e sem activismo" o art. 6.º, já, mais recentemente, o TEDH tem procedido à alteração radical de posições afirmadas. E desta jurisprudência evolutiva do TEDH faz parte tanto o alargamento do conteúdo do próprio direito ao processo equitativo, tal qual se afirmou, como faz parte o alargamento da aplicação da norma a novas matérias de natureza jurídico-pública, de tal forma que hoje aquela garantia se aplica mesmo a momentos do contencioso administrativo dito clássico. Contudo, este alargamento é discricionariamente decidido pelo tribunal e, por isso, pode concluir-se que, do ponto de vista do direito europeu, continua a existir um sector do contencioso administrativo que escapa incompreensivelmente à aplicação desta garantia¹⁵. Tem sido, de facto, a partir de uma interpretação pontual destes conceitos-chave – *carácter civil do direito* ou *da obrigação* e o *carácter penal da acusação* – que foi sendo alargada a aplicação da garantia aos processos administrativos. Enfim, a dificuldade era patente. E a começar pelo conceito "civil", bem se vê que muitas foram as dificuldades a superar. A interpretação do conceito constituiu mesmo uma tarefa "espinhosa"¹⁶.

Na verdade, este caminho discricionariamente percorrido pelo juiz europeu para proceder à distinção entre *jus imperii* e *jus gestionis* e para atribuir ou recusar o carácter "civil" a certos direitos que integram o ordenamento jurídico interno dos Estados ainda não foi completamente percorrido. E, por isso, sendo um *work in progress*, ele vai sendo completado, não escapando conseqüentemente à incerteza e à falta de tratamento equitativo das matérias administrativas e do seu contencioso, sendo que, por vezes, o tratamento dessas matérias parece obedecer a uma "coerência duvidosa", como também já afirmámos¹⁷.

Bem vistas as coisas, importa reconhecer que tem fugido à incidência da garantia do prazo razoável uma panóplia de questões emergentes das relações jurídico-administrativas – tais como processos que tenham por objeto decisões e medidas de polícia referentes a estrangeiros –, incluindo questões de entrada, residência e saída, já que, em relação a estas questões, não se reconhece aos estrangeiros nenhum "direito ou obrigação de natureza civil", bem como têm continuado a ser excluídos de forma incoerente os processos relativos a extradição, expulsão ou recusa de estatuto de refugiado. E, de igual modo, de tal atitude discricionária quanto à valoração do "direito puram ou essencialmente patrimonial" tem resultado a "incerteza" quanto à aplicabilidade das garantias processuais do art. 6.º ao contencioso da função pública (caso *Huber c. França/1998*), incluindo o disciplinar, e às questões de natureza fiscal e eleitoral. Em ma-

¹⁵ Para outras considerações, vd. doutrina e jurisprudência citados no nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência*, cit.

¹⁶ *Idem*, *ibidem*.

¹⁷ Para as considerações, do ponto de vista dogmático, vd. *idem*.

téria fiscal e em relação ao seu contencioso, por exemplo, a *Cour europeia* parece manter “fechado a sete chaves” o campo de aplicação das garantias previstas neste normativo. No processo *Ferrazzin c. Itália/2001* (que segue a linha da jurisprudência anterior), estando em causa a duração excessiva de um processo fiscal referente a um imposto de mais-valia, o Tribunal de Estrasburgo excluiu claramente este contencioso da aplicação do art. 6.º, uma vez que o critério “patrimonial” da questão subjacente não justificaria por si só a natureza “civil” da determinação do direito ou obrigação¹⁸.

E, no que diz respeito ao contencioso da função pública, afastado “incoerentemente” do campo de aplicação do art. 6.º, cumpre destacar uma decisão de 1999, ditada no caso *Pellegrin*, na qual os órgãos da Convenção vieram introduzir significativas modificações quanto à aplicabilidade da garantia do prazo razoável àquele contencioso, deixando de fora das garantias do processo equitativo e do prazo razoável um grupo considerável de litígios pertencentes aos funcionários detentores de autoridade (com a exceção do contencioso em matéria de pensões, já que o art. 6.º se aplica a todos os funcionários, pois, “o funcionário aposentado não beneficia de parte de soberania do Estado, no momento em que já se extinguiu a ligação especial de confiança e lealdade”)¹⁹.

Enfim, mesmo na ausência de “denominador comum que permitisse encontrar na matéria uma noção europeia uniforme”, a redução da área de inaplicabilidade do art. 6.º da CEDH tem sido conseguida por via da interpretação autónoma do conceito-chave “direito de natureza civil”, sendo certo que este conceito está longe de ser fixado de modo geral, tanto mais que os órgãos da Convenção seguem, para o efeito, uma metodologia conhecida por *judicial self-restraint*.

Segundo MATSHER, esta metodologia pressupõe “nunca precisar de enunciações de carácter geral”. E é com base em semelhante esquema de atuação jurisprudencial que os órgãos da Convenção fazem aplicar as garantias do art. 6.º à *matéria administrativa a título do conceito “acusação em matéria penal”*. Na verdade, procurando evitar que a política de descriminalização em alguns Estados contratantes possa ser incompatível com os objetivos da Convenção, e nesse sentido privar os particulares das garantias do art. 6.º (caso *Öztürk/1984*), os órgãos da Convenção têm entendido que o conceito de “matéria penal” pode, à luz do ordenamento jurídico interno, corresponder ao direito administrativo sancionador ou das infrações administrativas. E, por isso, considerando a autonomia da noção “acusação em matéria penal” – que é sinónimo de “notificação oficial” a uma pessoa, realizada pelas entidades competentes, da censura de ter realizado uma infração penal –, recorrendo a critérios próprios que atendem à natureza geral da norma infringida e ao objetivo dissuasor e punitivo da sanção,

¹⁸ Para outras considerações, vd. doutrina e jurisprudência citados no nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência*, cit.

¹⁹ *Idem, ibidem*.

os órgãos de Estrasburgo têm considerado aplicáveis as garantias do art. 6.º da CEDH ao contencioso que versa sobre algumas infrações administrativas e ao domínio do ilícito administrativo, entre nós²⁰.

3. Sem prejuízo do que já dissemos, é inegável que quem lê o art. 6.º da CEDH conclui que este preceito foi desenhado para impactar num processo estadual, sendo que o n.º 1 se aplica ao processo civil e ao processo penal e que o n.º 2 e o n.º 3 se encontram pensados apenas para o processo penal. Daí as dúvidas que se têm colocado a este propósito, como apontámos antes neste texto, sendo dúvidas que são agravadas pelo facto de os trabalhos preparatórios da CEDH nada dizerem a respeito da sua aplicação (ou não) à arbitragem. De todo o modo, como de forma quase unânime têm vindo a reconhecer a doutrina e jurisprudência do TEDH, isto não significa que a arbitragem voluntária seja contrária ou incompatível com o art. 6.º, n.º 1, da CEDH **(3.1.)**, nem que tal norma não seja aplicável à arbitragem **(3.2.)**.

3.1. A este respeito, e no que à primeira questão se refere (não contrariedade da arbitragem com este preceito), importa começar por salientar que o art. 6.º da CEDH não se opõe à criação de tribunais arbitrais. Dir-se-á, a este propósito, que o direito de acesso aos tribunais – implicitamente garantido no n.º 1 do art. 6.º – não exige que o tribunal a que se acede tenha de ser sempre um tribunal estadual. Neste sentido, e em consonância com a jurisprudência do TEDH, não deveremos interpretar a palavra “tribunal”, prevista no n.º 1 do art. 6.º, como significando, necessariamente, um tribunal estadual, excluindo os tribunais arbitrais. O direito de acesso a um tribunal (estadual) pode, assim, ser renunciado a favor da arbitragem, não sendo tal facto incompatível com o art. 6.º. Já no que se refere à aplicação do artigo 6.º, n.º 1, à arbitragem voluntária, a questão é mais complexa. Resumidamente, e como bem sintetiza ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, poder-se-á dizer que existem, na doutrina, várias posições a este respeito²¹:

(i) uma posição minoritária (hoje ultrapassada) que, pura e simplesmente, entende que a CEDH (aqui se incluindo, como é natural, o art. 6.º, n.º 1) não se aplica à arbitragem;

(ii) uma posição que defende a aplicação direta do art. 6.º, n.º 1; e

(iii) uma posição majoritária que afirma a aplicação do art. 6.º, n.º 1, à arbitragem, mas de forma indireta – particularmente no âmbito da função de controlo e assistência que, por vezes, os tribunais estaduais são chamados a desempenhar na arbitragem.

²⁰ *Idem, ibidem.*

²¹ Sobre o assunto e para maiores desenvolvimentos, *vd.* especialmente ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “O *Due Process* na arbitragem desportiva do TAS/CAS...”, *cit.*, pp. 75 e ss.

Outros autores defendem, também, a aplicação do art. 6.º da CEDH à arbitragem, embora sem especificar o modo como tal aplicação é feita (designadamente se se trata de uma aplicação direta ou indireta). Embora a aplicação desta norma à arbitragem voluntária seja controvertida (sobretudo quanto à questão de saber se se aplica direta ou indiretamente), parece absolutamente necessário dizer que aquele preceito tem relevância na arbitragem, devendo ser respeitada sempre que os tribunais estaduais tenham de intervir na arbitragem (antes, durante ou após o processo arbitral, no âmbito da função de controlo e assistência que, por vezes, são chamados a desempenhar).

Deste modo, como escreve ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “o tribunal estadual que, por exemplo, esteja incumbido de apreciar a decisão arbitral em sede de recurso ou no âmbito da ação de anulação, de proceder ao reconhecimento e à execução da mencionada sentença ou que tenha de nomear o árbitro em falta ou a totalidade dos árbitros terá de conduzir a sua intervenção com a necessária observância pelo art. 6.º, n.º 1, da CEDH. Caso não o faça, e uma vez esgotados – perante as respetivas instâncias nacionais – todos os recursos ordinários internos a que haja lugar, não é de excluir a possibilidade de apresentação de uma queixa junto do TEDH, com fundamento na violação do direito a um processo equitativo, previsto no art. 6.º, n.º 1, da CEDH”²².

Já em 1997, o TEDH havia aclarado, no Caso *Rolf Gustafson vs. Sweden*, que, para efeitos do art. 6.º, n.º 1 da CEDH, deve entender-se por “Tribunal” não apenas os órgãos jurisdicionais que integram a esfera estadual como também aqueles que não se integram no *standard judicial machinery of the country concerned* (considerando 45). O direito de acesso à justiça implica, pois, um direito a submeter reivindicações perante alguém independente e imparcial, seja juiz ou árbitro. À luz do art. 6.º, n.º 1 CEDH, não pode renunciar-se validamente ao direito de acesso à justiça. No fundo, o que com isto se quer dizer é que o direito a um processo equitativo se traduz não num direito de acesso ao tribunal (estadual) mas sim num direito de acesso à justiça (seja perante um tribunal estadual seja perante um tribunal arbitral)²³.

A par do que se mencionou, nunca é de mais evidenciar que o direito ao processo equitativo é entre nós consagrado no Texto Constitucional, não podendo a arbitragem configurar-se como domínio processual à parte daquele.

Importa salientar, por um lado, que, na ordem jurídica portuguesa, os tribunais arbitrais se encontram postulados na Constituição, no art. 209.º, n.º 2. Embora não constituam órgãos de soberania (nem sequer tribunais estaduais, ao contrário dos julgados de paz), figuram como verdadeiros tribunais, isto é, personificam órgãos dotados de competência jurisdicional e, não obstante o funcionamento do processo arbitral assentar numa cultura de escolhas, em causa não deixam de estar

²² *Idem, ibidem*.

²³ Cfr. JUAN CARLOS LANDROVE, “European Convention on Human Rights’ Impact on Consensual Arbitration”, p. 79, disponível online em http://www.landrove.ch/pdf/ECHR_2006_Landrove.pdf.

também a defesa de direitos fundamentais e a prossecução do interesse público²⁴. De uma leitura articulada dos arts. 212.º e 209.º da CRP extrai-se a premissa conclusiva de que a jurisdição administrativa se refere tanto aos tribunais administrativos estaduais como aos tribunais arbitrais administrativos (jurisdição partilhada)²⁵.

E importa dizer, por outro, que o processo arbitral está sujeito aos parâmetros do processo equitativo, ex vi art. 20.º, n.º 4, da CRP, parâmetros estes que funcionam como um limite à autonomia das partes. Neste sentido, devemos precisar que, em qualquer processo arbitral, existem determinados princípios fundamentais (postulados pelo direito ao processo equitativo) que deverão ser sempre respeitados, sob pena de a sentença arbitral poder vir a ser anulada, não ser executada, ou, eventualmente, ser interposto um recurso para o Tribunal Constitucional ou apresentada uma queixa junto do TEDH²⁶.

3.2. Enfim, em jeito de síntese, podemos afirmar que o direito ao processo equitativo compreende um núcleo normativo essencial que é transversal a todo o direito processual, incluindo o processo arbitral, e cujos efeitos se estendem a todas as instâncias de administração da justiça, onde se incluem os tribunais arbitrais. E, aqui chegados, é sabido que o direito à jurisdição não implica apenas o direito de acesso aos tribunais. É igualmente necessário que o processo a que se acede apresente garantias de justiça, de modo que se consiga alcançar a justa composição do litígio. Por outras palavras, é preciso que o processo seja equitativo, isto é, seja um processo justo, com todas as garantias a que se fez anteriormente referência.

Pois bem, neste conjunto de princípios e regras fundamentais em que o direito ao processo equitativo se concretiza, tais como a independência e a imparcialidade do tribunal, a observância do princípio do juiz natural, a fundamentação da decisão e o seu proferimento em prazo razoável, o direito à prova (e à licitude desta) e o princípio da igualdade das partes (donde resultam outros importantes princípios, como o princípio do contraditório), inclui-se a publicidade do processo. E este conjunto de princípios e regras fundamentais, que conformam o direito ao processo equitativo, não deve ser subestimado na arbitragem, pese embora a origem contratual da arbitragem e a sua forte matriz centrada na autonomia privada.

²⁴ Neste sentido, FILIPE BRITO BASTOS, "A Arbitragem em direito administrativo e o direito fundamental de acesso ao direito nos tribunais portugueses", in *Arbitragem e Direito Público*, Lisboa, AAFDL, 2015, p. 85.

²⁵ Assim, DORA LUCAS NETO, "A jurisdição Arbitral Administrativa", in *Estudos Jurídicos em Comemoração do Centenário da AAFDL – Contributo para o presente e Futuro dos meios de resolução alternativa de litígios*, Vol. I, 2018, coord.: Tiago Serrão, p. 64.

²⁶ No mesmo sentido, especialmente, ANTÓNIO PEDRO MONTEIRO, "O Due Process na arbitragem desportiva do TAS/CAS...", cit., pp. 75 e ss.

A Lei da Arbitragem Voluntária (LAV, Lei n.º 63/2011, de 14 de agosto) acolhe dimensões de concretização obrigatória do direito ao processo equitativo. Compreende-se, por isso, que, no art. 30.º, n.º 1, se preveja expressamente a necessidade de o processo arbitral dever sempre respeitar certos “princípios fundamentais”. E isso supõe: a obrigatoriedade de citação, o princípio da igualdade das partes, o dever de ser dada às partes uma “oportunidade razoável de fazerem valer os seus direitos, por escrito ou oralmente, antes de ser proferida a sentença final” e, também, o princípio do contraditório (alíneas a), b) e c) do n.º 1 do art. 30.º da LAV). E mais: como se afirma comumente, além destes, que estão previstos nesta norma, são aplicáveis outros princípios fundamentais, como por exemplo, o princípio do dispositivo e do dever de fundamentação da sentença arbitral, bem como o da imparcialidade e dos árbitros. Por outro lado, impõe-se ainda mencionar outros princípios fundamentais com relevância para a arbitragem que emergem da CRP (uma vez que o direito ao processo equitativo está consagrado no art. 20.º, n.º 4), sem prejuízo de ainda se configurar que “existem dispersos pela Constituição determinados princípios que, além de serem direitos fundamentais processuais [...], constituem também princípios constitutivos de toda a ordem processual” e sem os quais não se pode falar da existência de um processo²⁷.

É esse o caso, entre outros, do princípio da igualdade das partes e do princípio do contraditório.

Conforme defende a este respeito ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO²⁸, é essa a razão pela qual, aliás, se poderá afirmar que o art. 30.º, n.º 1, da LAV acaba por ser uma disposição “incompleta e até mesmo inócua”. Incompleta, na medida em que não contempla todos os princípios fundamentais que o processo arbitral deverá sempre respeitar. Inócua, uma vez que os princípios elencados no n.º 1 do art. 30.º seriam sempre aplicáveis, independentemente da sua consagração expressa na LAV. Neste âmbito, o ponto essencial que cumpre agora destacar é o de que o respeito por estes princípios é condição da validação pública de um processo privado, isto é, o Estado só pode admitir decisões de tribunais privados, na medida em que tais decisões cumpram determinadas regras mínimas de justiça processual em que o direito ao processo equitativo se concretiza e que impedem que o processo arbitral caia em descrédito. Daí que o legislador português preveja a possibilidade de a sentença arbitral ser anulada, caso algum dos princípios fundamentais do n.º 1 do art. 30.º da LAV, e não só, tenha sido violado (facto que atesta bem a importância destes princípios), podendo, ainda, tal violação constituir um obstáculo à execução da sentença.

O direito ao processo equitativo é, efetivamente, um princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico, é afirmado no art. 20.º, n.º 4, da CRP e compreen-

²⁷ Sobre o tema, vd. NUNO ALBUQUERQUE, LUÍS PAULO SILVA e MARIA AMÉLIA MESQUITA, in *Global Legal Insights, International Arbitration 2019*, fifth edition, global legal group, United Kingdom, 2019, pp. 316 e ss.

²⁸ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “O Due Process na arbitragem desportiva do TAS/CAS...”, cit., pp. 75 e ss.

de um núcleo normativo essencial e transversal a todo o direito processual cujos efeitos se estendem a todas as instâncias de administração da justiça, aqui se incluindo, respetivamente, a arbitragem e os tribunais arbitrais. Deste modo, como bem diz ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, independentemente da ação de anulação prevista na LAV, importa salientar que, caso uma decisão arbitral aplique uma determinada norma que infrinja algum dos princípios fundamentais em que o direito ao processo equitativo se traduz (e que se entenda serem aplicáveis à arbitragem), tal pode configurar razão para, verificados os requisitos legais, desencadear de recurso para o Tribunal Constitucional.

II.

A seguir, ainda a partir do direito ao processo equitativo – e em jeito inconclusivo, pois o tema assim o determina –, impõe-se responder à *vexata quaestio da publicidade vs. confidencialidade*²⁹. Pois bem: a exigência de publicidade representa em primeiríssimo lugar a garantia de transparência do exercício da função jurisdicional. E, em sintonia com a garantia apontada, a necessidade de combater o arbítrio do julgador que é potenciado pela opacidade e pelo secretismo. Em causa está, pois, a preocupação maior de lutar contra a desconfiança na administração da justiça e evitar o enfraquecimento da legitimidade democrática das decisões dos tribunais.

Na verdade, “se os tribunais administram a justiça em nome do povo (art. 202.º, n.º 1, da CRP), o povo tem direito a conhecer o modo como são praticados os atos processuais e as decisões dos tribunais: a justiça não deve ser só feita, deve ser vista a ser feita”. Afirmação clássica irrepreensível no contexto da afirmação dos valores em que assenta o Estado de Direito.

Atendendo precisamente a esta dimensão axiológica da publicidade no processo, compreende-se que sejam múltiplas as fontes de direito a fazer-lhe referência. Entre nós, a CRP acolhe esse princípio no art. 206.º e consagra essa dimensão do direito à tutela efetiva no art. 20.º, n.º 4, como também já registámos. No Código de Processo Civil, os arts. 163.º e 606.º fazem-lhe essa menção e, no Código de Processo nos Tribunais Administrativos, igualmente em múltiplos artigos, sendo certo que a publicidade abrange a publicidade das audiências, o acesso ao processo e a publicidade de decisão que põe fim ao litígio. A publicidade do processo é, portanto, uma dimensão do direito ao processo equitativo e traduz a garantia da correção do *iter* procedimental e a legalidade dos atos judiciais.

Em todo o caso, é obrigatório registar que este princípio não é absoluto. Aliás, havendo consciência de que dele pode decorrer inconvenientes, é consensual

²⁹ Sobre o tema, vd. IRENEU CABRAL BARRETO, “Direito ao exame da causa publicamente”, in *BMJ*, n.º 75/76, 1998, pp. 152 e 153.

Remetemos ainda para os autores citados na nota 2 do presente artigo.

reconhecer-se, por isso mesmo, que o este comporte constrangimentos e exceções. Aliás, sem prejuízo de invocar casos legalmente previstos em que a publicidade é legalmente afastada, a bem ver, a opção pela arbitragem pode até por esta razão ser opção legítima. Na verdade, pode estar em causa a necessidade de as partes quererem proteger as suas práticas e segredos profissionais, as suas estratégias comerciais, bem como também pode ser legítima a vontade de as partes não darem a conhecer que estão em litígio. E, por isso, optam por uma alternativa de resolução do litígio que lhes confere uma menor exposição.

O tema da confidencialidade na arbitragem é fértil em mantras e equívocos³⁰. Há quem entenda que a confidencialidade não é elemento da arbitragem, *id est*, não lhe é absolutamente conatural ou inerente. E nem todos os regimes normativos ou lei-modelo de arbitragem dos países acolhem a confidencialidade. Portanto, há quem entenda que arbitragem não tem de ser confidencial, não devendo confundir-se a confidencialidade com a discricção e com a privacidade. Como escreve RUI PENA, decidir através de arbitragem permite retirar a resolução do litígio dos holofotes da imprensa e da vista dos concorrentes e dos contribuintes em geral. A privacidade é conseguida, por vontade das partes, através da designação de um tribunal privativo, com plenos poderes jurisdicionais, integrando pessoas da respetiva confiança, a quem se encarrega de dirimir o conflito que as opõe, na certeza de que o respetivo veredicto, se não for voluntariamente cumprido, pode ser coercivamente executado³¹. A redação do compromisso arbitral impõe cuidado, bem como também a escolha do tribunal. Importa redigir e ponderar a abrangência da confidencialidade, tendo em conta o quadro normativo vigente no lugar em que a arbitragem acontece.

Mas também é um facto que a confidencialidade combina bem com arbitragem. E assim é na medida em que a própria confidencialidade é considerada como uma das maiores vantagens da arbitragem, tanto na área civil como na comercial. Assim entende a melhor literatura da especialidade quando refere que, neste tipo de processos, há matérias muito sensíveis, como sejam a estratégia do negócio, sistemas de produção, tecnologias, produtos, clientes, cuja confidencialidade é necessária. Há inclusive quem defenda que, atendendo à origem contratual e à natureza privada da arbitragem, é configurável que os processos arbitrais sejam naturalmente confidenciais. Aliás, no quadro normativo inglês e suíço, entende-se mesmo que da convenção de arbitragem emerge, desde logo, um dever implícito de confidencialidade³².

A confidencialidade é a garantia de que determinada informação fornecida pelas partes não é divulgada a terceiros; é a garantia de que todos os elementos carreados para o processo arbitral, desde o compromisso inicial que delimita o

³⁰ Entre nós, dando conta de alguns dos frequentes equívocos, *vd.* RUI PENA, "O(s) equívoco(s) da confidencialidade na arbitragem", *cit.*, pp. 235 e ss.

³¹ *Idem, ibidem.*

³² Sobre o tema, *vd.* JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, "Publicidade e impugnação de decisões arbitrais em matéria administrativa", *cit.*, pp. 20 e 21.

contencioso até à sentença final, incluindo meios probatórios e todo o argumentário, são dados à confiança e não podem ser veiculados para fora do tribunal, sendo certo que esta confidencialidade valeria tanto para o período processual propriamente dito, desde a aceitação dos árbitros designados até à prolação da sentença. Valeria ainda para a divulgação da sentença e para a matéria instrutória, designadamente toda a documentação junta ao processo, os testemunhos prestados e os relatórios das peritagens ordenadas, e afetaria não só as partes como também terceiros. E vincularia sobretudo os árbitros.

A regra da confidencialidade está consagrada na LAV, entre nós, no art. 30.º, n.º 5, daqui emergindo que os árbitros, as partes e, se for o caso, os centros de arbitragem institucionalizada, têm o dever de guardar sigilo sobre todas as informações que obtenham e sobre o conteúdo de documentos a que tenham acesso (e sobre o qual tomem conhecimento) através de processo arbitral.

É certo que, mesmo na arbitragem, o princípio da confidencialidade tem exceções amplas (art. 30.º, n.º 5, 2.ª parte, e n.º 6, da LAV), o que conduz certos autores a reconhecer a necessidade de restringir precisamente algumas destas exceções³³. É, portanto, configurável que as partes possam tornar públicos atos processuais para defesa dos seus direitos e que os árbitros tenham o dever de comunicar informação do processo às autoridades, quando tal decorre da lei.

Mas, em todo o caso, não parece existir consenso quanto a reconhecer a confidencialidade como traço identitário da arbitragem. Por outras palavras, a arbitragem não é sempre sinónimo de confidencialidade e não é unânime a doutrina a considerar que a confidencialidade seja parte integrante da arbitragem³⁴. Mesmo do ponto de vista normativo, há variedade nas soluções acolhidas no panorama legislativo de direito comparado, sendo certo que, na sua maioria, essa disciplina permite que as partes estipulem por acordo o regime de confidencialidade da arbitragem, uma vez que está no âmbito do seu poder de autonomia da vontade.

Importa, pois, refletir sobre uma das posições mais extremistas que vê, neste acordo que traça a natureza confidencial da arbitragem, uma violação do direito ao processo equitativo na dimensão da publicidade. Pois bem, nos termos do art. 6.º da CEDH: "qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente", devendo o julgamento ser público. Formulada em

³³ Neste sentido, refere o n.º 5 do art. 30.º da LAV: "Os árbitros, as partes e, se for o caso, as entidades que promovam, com carácter institucionalizado, a realização de arbitragens voluntárias, têm o dever de guardar sigilo sobre todas as informações que obtenham e documentos de que tomem conhecimento através do processo arbitral, sem prejuízo do direito de as partes tornarem públicos os actos processuais necessários à defesa dos seus direitos e do dever de comunicação ou revelação de actos do processo às autoridades competentes, que seja imposto por lei". E o n.º 6 dispõe: "O disposto no número anterior não impede a publicação de sentenças e outras decisões do tribunal arbitral, expurgadas de elementos de identificação das partes, salvo se qualquer destas a isso se opuser".

³⁴ Entre nós, veja-se, por todos, RUI PENA, "O(s) equívoco(s) da confidencialidade na arbitragem", cit., pp. 235 a 266.

termos de questão, se a ausência de publicidade na arbitragem viola o direito ao processo equitativo, importa dizer que a resposta tem sido negativa, no sentido de que “não, não viola a CEDH”. E de igual modo se tem respondido quando se interroga se a confidencialidade da arbitragem viola o art. 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem. A este propósito, escreve RUI PENA que “não obstante muitos tribunais onde a questão é colocada, referirem, *brevitatis causa*, que esta regra apenas deve ser aplicada aos tribunais estaduais e não à arbitragem, na medida em que este é uma justiça privada, ou melhor dizendo, um processo privado de resolução de litígios”, sendo certo que a privacidade da arbitragem decorre da renúncia expressa emergente da convenção arbitral, cláusula compromissória ou compromisso arbitral³⁵.

Há, aliás, direitos previstos no art. 6.º, n.º 1, da CEDH que são suscetíveis de renúncia. De entre eles está o da publicidade, devendo a renúncia ser inequívoca e não ofender nenhum interesse público relevante³⁶. Na verdade, a propósito do caso *Nordström vs The Netherlands*, os órgãos da CEDH consideraram que os processos arbitrais não têm de estar em conformidade com o art. 6.º da CEDH na sua totalidade e consideraram ainda que a convenção de arbitragem envolve uma renúncia à aplicação integral, sem restrições, deste artigo.

Também entre nós, formulada a mesma questão, desta feita interrogando se a confidencialidade colide com o art. 20.º, n.º 4, da CRP, tem havido respostas negativas, no sentido de que a confidencialidade do processo arbitral não viola qualquer comando constitucional. Assim, deste modo, vai-se afirmando que, se o art. 20.º, n.º 4, da CRP (preceito que consagra o direito ao processo equitativo) é considerado aplicável ao processo arbitral, uma vez que deve entender-se aplicável a todo e qualquer modo de resolução de litígios, a publicidade poderá integrar esse núcleo, mas poderá também não o integrar. Assim, neste sentido, afirma-se que as pessoas têm direito a que a sua causa seja examinada publicamente, mas também têm o direito a que não o seja, optando por usufruir das maiores vantagens que a confidencialidade lhes possa proporcionar. Afinal, da própria confidencialidade pode resultar a eficácia da sentença, podendo mesmo dizer-se que, em algumas circunstâncias, a exigência absoluta de publicidade poder anular a utilidade do processo arbitral.

O art. 8.º do Código Deontológico do Árbitro da Associação Portuguesa de Arbitragem menciona que o árbitro deve respeitar a confidencialidade do processo e a decisão arbitral e não poderá utilizar informação obtida no decurso da instância arbitral com o objetivo de alcançar ganho, para si ou para terceiro, ou de lesar o interesse de outrem.

³⁵ *Idem, ibidem*.

³⁶ Sobre este último, vd. MANUEL CAVALEIRO BRANDÃO e PEDRO FERREIRA DE SOUSA, “Anotação à decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 27 de novembro de 1996 (*Nordström vs The Netherlands*)”, in *100 anos de arbitragem. Os casos essenciais comentados*, coleção PLMJ, n.º 9, Coimbra Editora, 2015, pp. 199.

Coisa diferente, mas não menos importante, é saber até onde deve a confidencialidade ser estendida³⁷. Há, por um lado, na verdade, razões legítimas para as partes revelarem atos dos processos arbitrais, razões para que os árbitros façam cessar o dever de sigilo e, por outro, imposições legais de publicidade de sentenças arbitrais. Aliás, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), na última revisão, viu introduzida uma norma que obriga à publicidade por via informática, em base de dados organizada pelo Ministério da Justiça, das decisões proferidas pelos tribunais arbitrais transitadas em julgado. O regulamento do CAAD também cumpre este objetivo.

De uma forma ou de outra, e pensando sobretudo na arbitragem jurídico-pública, importa sempre assegurar que as entidades públicas que recorrem à arbitragem não obtenham através da confidencialidade vantagens maiores do que aquelas que jamais conseguiriam obter no processo público, no sentido de que, invocando a confidencialidade, alcançam isenção a controlos externos de legalidade e encontram caminho seguro para a fuga a regras que protegem o interesse público e interesse de terceiros³⁸.

Sem pretensão de exaustão, importa destacar de entre os interesses públicos a aquilatar, no momento de ponderar a preponderância da confidencialidade em detrimento da publicidade³⁹:

(i) a necessidade de segurança jurídica e o conhecimento pela comunidade da aplicação do direito pelos tribunais;

(ii) a necessidade de controlo público-institucional (incluindo estadual) da atividade administrativa;

(iii) incremento da aceitação e reconhecimento pelo Estado do exercício da função jurisdicional por privados;

(iv) a imperatividade do cumprimento da legalidade;

(v) credibilização e o reconhecimento da arbitragem, combatendo a generalizada desconfiança contra o mecanismo de resolução de litígios.

É certo que, em relação à arbitragem privada, vão prevalecendo argumentos em defesa da invocação legítima da renúncia à publicidade pela aceitação da convenção de arbitragem. Assim se diz que a vontade das partes de que o seu litígio não chegue a praça pública deve ser entendido, bem como deve ser salvaguardado o direito a manter segredo sobre interesses comerciais próprios, isto por um lado. Por outro, vem vencendo outro reforço argumentativo que vai no sentido de que o controlo da correção da legalidade da sentença arbitral

³⁷ Sobre o tema, *vd.* JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, "Publicidade e impugnação de decisões arbitrais em matéria administrativa", *cit.*, pp. 18 a 21.

³⁸ Sobre este assunto, *vd.* MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, "Tópicos sobre o problema do âmbito subjectivo da arbitragem sobre relações jurídicas multilaterais ou poligonais de direito administrativo", in *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, ACL, Almedina, 2012, pp. 209 e ss.

³⁹ Entre nós, sobre este assunto tem escrito ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, designadamente no artigo "Publicidade vs. confidencialidade na arbitragem esporádica transnacional", *cit.*, pp. 701 a 722.

(que o princípio da publicidade do processo visa assegurar) pode ser alcançado no momento da intervenção do tribunal do Estado, quer no âmbito do recurso de anulação, quer no âmbito do recurso e do reconhecimento e execução de sentença arbitral, havendo aqui um reforço de uma publicidade indireta. Enfim, neste campo, parece fazer sentido dizer que um processo arbitral, para ser equitativo, não precisa de declinar a confidencialidade. Na verdade, como escreve ROBIN DE ANDRADE, “a confidencialidade é sempre limitada, pois deve sempre ser reconhecido às partes o direito de utilizar a sentença arbitral para fazer valer os seus direitos através dos tribunais estaduais, o que obviamente implica a necessidade de a sentença adquirir a mesma publicidade que qualquer sentença de tribunais estaduais transitada em julgado que seja título executivo”⁴⁰.

A ausência de publicidade na arbitragem administrativa levanta, como se indicou, outras questões, e questões delicadas, uma vez que pode estar em causa a defesa do interesse público ou a defesa de interesses coletivos e de terceiros relevantes, que imponham a primazia do princípio da publicidade. Há, aliás, quem desde logo afaste deste domínio qualquer argumento que vai no sentido de aceitar que a convenção de arbitragem seja expressão de renúncia à publicidade, uma vez que se duvida da validade da renúncia à publicidade das sentenças arbitrais pelas entidades públicas, tal como se duvida da validade da renúncia ao recurso jurisdicional pelas mesmas entidades⁴¹.

Por isso mesmo se considera que há pelo menos um dever de publicidade irrenunciável que abrange o da publicação das decisões arbitrais, solução que o CPTA veio expressamente acolher no art. 185.º-B, visando, segundo alguns, alcançar uma maior transparência no exercício da função jurisdicional através da arbitragem⁴². Uma coisa é certa, a confidencialidade na arbitragem gera problemas e contradições que estão longe de oferecer respostas conclusivas, basta pensar na dimensão do dever de não publicar integralmente a sentença na arbitragem privada por contraste com o dever de a publicar nos termos do CPTA⁴³. É certo que todos esses problemas e contradições se agudizam na arbitragem jurídico-pública, sendo que, no nosso entender, o assunto não pode ser tratado apenas no contexto da Ética na arbitragem⁴⁴, nem apenas no quadro do contratualmente assumido.

⁴⁰ Sobre o tema, vd. JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “Publicidade e impugnação de decisões arbitrais em matéria administrativa”, cit., pp. 18 a 21.

⁴¹ Neste sentido, ver o nosso “A arbitragem administrativa: uma realidade com futuro”, in *A Arbitragem Administrativa e Tributária, problemas e desafios*, Coimbra, 2012, pp. 175 e ss.

⁴² Sobre este assunto, vd., entre outros, FAUSTO DE QUADROS, “Linhas gerais da reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de Arbitragem”, in *Revista Internacional de arbitragem e Conciliação*, APA, n.º 7, Almedina, Coimbra, 2014, p. 13.

⁴³ Sobre o tema, vd. JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “Publicidade e impugnação de decisões arbitrais em matéria administrativa”, cit., p. 22.

⁴⁴ Há quem assim entenda: LUIZ OLAVO BAPTISTA, “Confidencialidade na arbitragem”, cit., p. 203.

Bibliografia citada

- ANDRADE, José Robin de, "Publicidade e impugnação de decisões arbitrais em matéria administrativa", in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, APA, n.º 7, Almedina, 2014, pp. 18 a 21.
- BARRETO, Irineu Cabral, "Direito ao exame da causa publicamente", in *BMJ*, n.º 75/76, 1998, pp. 152 e 153.
- BRANDÃO, Manuel Cavaleiro/SOUSA, Pedro Ferreira de, "Anotação à decisão do tribunal europeu dos direitos do homem de 27 de novembro de 1996 (*Nordström vs The Netherlands*)", in *100 anos de arbitragem. Os casos essenciais comentados*, coleção PLMJ, n.º 9, Coimbra Editora, 2015, pp. 199 e ss.
- FONSECA, Isabel Celeste M., "A arbitragem administrativa: uma realidade com futuro", in *A Arbitragem administrativa e tributária, problemas e desafios*, Coimbra, 2012.
- _____, *Processo temporalmente justo e urgência*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- MENDES, Armindo Ribeiro, "Os tribunais arbitrais são tribunais, mas não são «tribunais como os outros»", in *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, UCP, Lisboa, 2015, pp. 57 e ss.
- MONTEIRO, António Pedro Pinto, "O *Due Process* na arbitragem desportiva do TAS/CAS: sentido, alcance e (frequentes confusões na matéria)", in *Revista PLMJ arbitragem*, n.º 2, 1, novembro, 2018, pp. 75 e ss.
- MONTEIRO, António Pedro Pinto/SILVA, Artur Flaminio da, "Publicidade vs. confidencialidade na arbitragem desportiva transnacional", in *Revista de Direito Civil*, 2016, n.º 3, pp. 701 a 722.
- QUADROS, Fausto de, "Linhas gerais da reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de Arbitragem", in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, APA, n.º 7 (2014), Almedina, Coimbra, 2014, pp. 7 e ss.
- RUI PENA, Rui, "O(s) equívoco(s) da confidencialidade na arbitragem", in *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, UCP, Lisboa, 2015, pp. 235 e ss.
- SILVA, Artur Flaminio da /MONTEIRO, António Pedro Pinto, "Publicidade vs. confidencialidade na arbitragem desportiva transnacional", in *Revista de Direito Civil*, 2016, n.º 3, pp. 701 a 722.