

# REVISTA DE DIREITO CIVIL



CIDPI Faculdade de Direito  
Universidade de Lisboa

ANO 1 (2016), NÚMERO 3  
DIRETOR: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO

## DOCTRINA

António Pinto Monteiro, *O Código Civil de 1966*

António Menezes Cordeiro, *Da legitimidade e da legitimação no Direito civil*

José Luís Bonifácio Ramos, *O direito de preferência sobre bens culturais*

Hugo Luz dos Santos, *Os contratos de jogo e aposta e o crédito para jogo nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau: contributo para a resolução da questão do “walking” e para a admissibilidade da negative pledge e da equitable lien norte-americanas*

Joana Torres Ereio/Filipa de Aragão Homem, *Da aplicação do artigo 830.º do Código Civil na praxis societária — a execução específica de obrigações sociais e parassociais*

Artur Flamínio da Silva/António Pedro Pinto Monteiro, *Publicidade vs. confidencialidade na arbitragem desportiva transnacional*

Leonor Costa da Silva Catela Teixeira, *Perda de Chance: dano autónomo ou mero suprimento do nexu causal?*

Paulo Margalho, *O abuso do direito no Direito tributário — Dois pesos e duas medidas? A caminhada pelo deserto doutrinário...*

## *Publicidade vs. confidencialidade na arbitragem desportiva transnacional*

DOUTORANDO ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA

DOUTORANDO ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO\*

SUMÁRIO: *I – Introdução. II – O conflito entre a publicidade e a confidencialidade. III – Sobre a publicidade na arbitragem: entre o interesse público e o interesse privado. IV – O conflito na arbitragem desportiva transnacional do TAS. V – Conclusão.*

### **I – Introdução\*\***

O tema de que nos vamos ocupar é relevante e actual. Na verdade, o *conflito entre a publicidade e a confidencialidade* assume-se como um problema que, nos últimos anos, tem sido muito discutido na arbitragem e que, no fundo, reflecte um problema mais amplo que é o das (aparentes) *dificuldades de compatibilização do direito ao processo equitativo com a arbitragem*<sup>1</sup>.

\* Associado Sénior, PLMJ Sociedade de Advogados.

\*\* Por opção expressa dos autores, o presente texto encontra-se redigido ao abrigo do antigo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

<sup>1</sup> A respeito desta questão, veja-se, entre outros, JULIAN D. M. LEW/LOUKAS A. MISTELIS/STEFAN M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Haia, 2003, pp. 95 a 97, GEORGIOS PETROCHILOS, *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford Private International Law Series, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 130 a 151, ALEXSANDAR JAKSIC, *Arbitration and Human Rights*, Studien zum vergleichenden und internationalen Recht – Comparative and International Law Studies, vol. 59, Peter Lang, Frankfurt, 2002, pp. 227 e ss., bem como ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade das Partes e a Constituição do Tribunal Arbitral em caso de Pluralidade de Partes*, dissertação de doutoramento em Direito Processual na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, versão académica, Lisboa, 2015, pp. 204 a 216.

Com efeito, existem certas situações em que, por vezes, a arbitragem parece entrar em conflito com alguns dos princípios e regras fundamentais em que o direito ao processo equitativo se concretiza<sup>2-3</sup>. Ora, de entre esses princípios e regras, elegemos, como objecto do presente trabalho, o conflito que se estabelece com a publicidade do processo e das sentenças arbitrais – conflito este que se coloca com particular acuidade *na arbitragem desportiva* e no âmbito do *Tribunal Arbitral do Sport (TAS)*.

Neste contexto, é comum registar-se que os atletas denunciem e contestem uma falta de transparência das arbitragens desenvolvidas junto daquela instituição arbitral, que se manifesta na confidencialidade processual e no secretismo das sentenças arbitrais<sup>4</sup>. Por outro lado, invoca-se também a existência de uma

<sup>2</sup> Sobre os vários princípios e regras fundamentais que o direito ao processo equitativo abrange, veja-se, por exemplo, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2.ª ed., Lex, Lisboa, 1997, pp. 39 a 58, JOÃO DE CASTRO MENDES/MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Direito Processual Civil* (em preparação), § 4.º, I, 4, 4.2, RITA LOBO XAVIER/INÊS FOLHADELA/GONÇALO ANDRADE E CASTRO, *Elementos de Direito Processual Civil – Teoria Geral, Princípios, Pressupostos*, Universidade Católica Editora, Porto, 2014, pp. 126 a 132, ANTÓNIO JÚLIO CUNHA, *Direito Processual Civil Declarativo à luz do Novo Código de Processo Civil*, 2.ª ed., Quid Juris, Lisboa, 2015, p. 50, FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *O Novo Processo Civil. Os Princípios Estruturantes*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 187 a 193, RUI PINTO, *Notas as Código de Processo Civil*, vol. II, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 7, bem como J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 415 e 416, e VITAL MOREIRA/CARLA DE MARCELINO GOMES (coordenação), *Comprender os direitos humanos – manual de educação para os direitos humanos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 227 a 233.

<sup>3</sup> Conforme bem observa Armindo Ribeiro Mendes, existem determinadas exigências provenientes da Constituição da República Portuguesa (CRP), de fontes de direito europeu e de direito internacional “que dificilmente podem ser aplicadas *de pleno* aos tribunais arbitrais, sob pena de se desvirtuarem as razões pelas quais ao longo de milénios se recorreu à chamada justiça arbitral” – o direito ao processo equitativo é um bom exemplo disso mesmo (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*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 60). A (aparente) necessidade de respeitar *todos* os princípios e regras em que este direito se concretiza na jurisdição estadual traz, com alguma frequência, graves problemas aos tribunais arbitrais.

<sup>4</sup> Este foi um dos argumentos de Claudia Pechstein para impugnar uma decisão do TAS nos tribunais alemães. Sobre este caso, veja-se ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, “As posições jurídicas de desigualdade no Desporto e a jurisprudência da decisão do Tribunal Regional de Munique I (37.ª Câmara de Civil) de 26 de Fevereiro de 2014: um rude golpe para o futuro da arbitragem desportiva?”, in *Desporto & Direito*, n.º 32 (2014), pp. 172 e ss., e ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, “A violação da ordem pública, as posições de desigualdade estrutural no Desporto e a provável necessidade de reforma do Tribunal Arbitral do Desporto: reflexões sobre o caso Claudia Pechstein e a decisão do Oberlandesgericht de Munique de 15 de Janeiro de 2015”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 49 (2016).

inconsistência no conhecimento do sentido das decisões arbitrais, que impede a formação de uma jurisprudência coerente<sup>5</sup>.

Afigura-se, por isso, pertinente uma análise dos principais problemas que se têm levantado nesta matéria, em particular junto do TAS (onde o recentemente criado Tribunal Arbitral do Desporto se inspirou)<sup>6</sup>.

## II – O conflito entre a publicidade e a confidencialidade

I – A exigência de publicidade representa, como se sabe, uma garantia de transparência do exercício da função jurisdicional<sup>7</sup> que, resumidamente, permite combater o arbítrio do secretismo, bem como a desconfiança na administração da justiça, assim reforçando a legitimidade democrática das decisões dos tribunais<sup>8</sup>. Na verdade, se os tribunais administram a justiça em nome do povo (artigo 202.º, n.º 1, da CRP), é natural que o povo deva poder conhecer o modo como são praticados os actos processuais e as decisões dos tribunais<sup>9</sup> – no fundo, ao abrigo da conhecida máxima de que “a justiça não deve ser só feita, mas deve ser vista a ser feita”<sup>10</sup>.

Atendendo a tal importância, compreende-se que a publicidade do processo se encontre amplamente consagrada, constando dos principais instrumen-

<sup>5</sup> Neste sentido, Ulrich HAAS/DIRK RAINER MAARTENS, *Sportrecht*, Richard Boorberg, Estugarda, 2011, pp. 125 e ss.

<sup>6</sup> Sobre as dificuldades da instituição deste mecanismo arbitral necessário face ao direito fundamental da tutela jurisdicional efectiva, veja-se ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, “A arbitragem desportiva em Portugal: uma realidade sem futuro? – anotação ao Acórdão n.º 230/2013 do Tribunal Constitucional”, in *Desporto & Direito*, n.º 28 (2012), pp. 61 e ss.

<sup>7</sup> Vide JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 124 e 143, RITA LOBO XAVIER/INÊS FOLHADELA/GONÇALO ANDRADE E CASTRO, *Elementos de Direito Processual Civil...*, cit., p. 130, e ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA/ADA PELLEGRINI GRINOVER/CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, 25.ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2009, p. 75.

<sup>8</sup> Sobre as várias finalidades do princípio da publicidade do processo, veja-se, nomeadamente, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil...*, cit., p. 143, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, cit., p. 53, e J. P. REMÉDIO MARQUES, *Ação Declarativa à luz do Código Revisto*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra 2011, p. 220.

<sup>9</sup> Cfr. IRENEU CABRAL BARRETO, “Direito ao exame da causa publicamente”, in *BMJ*, Documentação e Direito Comparado, n.ºs 75/76, Lisboa, 1998, pp. 152 e 153, e *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 183, assim como FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *O Novo Processo Civil. Os Princípios Estruturantes*, cit., p. 192.

<sup>10</sup> VITAL MOREIRA/CARLA DE MARCELINO GOMES (coordenação), *Compreender os direitos humanos...*, cit., p. 230 – máxima que provém do famoso caso inglês *R v Sussex Justices, Ex parte McCarthy* (King’s Bench Division), de 09/11/1923, in *All England Law Reports*, 233, 1 K. B., 1924, p. 259.

tos europeus e internacionais, designadamente dos artigos: (i) 47.º, 2.º parágrafo, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, (ii) 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), (iii) 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, e (iv) 14.º, n.º 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Em Portugal, destacamos o artigo 206.º da CRP (além do artigo 20.º, n.º 4<sup>11</sup>) e, no âmbito do Código de Processo Civil (CPC), os artigos 163.º e 606.º. De salientar, a este respeito, que a publicidade do processo abrange quer a publicidade das audiências<sup>12</sup>, quer o direito de acesso ao processo<sup>13-14</sup>.

Em todo o caso, não obstante a importância do referido princípio, importa salientar que a publicidade não é um princípio absoluto, podendo em alguns casos acarretar inconvenientes<sup>15</sup> – o que justifica que o mesmo comporte exceções<sup>16</sup>.

Ora, esses inconvenientes são bem claros por referência à arbitragem, onde a publicidade do processo é susceptível de entrar em conflito, desde logo, com uma das principais vantagens que este meio de resolução alternativa de lití-

<sup>11</sup> A publicidade do processo é um dos princípios e regras em que o direito ao processo equitativo se concretiza.

<sup>12</sup> Artigos 206.º da CRP e 606.º, n.º 1, do CPC. Para Alberto dos Reis, a regra de as sessões e audiências dos tribunais serem públicas (e, conseqüentemente, de qualquer pessoa ter o direito de assistir e de fiscalizar o comportamento da lei) permite encarar a publicidade “como uma das garantias de correcção e legalidade dos actos judiciais” – JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, vol. IV, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012 (reimpressão), p. 575.

<sup>13</sup> Artigo 163.º do CPC.

<sup>14</sup> Sobre estes dois direitos compreendidos no princípio da publicidade, veja-se, entre outros, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, *cit.*, pp. 53 a 55, e JOSÉ LEBRE DE FREITAS/ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil anotado*, vol. I, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 323.

<sup>15</sup> *Cfr.* IRENEU CABRAL BARRETO, “Direito ao exame da causa publicamente”, *cit.*, p. 161. Neste sentido, salientando igualmente o facto de não estarmos perante um valor absoluto, veja-se ALEXIS MOURRE, “Le droit français de l’arbitrage international face à la Convention européenne des droits de l’homme”, in *Les Cahiers de l’Arbitrage*, numéro spécial, édition Juillet 2002, Gazette du Palais, Paris, 2002, p. 28, e JUAN CARLOS LANDROVE, “European Convention on Human Rights’ Impact on Consensual Arbitration. An État des Lieux of Strasbourg Case-Law and of a Problematic Swiss Law Feature”, in *Human Rights at the Center – Les droits de l’Homme au Centre*, Schulthess, Zurique, 2006, p. 85.

<sup>16</sup> Excepções estas previstas, por norma, nos próprios preceitos que consagram o princípio da publicidade, anteriormente referidos. Sobre as várias excepções, veja-se, por exemplo, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil...*, *cit.*, pp. 143 e 144, JOSÉ LEBRE DE FREITAS/ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil anotado*, vol. I, *cit.*, pp. 325 e 326, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, *cit.*, pp. 53 a 55, e IRENEU CABRAL BARRETO, “Direito ao exame da causa publicamente”, *cit.*, p. 161.

gios apresenta: a confidencialidade<sup>17-18</sup>. Importa, com efeito, não esquecer que existem certas situações em que, para as partes, a confidencialidade do processo se afigura essencial (sendo mesmo um factor decisivo na escolha do foro arbitral<sup>19</sup>); nomeadamente, situações em que as partes querem proteger as suas práticas e segredos profissionais, as suas estratégias comerciais, bem como casos

<sup>17</sup> Apontando a confidencialidade como uma das maiores vantagens da arbitragem, vide A. FERRER CORREIA, “Da arbitragem comercial internacional”, in *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 174 e 175, PAULA COSTA E SILVA, “A execução em Portugal de decisões arbitrais nacionais e estrangeiras”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 133 e 134, e “Os meios de impugnação de decisões proferidas em arbitragem voluntária no direito interno português”, in *ROA*, ano 56, vol. I, Lisboa, 1996, p. 180, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional – a Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 24 e 25, JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Anotação ao acórdão Esso Australia Resources Limited and others v. The Honourable Sidney James Plowman and others”, in *100 Anos de Arbitragem – os casos essenciais comentados*, Coleção PLMJ, n.º 9, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 157, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 141, DÁRIO MOURA VICENTE, “Arbitragem OHADA”, in *Direito Internacional Privado – Ensaios*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2005, p. 356, CARLA GONÇALVES BORGES, “Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem”, in *Themis – FDUNL*, ano VII, n.º 13 (2006), Almedina, Coimbra, 2007, pp. 115 e 116, JENS-PETER LACHMANN, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, 3.ª ed., Verlag Dr. Otto Schmidt, Colónia, 2008, pp. 41 a 45, PIETER SANDERS, “Trends in the field of international commercial arbitration”, in *Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye – Collected courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 145, BrillOnline, Leiden, 1975, p. 216, NANA JAPARIDZE, “Fair Enough? Reconciling the Pursuit of Fairness and Justice with Preserving the Nature of International Commercial Arbitration”, in *Hofstra Law Review*, vol. 36, n.º 4, Hofstra University, Nova Iorque, 2008, pp. 1420 a 1424, DIDIER MATRAY/GAUTIER MATRAY, “La rédaction de la convention d’arbitrage”, in *La convention d’arbitrage. Groupes de sociétés et groupes de contrats – Arbitrageovereenkomst. Venootschapsgroepen en groepen overeenkomsten*, Actes du colloque du CEPANI du 19 novembre 2007, n.º 9, Bruylant, Bruxelas, 2007, p. 23, e S. I. STRONG, “Intervention and Joinder as of Right in International Arbitration: An Infringement of Individual Contract Rights or a Proper Equitable Measure?”, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 31, Vanderbilt University, Nashville, 1998, p. 933.

<sup>18</sup> Ao nível dos meios de resolução alternativa de litígios, importa assinalar que não é apenas na arbitragem que a confidencialidade se afigura essencial – o mesmo sucede na mediação [MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, pp. 97 a 100, e MARIA OLINDA GARCIA, “Gestão Contratual do Risco Processual. A Mediação na Resolução de Conflitos em Direito Civil e Comercial”, in ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (coordenação), *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*, Instituto Jurídico, FDUC, Coimbra, 2015, pp. 170, 171, 173 e 174].

<sup>19</sup> Cfr. 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*, Associação Portuguesa de Arbitragem, n.º 7 (2014), Almedina, Coimbra, 2014, p. 18.

em que, pura e simplesmente, não querem que se saiba que se encontram envolvidas num litígio (para algumas empresas cotadas em bolsa, por exemplo, a revelação de que se encontram envolvidas num litígio poderá revelar-se prejudicial, sobretudo atendendo à sensibilidade dos mercados financeiros)<sup>20</sup>.

Neste sentido, o processo arbitral pode, muitas vezes, revelar-se mais vantajoso do que o processo estadual, na medida em que permite que as partes possam litigar com um maior grau de confidencialidade<sup>21</sup>. Atendendo à origem contratual e natureza privada da arbitragem, poder-se-á, aliás, considerar natural que os processos arbitrais sejam, por norma, confidenciais<sup>22</sup>. É esta a prática geralmente aceite e seguida<sup>23</sup>, havendo mesmo quem defenda que, da convenção de arbitragem, emerge, à partida, um *dever implícito de confidencialidade*<sup>24</sup>.

Compreende-se, por isso, que a confidencialidade seja a regra que se encontra consagrada na Lei da Arbitragem Voluntária (LAV)<sup>25</sup>, isto é, que os árbitros, as partes e, se for o caso, os centros de arbitragem institucionalizada, tenham “o *dever de guardar sigilo* sobre todas as informações que obtenham e

<sup>20</sup> Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem. Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 304 e 305, bem como SERGE LAZAREFF, “Confidentiality and Arbitration: Theoretical and Philosophical Reflections”, in *Confidentiality in Arbitration: Commentaries on Rules, Statutes, Case Law and Practice*, ICC International Court of Arbitration Bulletin – Special Supplement, Paris, 2009, p. 82, NIGEL BLACKABY/CONSTANTINE PARTASIDES/ALAN REDFERN/MARTIN HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 30, 134 e 135, MARC DAL, “L’instruction de la cause et les tiers”, in *L’arbitrage et les tiers – Arbitrage en derden*, Actes du colloque du CEPANI 40 du 28 novembre 2008, n.º 10, Bruylant, Bruxelas, 2008, p. 81, ILEANA M. SMEUREANU, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011, p. xvi, SAMUEL ESTREICHER/STEVEN C. BENNETT, “The Confidentiality of Arbitration Proceedings”, in *New York Law Journal*, vol. 240, n.º 31 (13/08/2008), e MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei de Arbitragem Comentada*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 122.

<sup>21</sup> Cfr. GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, vol. I, 2.ª ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014, pp. 89 e 90.

<sup>22</sup> A este respeito, veja-se, por exemplo, SERGE LAZAREFF, “Confidentiality and Arbitration...”, *cit.*, pp. 81 e ss., RICHARD SMELLIE, “Is arbitration confidential?”, in *International Quarterly*, n.º 5, 2013, p. 6, e LAURA A. KASTER, “Confidentiality in U.S. Arbitration”, in *NYSBA – New York Dispute Resolution Lawyer*, vol. 5, n.º 1, 2012, p. 23.

<sup>23</sup> Vide MÁRIO RAPOSO, “Os árbitros”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 915 e 916.

<sup>24</sup> Vide JEAN-FRANÇOIS POUDET/SÉBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, Londres, 2007, p. 317. Para ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, a natureza do dever de sigilo decorre, desde logo, “de deveres acessórios à própria convenção de arbitragem e de deveres, também acessórios, ao contrato-de-árbitro” (*Tratado da Arbitragem...*, *cit.*, p. 307).

<sup>25</sup> Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *cit.*, p. 203 (nota de rodapé n.º 247).

documentos de que tomem conhecimento através do processo arbitral” (artigo 30.º, n.º 5, da LAV) – ao contrário, portanto, do que sucede no processo civil, em que a regra é a publicidade.

Em todo o caso, importa deixar bem claro duas notas. A primeira é a de que, também na arbitragem, a mencionada regra admite *excepções* (artigo 30.º, n.º 5, 2.ª parte, e n.º 6, da LAV) – excepções, aliás, bastante amplas<sup>26</sup> e que levam alguns autores a defender (e bem) uma interpretação restritiva das mesmas<sup>27</sup>. A segunda é a de que a confidencialidade – embora presente na maior parte das vezes – não é uma condição *sine qua non* da arbitragem, no sentido de todos os processos arbitrais serem (ou terem de ser) sempre necessariamente confidenciais<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Referimo-nos, sobretudo, ao “direito de as partes tornarem públicos os actos processuais necessários à defesa dos seus direitos”, presente na 2.ª parte do n.º 5 do artigo 30.º da LAV.

<sup>27</sup> Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem...*, cit., pp. 307 e 308.

<sup>28</sup> É essa a lição que nos deixa a decisão proferida pelo High Court da Austrália, em 07/04/1995, no âmbito do famoso caso *Esso Australia Resources Ltd. and others vs. The Honourable Sidney James Plowman and others* – acórdão publicado na *Arbitration International*, vol. 11, n.º 3, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 1995, pp. 235 a 264, e comentado por JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Anotação ao acórdão *Esso Australia Resources Limited and others...*”, cit., pp. 153 a 164. Sobre este e outros casos, veja-se, nomeadamente, LEON E. TRAKMAN, “Confidentiality in International Commercial Arbitration”, in *Arbitration International*, vol. 18, n.º 1, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2002, pp. 1 e ss., NIGEL BLACKBAY/CONSTANTINE PARTASIDES/ALAN REDFERN/MARTIN HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, cit., pp. 127 e 128, JOSÉ CREFELA NETO, “Quão sigilosa é a arbitragem?”, in ARNOLDO WALD (organizador), *Arbitragem e Mediação*, vol. I (A Arbitragem. Introdução e Histórico), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, pp. 135 e ss., bem como JAN PAULSSON, “The Decision of the High Court of Australia in *Esso/BHP v. Plowman*”, e HANS SMIT, “Confidentiality in Arbitration”, ambos os artigos publicados na *Arbitration International*, vol. 11, n.º 3, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 1995, pp. 231 a 234 e 337 a 340, respectivamente.

Salientando, igualmente, o facto de a arbitragem não ser (sempre) sinónimo de confidencialidade, bem como o facto de esta última não ser universalmente reconhecida como parte integral da arbitragem, veja-se, entre outros, JAN PAULSSON/NIGEL RAWDING, “The Trouble with Confidentiality”, in *Arbitration International*, vol. 11, n.º 3, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 1995, p. 303, NIGEL BLACKBAY/CONSTANTINE PARTASIDES/ALAN REDFERN/MARTIN HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, cit., pp. 30, 124, 134 e 135, LAURA A. KASTER, “Confidentiality in U.S. Arbitration”, cit., p. 23, GEORGE BURN/ALISON PEARSALL, “Exceptions to Confidentiality in International Arbitration”, in *Confidentiality in Arbitration: Commentaries on Rules, Statutes, Case Law and Practice*, ICC International Court of Arbitration Bulletin – Special Supplement, Paris, 2009, pp. 23 e ss., DIDIER MATRAY/GAUTIER MATRAY, “La rédaction de la convention d’arbitrage”, cit., p. 76, e, na doutrina portuguesa, RUI PENA, “O(s) equívoco(s) da Confidencialidade na Arbitragem”, in *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 235 a 266, e JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “Publicidade e Impugnação de decisões arbitrais...”, cit., pp. 18 a 21.

II – A regra da confidencialidade na arbitragem (por oposição a uma regra de publicidade do processo)<sup>29</sup> pode, todavia, em certas situações, revelar-se problemática. De facto, e partindo de certas críticas (algo alarmistas) que têm vindo a ser feitas<sup>30</sup>, não violará a arbitragem o direito ao processo equitativo, por não respeitar um dos seus mais importantes corolários, a publicidade do processo?

A questão tem sido muito discutida por referência ao artigo 6.º da CEDH – disposição que consagra o direito ao processo equitativo e nos termos da qual se estabelece, de forma expressa, no n.º 1, que “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente”, devendo o julgamento “ser público” (com as restrições constantes da parte final do n.º 1) – e a resposta, em geral, tem sido muito clara: a ausência de publicidade na arbitragem não viola o direito ao processo equitativo.

A este respeito, importa, antes de mais, considerar que existem certos direitos, previstos no n.º 1 do artigo 6.º da CEDH, que são susceptíveis de serem renunciados, entre os quais se contam o princípio da publicidade<sup>31</sup>. Na verdade, nem a letra, nem o espírito do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, impedem a renúncia, expressa ou tácita, à referida publicidade, devendo tal renúncia, porém, ser

Questão diferente, mas igualmente relevante, é a de saber até onde vai a confidencialidade. Sobre este ponto, veja-se, por exemplo, PATRICK WAUTELET, “Confidentiality and third parties in international commercial arbitration: some preliminary reflections”, in *L'arbitrage et les tiers – Arbitrage en derden*, Actes du colloque du CEPANI 40 du 28 novembre 2008, n.º 10, Bruylant, Bruxelas, 2008, pp. 105 a 148, e ILEANA M. SMEUREANU, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, *cit.*, pp. 27 e ss.

<sup>29</sup> Sobre os diferentes argumentos que têm sido invocados para sustentar a confidencialidade ou a publicidade como regra do processo arbitral, veja-se JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Anotação ao acórdão Esso Australia Resources Limited and others...”, *cit.*, pp. 157 a 159.

<sup>30</sup> Cfr. ANTÓNIO HENRIQUES GASPÁR, “Tribunais arbitrais e tribunais estaduais”, in *VIII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial – Intervenções*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 117 a 119.

<sup>31</sup> Vide GEORGIOS PETROCHILOS, *Procedural Law in International Arbitration*, *cit.*, p. 122, ALEXIS MOURRE, “Le droit français de l'arbitrage international...”, *cit.*, p. 28, e MATTI S. KURKELA/SANTTU TURUNEN, *Due Process in International Commercial Arbitration*, 2.ª ed., University of Helsinki Conflict Management Institute (COMI), Oxford University Press, Nova Iorque, 2010, p. 2. Sobre os mencionados direitos passíveis de serem renunciados (*renúncias parciais*), com a escolha do foro arbitral, veja-se ALEXIS MOURRE, “Le droit français de l'arbitrage international...”, *cit.*, pp. 24 a 28 e 34, e “Réflexions sur quelques aspects du droit à un procès équitable en matière d'arbitrage après les arrêts des 6 novembre 1998 et 20 février 2001 de la Cour de cassation française”, in *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit et Justice, n.º 31, Nemesi/Bruylant, Bruxelas, 2001, pp. 31 e 32.

inequívoca e, acima de tudo, não ofender nenhum *interesse público relevante*<sup>32</sup> (esta última ressalva é muito importante, sendo claramente de assinalar).

Neste sentido, tem sido defendido que as partes, ao recorrerem à arbitragem, estarão, em princípio, e desde que assim tenham consentido, a *renunciar* à publicidade do julgamento<sup>33</sup>. Renúncia esta que muitas vezes se justificará por razões de privacidade e de confidencialidade (face à inconveniência, em certos casos, das audiências públicas) e que, por norma, não ofenderá “nenhum princípio fundamental, nem nenhum interesse público relevante”<sup>34</sup>.

Na verdade, conforme, de modo muito claro, considerou a anterior Comissão Europeia dos Direitos do Homem (no célebre *caso Nordström-Janzone and Nordström-Lehtinen v. the Netherlands*<sup>35</sup>), em certos aspectos – particularmente no que respeita à *publicidade* – torna-se evidente que, muitas vezes, os processos arbitrais não têm de estar em conformidade com o artigo 6.º da CEDH (na sua totalidade) e que a convenção de arbitragem envolve uma renúncia à aplicação *integral, sem restrições*, deste artigo<sup>36-37</sup>.

<sup>32</sup> Cfr. PIERRE LAMBERT, “L’arbitrage et l’article 6, 1.º de la Convention européenne des droits de l’homme”, in *L’arbitrage et la Convention européenne des droits de l’homme*, Droit et Justice, n.º 31, Nemesis/Bruylant, Bruxelas, 2001, pp. 16 e 17, IRENEU CABRAL BARRETO, “Direito ao exame da causa publicamente”, *cit.*, pp. 160 e 161, MANUEL CAVALEIRO BRANDÃO/PEDRO FERREIRA DE SOUSA, “Anotação à decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 27 de novembro de 1996 (Nordström v The Netherlands)”, in *100 Anos de Arbitragem – os casos essenciais comentados*, Coleção PLMJ, n.º 9, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 199, e, na jurisprudência do TEDH, o acórdão proferido no *caso Håkansson and Sturesson v. Sweden*, de 21/02/1990 (queixa n.º 11855/85), in <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>.

<sup>33</sup> Vide GEORGIOS PETROCHILLOS, *Procedural Law in International Arbitration*, *cit.*, p. 150, e JUAN CARLOS LANDROVE, “European Convention on Human Rights’...”, *cit.*, p. 85.

<sup>34</sup> PIERRE LAMBERT, “L’arbitrage et l’article 6...”, *cit.*, p. 16.

<sup>35</sup> Decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem proferida no âmbito do *caso Nordström-Janzone and Nordström-Lehtinen v. the Netherlands*, de 27/11/1996 (queixa n.º 28101/95), in <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>. Para uma anotação a esta decisão, veja-se MANUEL CAVALEIRO BRANDÃO/PEDRO FERREIRA DE SOUSA, “Anotação à decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem...”, *cit.*, pp. 187 a 204.

<sup>36</sup> “The Commission observes that the grounds on which arbitral awards may be challenged before national courts differ among the Contracting States and considers that it cannot be required under the Convention that national courts must ensure that arbitral proceedings have been in conformity with Article 6 (Art. 6) of the Convention. In some respects – in particular as regards publicity – it is clear that arbitral proceedings are often not even intended to be in conformity with Article 6 (Art. 6), and the arbitration agreement entails a renunciation of the full application of that Article. The Commission therefore considers that an arbitral award does not necessarily have to be quashed because the parties have not enjoyed all the guarantees of Article 6 (Art. 6), but each Contracting State may in principle decide itself on which grounds an arbitral award should be quashed”.

<sup>37</sup> Para Alexis Mourre, esta renúncia à publicidade é, aliás, “lógica, se considerarmos que a confi-

Daí que, especificamente por referência ao ordenamento jurídico português (e em relação a alguns dos preceitos que, entre nós, consagram a publicidade), Paula Costa e Silva entenda que a confidencialidade do processo arbitral – e, consequentemente, a ausência de publicidade deste – não viola qualquer comando constitucional<sup>38</sup>. Deste modo, se o artigo 20.º, n.º 4, da CRP (preceito que consagra o direito ao processo equitativo), “se deve entender aplicável ao processo arbitral, uma vez que deve entender-se aplicável a todo o modo de resolução heterónoma de litígios, a *publicidade não integra o seu núcleo*”<sup>39</sup>.

Dir-se-á, a este propósito, que se as pessoas têm direito a que a sua causa seja julgada *publicamente*, têm igualmente direito a que assim não o seja, usufruindo das (maiores) vantagens de *confidencialidade* sempre que recorram à arbitragem. A vontade das partes de que o seu litígio não chegue à praça pública deve ser atendida<sup>40</sup>, não podendo ser simplesmente ignorada, como sucederia se se exigisse a publicidade, como regra, na arbitragem<sup>41</sup>. Por outro lado, importa acrescentar que o controlo (ainda que mínimo) da correcção e legalidade da sentença arbitral, bem como a transparência do exercício da função jurisdicional (que o princípio da publicidade do processo visa assegurar), poderão ser, de certa forma, alcançados com a intervenção do tribunal estadual no contexto da

dencialidade é a essência mesma da arbitragem” (ALEXIS MOURRE, “Le droit français de l’arbitrage international...”, *cit.*, p. 28).

<sup>38</sup> *Vide* PAULA COSTA E SILVA, “A execução em Portugal de decisões arbitrais...”, *cit.*, pp. 133 a 135.

<sup>39</sup> PAULA COSTA E SILVA, *op. cit.*, pp. 134 e 135. Conforme bem observam alguns autores a propósito da publicidade das audiências dos tribunais, não devemos cair na tentação de adoptar aqui uma lógica silogística e formalista, no sentido de que, se os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais (artigo 209.º, n.º 2, da CRP), e se as audiências dos tribunais são públicas (artigo 206.º, 1.ª parte, da CRP), então também os tribunais arbitrais estarão cobertos pelo princípio da publicidade das audiências – *cf.* MANUEL CAVALEIRO BRANDÃO/PEDRO FERREIRA DE SOUSA, “Anotação à decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem...”, *cit.*, p. 200. Na verdade, importa recordar que “o que está em causa num processo que nasce de uma convenção celebrada entre parceiros privados, prolongada num contrato, igualmente privado, com uma instituição arbitral e (ou) com os árbitros, não é assimilável, nem confundível com os relevantes interesses de ordem pública derivados do modo como a função jurisdicional é exercida pelo Poder Judicial – o único que, em democracia, carece de legitimidade electiva e relativamente ao qual a comunidade e o povo não têm outros meios de controlo efectivo” (MANUEL CAVALEIRO BRANDÃO/PEDRO FERREIRA DE SOUSA, *op. cit.*, p. 201). Neste sentido, salientando, igualmente, a não aplicação do princípio da publicidade das audiências dos tribunais estatuído no artigo 206.º da CRP, veja-se ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Os Tribunais Arbitrais são tribunais...”, *cit.*, pp. 61 e 62, e JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 88.

<sup>40</sup> *Cfr.* ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Os Tribunais Arbitrais são tribunais...”, *cit.*, pp. 61 e 62.

<sup>41</sup> A referida aplicação, como regra, poderia, além do mais, comprometer, seriamente, a vantagem da confidencialidade e, consequentemente, a eficácia da arbitragem. Em muitos casos, poder-se-á mesmo dizer que tal exigência anularia este meio de resolução de conflitos.

função de apoio e assistência que, por vezes, é chamado a prestar aos tribunais arbitrais, bem como no âmbito da acção de anulação, do (eventual) recurso e do reconhecimento e execução da sentença arbitral que vierem a ser requeridos<sup>42</sup>.

III – Deste modo, e em suma, um processo arbitral, para ser equitativo, não precisará, em princípio, de ser público. Dizemos “em princípio”, pois a verdade é que existem casos em que a confidencialidade da arbitragem se afigura mais controvertida. Neste sentido, existem dois grupos de casos que se revelam particularmente problemáticos.

O primeiro é o da *arbitragem administrativa* e das *arbitragens de investimento*<sup>43</sup>. Por envolverem Estados ou certas entidades públicas, nestes casos a ausência de publicidade é susceptível de levantar questões mais delicadas, na medida em que poderá estar em causa a defesa do interesse público ou de interesses colectivos relevantes, que justifiquem que deva ser respeitado o princípio da publicidade<sup>44</sup>.

O segundo grupo de casos, que iremos tratar de seguida, é o da *arbitragem desportiva* – também aqui, como veremos, o conflito entre a confidencialidade da arbitragem e a publicidade do processo é particularmente acentuado.

<sup>42</sup> Neste sentido, veja-se ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Os Tribunais Arbitrais são tribunais...”, *cit.*, p. 62. Esta intervenção do tribunal estadual constitui, para alguns autores, uma forma de “publicidade indirecta” [JUAN CARLOS LANDROVE, “European Convention on Human Rights...”, *cit.*, p. 85 (nota de rodapé n.º 51)].

<sup>43</sup> Sobre esta questão, veja-se, especialmente, ARMINDO RIBEIRO MENDES, *in* DÁRIO MOURA VICENTE (coordenador), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, APA, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 86, e “Os Tribunais Arbitrais são tribunais...”, *cit.*, p. 62, JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “Publicidade e Impugnação de decisões arbitrais...”, *cit.*, pp. 18 a 22, JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Anotação ao acórdão Esso Australia Resources Limited and others...”, *cit.*, pp. 161 a 163, e MANUEL CAVALEIRO BRANDÃO/PEDRO FERREIRA DE SOUSA, “Anotação à decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem...”, *cit.*, pp. 201 a 203.

<sup>44</sup> Por essa razão é que, na sequência da revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), se veio prever já, expressamente, uma norma que consagra a publicidade das decisões arbitrais (artigo 185.º-B) e que visa assegurar “uma maior transparência no exercício da arbitragem” (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*, Associação Portuguesa de Arbitragem, n.º 7 (2014), Almedina, Coimbra, 2014, p. 13). Sendo que, em Portugal, é essa a regra que se verifica já nas arbitragens administradas pelo CAAD, cujas decisões arbitrais são publicitadas, estando acessíveis online no seu respectivo site [cf. ARMINDO RIBEIRO MENDES, *in* DÁRIO MOURA VICENTE (coordenador), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, *cit.*, p. 86]. A este respeito, acrescente-se que a publicidade tem sido também a regra no domínio das arbitragens de investimento (*vide* JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “Publicidade e Impugnação de decisões arbitrais...”, *cit.*, p. 20, e ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Os Tribunais Arbitrais são tribunais...”, *cit.*, p. 62).

### III – Sobre a publicidade na arbitragem: entre o interesse público e o interesse privado

Existe, já afirmámos, uma efectiva tensão entre a publicidade e a confidencialidade. Em todo o caso, antes de entrarmos na análise do regime jurídico aplicável à arbitragem desportiva desenvolvida junto do TAS, importa fazermos uma breve explicação sobre os fundamentos desta problemática na arbitragem.

É complexo perceber o quadro de interpenetração entre o Direito Público e o Direito Privado<sup>45</sup> que emerge da existência de regime jurídicos envolvendo as arbitragens internacionais<sup>46</sup>, cuja configuração entre a origem privada ou pública torna difícil determinar qual a melhor solução (inclusive de *jure condendo*) para a importante função que exercem<sup>47</sup>.

A verdade é que arbitragens internacionais como, por exemplo, as arbitragens desportivas transnacionais não assumem um mero interesse puramente privado, estando recorrentemente em causa os direitos fundamentais dos des-

<sup>45</sup> Esta circunstância emerge, com efeito, da existência de uma pluralidade de fontes globais que, por exemplo, entre o Direito da União Europeia e de outras organizações internacionais, o quadro jurídico estabelecido pela CEDH e a crescente emergência de regimes normativos transnacionais, transformou decisivamente a territorialidade e a construção clássica do Estado-Nação. *Cfr.*, sobre a questão, entre tantos outros, H. PATRICK GLENN, *The Cosmopolitan State*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 165 e ss., ALEXANDER SOMEK, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 244 e ss., MIGUEL PRATA ROQUE, *A dimensão transnacional do Direito Administrativo*, AAFDL, Lisboa, 2014, pp. 858 e ss., e RUI MEDEIROS, *A Constituição num contexto Global*, Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 20 e ss.

<sup>46</sup> Sobre este pluralismo jurídico, *vide, entre outros*, ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Algumas notas sobre o positivismo jurídico e o exercício da função jurisdicional por tribunais arbitrais”, (policop.), 2013. Sobre o pluralismo jurídico no Direito do Desporto transnacional, *cfr.*, com indicações, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, “A norma desportiva: plural, mas pouco?”, in *Desporto & Direito*, n.º 26 (2012), pp. 254 e ss.

<sup>47</sup> Sobre o problema na arbitragem de investimentos, veja-se, desenvolvadamente, o excelente trabalho empreendido por STEPHAN W. SCHILL, “International Investment Law and Comparative Public Law – an Introduction”, in STEPHAN W. SCHILL (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 3 e ss., discutindo a hipótese de emergência de um Direito Administrativo Global. *Cfr.*, igualmente, do mesmo autor, “Internationales Investitionsschutzrecht und Vergleichendes Öffentliches Recht: Grundlagen und Methode eines öffentlich-rechtlichen Leitbildes für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit”, in *ZaöRV*, n.º 71 (2011), pp. 247 e ss. Em geral, sobre este problema relacionado com a confidencialidade, CINDY G. BUYS, “The Tensions between confidentiality and transparency in international arbitration”, in *American Review of International Arbitration*, vol. 14 (2003), pp. 134 e ss. Entre nós, ressaltando a hibridez do regime jurídico regulador das arbitragens de investimento, *cfr.* TIAGO DUARTE, “As Fronteiras do Direito Público e a Arbitragem Internacional de Protecção de Investimentos”, in *Scientia Iuridica*, n.º 326 (2011), pp. 293 e ss.

portistas<sup>48</sup>. Em particular, e na medida em que estes tribunais arbitrais apliquem, por vezes, o Direito Administrativo, está aí em causa, inclusivamente, um controlo da legalidade de actos administrativos. Neste sentido, é, portanto, de registar que, embora concebidas como arbitragens internacionais reguladas pelo Direito Privado e nos termos do Direito suíço, não será, com toda a certeza, despiendo recordar que a interacção entre o Direito Público regulador da situação jurídico-desportiva no plano nacional<sup>49</sup> permite, por vezes, identificar uma aplicação do Direito Administrativo português pelo TAS, tal como foi, por exemplo, demonstrado pelo caso Carlos Queiroz<sup>50</sup>.

Neste contexto, é importante discutir a legitimidade democrática destes tribunais arbitrais, bem como a necessidade de introduzir elementos de transparência acrescidos<sup>51</sup> aos que seriam evidentemente suficientes quando estivesse em causa uma pura manifestação de autonomia de (dois ou mais) privados<sup>52</sup>. No entanto, não nos parece ser possível efectuar essa discussão – que não caberá no presente trabalho – sem serem analisados, em primeiro lugar, quais os interesses públicos que se podem esconder por detrás da necessidade de transpor elementos de transparência e garantísticos que, em regra, não existem na arbitragem transnacional clássica.

Cumpre, em primeiro lugar, salientar que a confidencialidade na arbitragem – ao contrário do que se poderia pensar – tem uma função importante no cumprimento de inúmeros interesses privados que prevalecem, a menos que

<sup>48</sup> *Cfr.*, desenvolvidamente, SEBASTIAN SCHULZ, *Grundrechtskollisionen im Berufssport*, Nomos, Baden-Baden, 2011, pp. 70 e ss., e JAN RÄKER, *Grundrechtlicher Beziehungen Juristischer Personen im Berufssport*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, pp. 81 e ss.

<sup>49</sup> Sobre a configuração juspublicística da regulação desportiva em Portugal, veja-se, por todos, PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 835 e ss.

<sup>50</sup> Em traços gerais, estava aqui em causa uma sanção administrativa aplicada pela Autoridade de Antidopagem de Portugal (ADoP) ao antigo seleccionador nacional. Uma vez que a lei previa a expressa possibilidade de recorrer ao TAS para impugnar a respectiva decisão, o ex-seleccionador obteve tutela jurídica junto do TAS que anulou um acto administrativo praticado por uma entidade pública (a ADoP). Sobre este caso, *cfr.* ALESSANDRO BASILICO, “Global Review of national decision: The Case of Carlos Queiroz v. Autoridade Antidopagem de Portugal”, in *Global Administrative Law: The Casebook*, SABINO CASSESE ET ALII (Ed.), 3.ª Edição, IRPA-IILJ, s.l., 2012, pp. 39 e ss.

<sup>51</sup> No sentido de que a publicidade reforça a legitimidade dos tribunais arbitrais, CATHERINE ROGERS, “Transparency of International Arbitration”, in *Kansas University Law Review*, n.º 54, (2006), p. 11.

<sup>52</sup> Veja-se, desenvolvidamente, ARMIN VON BOGDANDY/INGO VEZKE, *In wessen Namen?*, 2.ª Edição, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2014, pp. 150 e ss. Em sentido contrário, entre nós, entendendo, por exemplo, que a arbitragem no Direito Público não exige especificidades em relação à arbitragem clássica no Direito Privado, *cfr.* ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 87 e 88, afirmando inclusivamente que “não existe uma arbitragem administrativa, distinta da arbitragem do Direito comum”.

exista um interesse público de relevo que imponha uma apreciação crítica geral da comunidade em que esses privados litigam. Entre estes interesses privados encontram-se, desde logo, a importância da protecção de segredos de propriedade intelectual e industrial, a necessidade de evitar danos ao direito de imagem ou mesmo a protecção da intimidade da vida privada<sup>53</sup>.

Em contrapartida, e sem pretensão de exaustão, entre os interesses públicos encontram-se<sup>54</sup>: (i) *a necessidade de segurança jurídica e o conhecimento da comunidade da aplicação do Direito por tribunais*; (ii) *a necessidade de controlo estadual da actividade da Administração Pública*; (iii) *um incremento da aceitação e reconhecimento pelo Estado do exercício da função jurisdicional por privados*; e (iv) *a imperatividade do cumprimento da legalidade*.

Na primeira hipótese, a questão mais relevante está relacionada com a necessidade de permitir que, em geral, a comunidade tenha, por um lado, a oportunidade de tomar conhecimento sobre como é aplicado o Direito pelos tribunais arbitrais e, por outro lado, a possibilidade de existir uma aplicação uniforme do Direito<sup>55</sup>. A existência de uma plena confidencialidade do processo e das sentenças arbitrais é, na verdade, contrária a este importante interesse público. Em todo o caso, exceptuando a situação em que as partes se encontram numa disparidade de posições jurídicas, como ocorre naturalmente enquanto regra no Direito Administrativo e, por vezes, no Direito Privado, é pouco provável que o interesse público possa prevalecer relativamente ao interesse privado das partes.

Na segunda hipótese, o interesse público impõe a existência de um controlo estadual da actividade da Administração Pública. É perfeitamente legítimo perceber se a arbitragem é um mecanismo de resolução de litígios que permite um controlo adequado da Administração Pública. A questão que se coloca resume-se, desde logo, a saber se a confidencialidade é compatível “com a publicidade e transparência que deve caracterizar a generalidade da actividade administrativa, e que deve permitir o escrutínio e o conhecimento público das decisões tomadas para resolução de conflitos entre o interesse público e o interesse privado de alguns administrados”<sup>56</sup>. Para evitar este conflito, o legislador, na aprovação do novo CPTA, optou por consagrar a regra da publicidade

<sup>53</sup> Desenvolvidamente, sobre diversos interesses privados, *cf.* HEINER KAHLERT, *Vertraulichkeit im Schiedsverfahren*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2015, pp. 51 e ss. *Vide*, igualmente, JUDITH SAWANG, *Geheimhaltung und rechtliches Gehör im Schiedsverfahren nach deutschem Recht*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2010, pp. 16 e ss.

<sup>54</sup> Veja-se a síntese de HEINER KAHLERT, *Vertraulichkeit im Schiedsverfahren*, *cit.*, pp. 68 e ss.

<sup>55</sup> Sobre esta questão, *cf.*, por todos, FRANK EBBING, *Private Zivilgerichte*, C.H. Beck, Munique, 2003, pp. 387 e ss.

<sup>56</sup> JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “Publicidade e Impugnação de decisões arbitrais...”, *cit.*, p. 21.

das decisões nos tribunais arbitrais constituídos por acordo da Administração Pública com os particulares (artigo 185.º-B).

Na terceira hipótese, está em causa a compatibilidade da confidencialidade com a importante função de credibilização e do reconhecimento da arbitragem pelo Estado<sup>57</sup>. Neste sentido, poder-se-ia argumentar que a publicidade do processo arbitral reside na necessidade de credibilizar a arbitragem, de modo a permitir uma aceitação generalizada deste meio de resolução de conflitos. Tratar-se-ia, portanto, de uma forma de evitar uma – por vezes, injustificada – generalizada desconfiança<sup>58</sup> contra a existência da confidencialidade no processo arbitral<sup>59</sup>.

Em todo o caso, é preciso termos algumas cautelas (já o afirmámos) relativamente à simplista e redutora equiparação da arbitragem, enquanto modo de resolução de litígios de origem contratual, aos tribunais estaduais; desde logo, porque se é certo que os tribunais arbitrais têm consagração constitucional expressa, a verdade é que o fundamento contratual permite afastá-los – e com reflexos importantes – dos tribunais estaduais<sup>60</sup>. Não se, deve, portanto, cair na (fácil) tentação de concluir – fruto da já referida equiparação constitucional – que não existem especificidades (e diferenças): a arbitragem é, na sua origem, um processo das partes e não deve afastar-se globalmente desta matriz<sup>61</sup>. É, pois,

<sup>57</sup> Sobre este problema, *cf.* CINDY G. BUYS, “The Tensions between confidentiality and transparency in international arbitration”, *cit.*, pp. 136 e ss., e JOSHUA KARTON, “A Conflict of Interests: Seeking a Way Forward on Publication of International Arbitral Awards”, in *Arbitration International*, n.º 28 (2012), pp. 472 e ss. Veja-se, igualmente, no sentido de que a publicidade reforça a legitimidade dos tribunais arbitrais, CATHERINE ROGERS, “Transparency of International Arbitration”, *cit.*, p. 11.

<sup>58</sup> *Cfr.*, por exemplo, denotando que a arbitragem internacional se desenvolve recorrentemente sobre “o véu da confidencialidade e do secretismo”, WALTER MATTLI e THOMAS DIETZ, “Mapping and Assessing the Rise of International Commercial Arbitration in the Globalization Era: An Introduction”, in *International Arbitration and Global Governance*, WALTER MATTLI e THOMAS DIETZ, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 20.

<sup>59</sup> Neste sentido, conforme reconhece HEINER KAHLERT, “o interesse público em garantir uma aceitação generalizada da arbitragem encontra-se, de certo modo, em conflito com uma abrangente confidencialidade do processo” (*Vertraulichkeit im Schiedsverfahren*, *cit.*, p. 75).

<sup>60</sup> *Cfr.* CINDY G. BUYS, “The Tensions between confidentiality and transparency in international arbitration”, *cit.*, p. 138. Não partilhámos, portanto, o argumento invocado por FAUSTO QUADROS – embora por referência à publicidade da arbitragem de direito administrativo – quando afirma que sendo “obrigatória a publicação” das decisões dos tribunais estaduais, “[n]ão faz sentido que o sejam sentenças dos tribunais do Estado e, ao contrário, não sejam as sentenças arbitrais” [“Linhas gerais da reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de arbitragem”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol VII (2014), Almedina, Coimbra, p. 13].

<sup>61</sup> Sobre a questão, denotando precisamente que a confidencialidade permite um afastamento da arbitragem em relação aos tribunais estaduais, *cf.* KYRIAKI NOUSSIA, *Confidentiality in International*

preciso muito cuidado para não comprometer este modelo clássico, sob pena de, ao invés de serem tribunais arbitrais, tornarem-se tribunais estaduais<sup>62</sup>. Neste sentido, qualquer interpretação e invocação de interesses públicos deve pautar-se por um cuidado acrescido relativamente a qualquer afastamento no plano da confidencialidade (pelo menos a pretendida pelas partes). Na verdade, a publicidade será na arbitragem quase sempre excepcional e a confidencialidade a regra.

Na quarta e última hipótese, coloca-se em crise a confidencialidade quando exista um interesse público que implique a necessidade de cumprir a legalidade. Neste contexto, em virtude do fundamento contratual da arbitragem, parece óbvio que a necessidade de controlo pelo Estado se resume a um controlo minimalista, e desde que sejam asseguradas todas as condições para que exista uma renúncia livre e esclarecida à tutela pelos tribunais estaduais, que se reflecte na compatibilidade do resultado da decisão com os princípios basilares de um Estado de Direito. É por este *Leitmotiv* que se deve guiar o interesse público e, por outro lado, a necessidade de a confidencialidade ceder perante a importância de um controlo estadual. Em sentido contrário, a questão já poderá ser mais difícil – e embora não seja desenvolvida no presente trabalho – no que respeita à necessidade de controlo estadual da legalidade da Administração Pública<sup>63</sup>.

Em suma e pelo exposto, é perfeitamente plausível perceber que não existem respostas absolutas, nem simplistas que permitam retirar uma resposta óbvia em abstracto, sendo necessária uma apreciação casuística e global da situação jurídica do ponto de vista do Direito material, para perceber a necessidade e a justificação de imprimir uma maior transparência às arbitragens respeitantes a uma determinada categoria de litígios. Em todo o caso, numa situação em que estão recorrentemente em causa direitos fundamentais, como sucede no Desporto, o interesse público muito dificilmente toleraria uma solução diferente da regra da publicidade das sentenças arbitrais.

*Commercial Arbitration*, Springer, Heidelberg, 2010, pp. 20 e ss.

<sup>62</sup> A questão pode ser diferente quando estiverem em causa os tribunais arbitrais necessários, uma vez que aí não existe convenção de arbitragem. Com efeito, estamos aí perante uma arbitragem em sentido “aparente” (cfr. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, “A arbitragem desportiva em Portugal: uma realidade sem futuro? ...”, *cit.*, pp. 68 e ss).

<sup>63</sup> Entre nós, por exemplo, defendendo um controlo de mérito quando estiverem em causa direitos fundamentais, veja-se MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2012, p. 22.

#### IV – O conflito na arbitragem desportiva transnacional do TAS

A problemática envolvendo a publicidade das arbitragens desenvolvidas junto do centro arbitral conhecido como TAS assume, entre nós, um particular interesse, na medida em que o recentemente criado Tribunal Arbitral do Desporto (TAD)<sup>64</sup> colheu inspiração directa naquele modelo (embora entretanto modificado), estabelecendo o respectivo regime legal a inexistência da publicidade das sentenças arbitrais como regra (só podendo ser afastado por uma das partes). Esta solução tem sofrido críticas, em particular, relativamente à solução legal no que respeita à arbitragem necessária e, neste sentido, torna-se pertinente verificar de que modo esta opção legal é, na actualidade, adequada e compatível com os recentes desenvolvimentos em matéria de arbitragem desportiva<sup>65</sup>. Em todo o caso, a solução legal que regula o TAD não pode ser lida de forma deslocada com o regime que directamente o inspirou e é precisamente este que merece agora a nossa particular atenção.

Em primeiro lugar, é importante mencionar que o TAS tem sido um dos mais relevantes tribunais arbitrais que se ocupam da resolução de conflitos desportivos transnacionais<sup>66</sup>. Em termos históricos, a decisão de criar uma estrutura que gerisse mecanismos arbitrais de resolução de conflitos transnacional surge na sequência de uma decisão do Comité Olímpico Internacional (COI) na sessão de Nova Deli, em 1983, de criar o TAS. Posteriormente, em 1984, o TAS foi instalado em Lausanne, detendo uma competência abrangente relativamente aos conflitos desportivos que as partes lhe pudessem submeter. Neste

<sup>64</sup> Para uma visão geral das regras que regem o TAD, *vide* ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/DANIELA MIRANTE, *O Regime Jurídico do Tribunal Arbitral do Desporto*, por Petrony, Lisboa, 2016. Sobre as dificuldades constitucionais que envolveram o TAD, *cf.* ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, “A arbitragem desportiva em Portugal: uma realidade sem futuro?”, *cit.*, pp. 61 e ss.; veja-se, igualmente, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, “O novo regime jurídico da resolução de conflitos desportivos no direito administrativo: sobre a arbitragem necessária e a mediação no tribunal arbitral do desporto”, in *Arbitragem e Direito Público*, CARLA AMADO GOMES/DOMIGOS SOARES FARINHO/RICARDO PEDRO (org.), AAFDL, Lisboa, 2015, pp. 395 e ss.

<sup>65</sup> *Cfr.* o artigo 50.º, n.º 3, da Lei n.º 74/2013, alterada pela Lei n.º 33/2014. Sobre esta disposição, com críticas, mas também com particulares dúvidas sobre a sua constitucionalidade, *cf.* Artur Flamínio da Silva e António Pedro Pinto Monteiro, “Confidentiality in Portuguese Sports Arbitration: what lessons can we learn from CAS”, in *Young Arbitration Review*, Ano V, n.º 21, (Abril 2016), pp. 58-61.

<sup>66</sup> Sobre a importância do TAS na resolução de conflitos transnacional, *vide*, entre tantos outros, KEBA MBAYE, “Une Nouvelle Institution D’arbitrage: Le Tribunal Arbitral du Sport (TAS)”, in *XXX Annuaire français de droit international* (1984), pp. 409 e ss., JOSÉ MANUEL MEIRIM, *A federação desportiva como sujeito público do sistema desportivo*, Coimbra Editora Coimbra, 2002, p. 667, e FRANCK LATTY, *La lex sportiva*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2007, pp. 258 e ss.

contexto, é importante ter presente que a maioria das federações optam por este sistema de resolução de conflitos transnacional<sup>67</sup>. A expressa sujeição à *lex arbitrii* suiça tem como consequência a existência de uma ampla liberdade para poderem determinar a configuração do processo arbitral e, em particular, em relação à confidencialidade no processo arbitral<sup>68</sup>.

Por outro lado, desde a sua instalação que as regras processuais reguladoras da sua actividade denotam uma evidente preocupação em preservar a confidencialidade das arbitragens desenvolvidas junto desta instituição arbitral. Na versão originária dos estatutos do TAS<sup>69</sup> esta realidade manifestava-se, por um lado, na exigência da celebração de uma declaração de confidencialidade relativamente à deliberação e aos votos pelos árbitros (artigo 10.º) e, por outro lado, no cariz confidencial do processo (quer na dimensão escrita ou oral), exceptuando (i) a possibilidade de as partes poderem decidir pela publicidade da audiência oral (artigo 50.º) e (ii) a leitura da decisão arbitral que seria sempre pública, a menos que as partes optassem pela confidencialidade (artigo 59.º). Em qualquer caso, o processo deliberativo dos árbitros seria sempre confidencial (artigo 58.º).

Na sequência das dúvidas de independência e imparcialidade manifestadas em relação à ligação estrutural do TAS ao COI pelo Tribunal Federal Suíço no Acórdão Gundel<sup>70</sup>, em 1994, registou-se, com o denominado Acordo de Paris, a primeira reforma da estrutura do TAS e que culminou com a aprovação do *Código de Arbitragem relacionada com o Desporto* a 22 de Novembro 1994 (Código AD)<sup>71</sup>.

Uma das novidades foi a introdução de duas câmaras arbitrais (a *câmara arbitral ordinária* e a *câmara arbitral de apelo*), com processos diferenciados (o *processo*

<sup>67</sup> Sobre esta questão, e relativamente à relevância do direito suíço enquanto *lex arbitrii* do TAS, *cf.*, entre nós, José Manuel MEIRIM, “Suíça: uma real especificidade desportiva”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias*, Volume IV, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 639 e ss.

<sup>68</sup> Sobre esta questão, veja-se, por todos, PHILIPP RITZ, *Die Geheimhaltung im Schiedsverfahren nach schweizerischem Recht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2007, pp. 55 e ss. Segundo HEINER KAHLEIT, a *lex arbitrii* é sempre responsável pela determinação da possibilidade de o processo arbitral poder ser confidencial. Com efeito, cabe à *lex arbitrii* estabelecer expressa ou implicitamente as condições em que pode ocorrer a confidencialidade do processo arbitral. Em todo o caso, mesmo que a confidencialidade não seja imposta pela *lex arbitrii*, e esta resulte de uma convenção das partes, a validade desse acordo tem que obrigatoriamente ser apurado nos termos da *lex arbitrii* – *Vertraulichkeit im Schiedsverfahren*, *cit.*, p. 400.

<sup>69</sup> O texto encontra-se publicado em *Revue Olympique*, n.º 193 (1983), pp. 763 e ss.

<sup>70</sup> Sobre esta questão, *cf.* ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/DANIELA MIRANTE, “O Estatuto dos Árbitros no Tribunal Arbitral do Desporto”, in *Desporto & Direito*, n.º 29 (2013), pp. 153 e ss.

<sup>71</sup> Veja-se, entre outros, relativamente à reforma, JAN PAULSSON, “Arbitration of International Sports Disputes”, in *Arbitration International*, vol. 9, n.º 4 (1993), pp. 365 e 366.

arbitral ordinário e o processo arbitral de apelo) que se reflectiram em alterações não substanciais no regime da confidencialidade. Em primeiro lugar, estabelecia-se um dever de confidencialidade dos árbitros (artigos S19 e R43). Em segundo lugar, a confidencialidade do processo continuava a ser a regra (artigo R43) para ambos os processos<sup>72</sup>. Em suma, a confidencialidade do processo e da sentença enquanto regra só podia ser afastada pelas partes. Continuava, no entanto, a encontrar-se estabelecido um dever de confidencialidade dos árbitros.

As alterações subsequentes ao Código AD, em 2004, 2010, 2011 e em 2012, em nada alteraram esta realidade. Na arbitragem desportiva, a regra da confidencialidade entrou, no entanto, em erosão a partir da reforma de 2013 e na sequência do caso Claudia Pechstein. É certo que o artigo R43 do Código AD, no que respeita ao processo comum, estabelece a confidencialidade (i) do processo arbitral, (ii) do processo deliberativo dos árbitros e, em particular, (iii) da sentença arbitral, uma vez que a publicidade depende sempre do acordo das partes ou de uma decisão do presidente da câmara comum. Em sentido oposto, no âmbito do processo de apelo, encontram-se, por outro lado, prevista uma importante excepção no domínio da inexistência da publicidade da sentença arbitral.

A justificação para esta opção reside na ideia de que as partes se encontram, no domínio disciplinar, numa *posição de desigualdade estrutural* (os atletas, clubes e outros agentes desportivos são a parte mais fraca)<sup>73</sup>. Passou, assim, a estabelecer-se relativamente ao processo de recurso que a regra é a *publicidade da sentença arbitral*, a menos que as partes acordem o contrário e obtenham o acordo do TAS ou que, em alternativa, o presidente da câmara de recurso decida pela publicidade do processo, nos termos do artigo R59.º do Código AD. A solução tem implicações práticas, uma vez que permite, na maioria das situações, que a parte vencedora possa, querendo, demonstrar a vitória (por vezes também desportiva) na contenda processual.

Em sentido contrário, a exigência prevista no artigo R44.2 do Código AD, estabelecendo a necessidade do acordo das partes para a publicidade do processo, é quase impossível de cumprir, como um estudo prático demonstra<sup>74</sup>. A verdade é que, até à actualidade, somente num dos mais de três mil proces-

<sup>72</sup> Em sentido idêntico, o artigo R44.2 estabelecia que as audiências perante o TAS não eram públicas, a menos que as partes assim acordassem.

<sup>73</sup> Cfr. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, "A violação da ordem pública, as posições de desigualdade estrutural no Desporto...", *cit.*, e, igualmente, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, "As posições jurídicas de desigualdade no Desporto...", *cit.*, pp. 172 e ss.

<sup>74</sup> Neste sentido, DESPINA MAVROMATI/MATTHIEU REEB, *The Code of the Court of Arbitration for Sport – Commentary, Cases and Materials*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2015, p. 316, demonstrando que, até à data, só existiu uma audiência aberta ao público.

sos perante o TAS é que as partes chegaram a acordo quanto à publicidade do processo<sup>75</sup>. A inexistência de uma publicidade do processo é, além disso, duvidosa relativamente aos procedimentos disciplinares, uma vez que existe aí um interesse público que subjaz ao facto de estarem envolvidos afectações a direitos fundamentais – pelo que não existe uma mera relação de paridade contratual – implicando que se considere o estabelecimento da publicidade do processo. Neste caso, a publicidade parece ser indispensável para garantir a transparência do processo arbitral, bem como para permitir uma avaliação pela opinião pública do processo e das sentenças arbitrais que não pode ser asseverada com a confidencialidade em todos os momentos de um processo arbitral<sup>76</sup>.

A previsão da publicidade do processo e das sentenças arbitrais não implica, no entanto, que esta se torne uma solução absoluta. Na verdade, é importante, neste contexto, referir que a confidencialidade também pode, por vezes, aproveitar aos atletas, em particular, quando estiverem em causa dados pessoais que, por sua vez, poderão – ainda que exista publicidade da decisão arbitral – ser eliminados<sup>77</sup>.

A confidencialidade não deixa, por outro lado, de colocar outros problemas interessantes. Em primeiro lugar, deve questionar-se se, porventura, a confidencialidade relativamente ao processo arbitral implica que os árbitros possam (ou não) ser responsabilizados pela violação do dever de confidencialidade que emerge do seu estatuto e se, por sua vez, também é possível – pelo mesmo motivo – anular a sentença arbitral com base na violação da ordem pública<sup>78</sup>. Na primeira situação, a quebra do vínculo confidencialidade em relação às partes e a terceiros, estabelecido pelo artigo S19 do Código AD, pode implicar a responsabilidade dos árbitros, mas também o afastamento do árbitro da

<sup>75</sup> Como denotam DESPINA MAVROMATI/MATTHIEU REEB, *The Code of the Court of Arbitration for Sport*, cit., p. 314.

<sup>76</sup> Neste sentido alertou precisamente o TFS, ao entender no caso Pechstein que: “(...) in view of the outstanding significance of the CAS in the field of sport, it would be desirable for a public hearing to be held on request by the athlete concerned with a view to the trust in the independence and fairness of the decision making process” – Acórdão de 10 de Fevereiro de 2010, processo n.º 4A\_612/2009.

<sup>77</sup> No sentido de que a publicação das decisões implica a eliminação de dados que as partes pretendam, *gr.* DESPINA MAVROMATI/MATTHIEU REEB, *The Code of the Court of Arbitration for Sport*, cit., p. 318.

<sup>78</sup> DESPINA MAVROMATI/MATTHIEU REEB, *The Code of the Court of Arbitration for Sport*, cit., p. 319. Contra, CHRISTOPH MÜLLER, “La confidentialité en arbitrage commercial international: un trompe-l’œil?”, in *ASA Bulletin*, vol. 23, n.º 2 (2005), p. 233. Sobre o problema da ordem pública na arbitragem, em geral, veja-se ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Da ordem pública no processo arbitral”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 589 e ss.

lista do TAS (artigo R68). Na segunda situação, os árbitros que, por exemplo, informem uma das partes da posição do colégio arbitral relativamente ao caso objecto de avaliação jurídica violará a igualdade das partes. Por outro lado, quando um dos árbitros transmita informações a uma das partes sobre o sentido provável da deliberação arbitral (em qualquer momento anterior ao da sua comunicação às partes), implicará uma violação do dever de independência em relação às partes. Em qualquer das situações referidas poderá ser ponderada a anulação da decisão arbitral junto do Tribunal Federal Suíço (TFS)<sup>79</sup>.

Em segundo lugar, embora exista a regra (prevista no artigo R43 do Código AD) de que o processo arbitral e, em geral, de que as audiências não são públicas (a menos que as partes acordem em sentido contrário ou o presidente da câmara arbitral respectiva assim decida), importa ter presente que confidencialidade da deliberação e do processo arbitral – face ao princípio da relatividade dos contratos – não é aplicável às testemunhas e a peritos que só estarão vinculados ao dever de sigilo se celebrarem um contrato nesse sentido, aplicando-se, portanto, somente às partes, aos árbitros e aos funcionários do TAS<sup>80</sup>.

Em terceiro lugar, a confidencialidade da decisão arbitral do TAS também não é absoluta, ainda que estejam preenchidos os pressupostos para a sua confidencialidade. Em particular, é importante referir que (i) havendo recurso de anulação perante o TFS ou (ii) perante a necessidade de executar a decisão arbitral junto de um tribunal nacional, as decisões arbitrais deixam, para o respectivo efeito, de ser obviamente confidenciais<sup>81</sup>.

## V – Conclusão

A confidencialidade na arbitragem gera problemas e contradições que estão longe de poder oferecer respostas conclusivas. O exemplo da arbitragem desportiva é, pela especial controvérsia que envolve no direito disciplinar, um paradigma para exercitar soluções.

A solução do centro arbitral conhecido como TAS é, no que respeita à confidencialidade, um pouco mais transparente do que é habitual na arbitragem internacional, adoptando uma visão salomónica, uma vez que permite às

<sup>79</sup> DESPINA MAVROMATI/MATTHIEU REEB, *The Code of the Court of Arbitration for Sport*, cit., p. 316. Admitindo, em geral, a possibilidade, ERIC LOQUIN, “Les obligations de confidentialité dans l’arbitrage”, in *Revue de L’arbitrage*, vol. 2006, n.º 2 (2006), p. 330.

<sup>80</sup> DESPINA MAVROMATI/MATTHIEU REEB, *The Code of the Court of Arbitration for Sport*, cit., p. 315.

<sup>81</sup> DESPINA MAVROMATI/MATTHIEU REEB, *The Code of the Court of Arbitration for Sport*, cit., p. 317 e, em geral, ERIC LOQUIN, “Les obligations de confidentialité dans l’arbitrage”, cit., p. 340.

partes, por um lado e em determinadas situações, salvaguardar a confidencialidade do processo ou das decisões arbitrais, embora, na maioria dos conflitos desportivos, exija que as partes, por acordo, decidam expressamente pela inexistência da confidencialidade da decisão arbitral. A opção do Código AD não é, no entanto, ainda satisfatória, exigindo-se uma reponderação, em determinadas situações. Em todo o caso, é perfeitamente possível retirar importantes lições para o modelo arbitral do TAD, mostrando-se a solução aí prevista insatisfatória face ao grau de transparência que emerge da arbitragem desportiva transnacional.