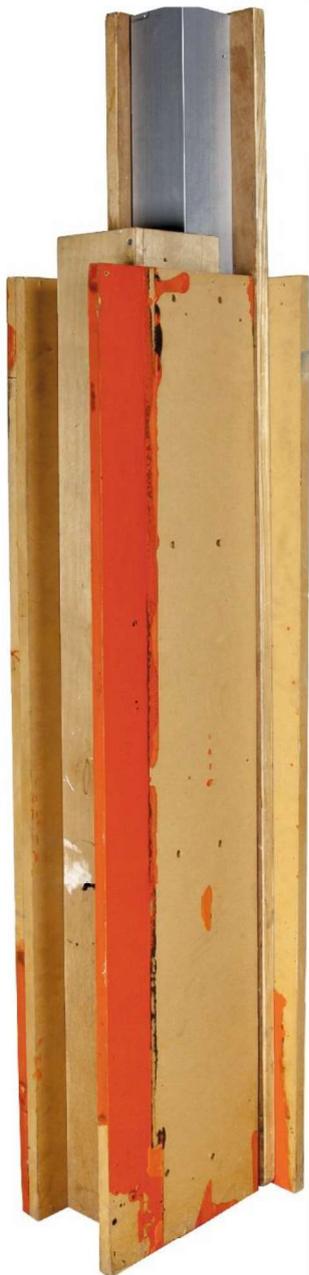


Revista **PLMJ Arbitragem** PLMJ Arbitration Review

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA - 2017
COMMENTARY ON CASE LAW - 2017

N.º2 | NOVEMBRO 2018
No.2 | NOVEMBER 2018

COORDENAÇÃO | COORDINATION
ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO | IÑAKI CARRERA



www.plmj.com



PEDRO CABRITA REIS
The Zurich Totem. 2005
Alumínio, ténica de automodel e madeira
Coleção Fundação PLMJ

PLMJ 
ADVOGADOS, SP, RL

50
ANOS YEARS
Consigno. By your side.

O DUE PROCESS NA ARBITRAGEM DESPORTIVA DO TAS/CAS – SENTIDO, ALCANCE E (FREQUENTES) CONFUSÕES NA MATÉRIA

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL FEDERAL SUÍÇO DE 25 DE JULHO DE 2017¹⁻²

ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO

Doutor em Direito (FDUNL)

Professor Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Advogado, Associado Sénior PLMJ Arbitragem

Resumo:

I – O presente caso coloca-nos perante um litígio entre Aleksey Lovchev (conhecido halterofilista russo e atleta olímpico) e a Federação Internacional de Halterofilismo [*International Weightlifting Federation*, (IWF)].

Em causa, está uma pesada sanção disciplinar aplicada pela IWF ao atleta, na sequência de um controlo antidoping onde foi detectada a presença de substâncias ilegais. A sanção não foi aceite por Lovchev, tendo o mesmo recorrido: (i) primeiro para o Tribunal Arbitral do Desporto suíço, com sede em Lausanne [referimo-nos ao *Tribunal Arbitral du Sport (TAS)* ou *Court of Arbitration for Sport (CAS)*]³; e (ii) depois para o Tribunal Federal Suíço.

Em ambos os casos, porém, o atleta não foi bem sucedido.

II – Aleksey Lovchev participou – com sucesso – no Campeonato Mundial de Halterofilismo de 2015, em Houston: conquistou uma medalha de ouro e estabeleceu dois recordes mundiais pela equipa russa.

Em Novembro de 2015, porém, um controlo antidoping da IWF revelou a presença de substâncias ilegais na urina do atleta⁴, em concreto uma pequena concentração de *Ipamorelin* (hormona de crescimento). O resultado positivo veio depois a ser confirmado por um laboratório independente, credenciado junto da Agência Mundial Antidopagem [*World Anti-Doping Agency (WADA)*]⁵.

Após uma audiência que teve lugar na sede do IWF em Budapeste, esta instituição deu como provada a presença da substância proibida (*Ipamorelin*) no corpo do atleta. Consequentemente, por decisão de 13 de Maio de 2016, o IWF aplicou uma pesada sanção disciplinar a Aleksey Lovchev. Entre outras medidas, o atleta foi desclassificado, tendo perdido as medalhas e prémios obtidos no Campeonato Mundial de Halterofilismo de 2015, bem como em competições posteriores que entretanto tivesse participado. Ao mesmo tempo, Lovchev foi banido do desporto por um período de quatro anos.

Aleksey Lovchev não se conformou com tal decisão, tendo recorrido, no dia 1 de Junho de 2016, para o TAS/CAS, isto é, para o chamado “tribunal desportivo internacional”⁶ ou “Supremo Tribunal do mundo desportivo”⁷. Por sentença arbitral de 1 de Dezembro de 2016, porém, este tribunal arbitral não deu razão ao atleta e manteve a decisão do IWF.

¹ O acórdão do Tribunal Federal Suíço de 25 de Julho de 2017 encontra-se disponível em:

<http://www.swissarbitrationdecisions.com/> e <https://www.bger.ch/index.htm>.

² O presente texto encontra-se redigido ao abrigo do antigo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

³ Como se sabe, foi no TAS/CAS que o Tribunal Arbitral do Desporto português (TAD) mais se inspirou – *cf.* ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal: Entre o Direito Público e o Direito Privado*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 460, e ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA / ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. confidencialidade na arbitragem desportiva transnacional”, *in Revista de Direito Civil*, ano I (2016), n.º 3, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 703 e 717. Para uma visão específica sobre o regime do TAD, *vide*, entre outros, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA / DANIELA MIRANTE, *O Regime Jurídico do Tribunal Arbitral do Desporto Anotado e Comentado*, Petrony, Lisboa, 2016, e ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA / DANIELA MIRANTE, “The Portuguese Court of Arbitration for

Sport: A Hybrid”, *in Schieds VZ*, 16. Jahrgang, Heft 1, Januar/Februar 2018, Verlag C. H. Beck, Munique, 2018, pp. 14 a 19.

⁴ Verificou-se o que se chama de “*Adverse Analytical Finding*”.

⁵ Sobre o (importante) papel desempenhado por esta entidade, vejam-se, por exemplo, SÉRGIO CASTANHEIRA, *O Fenómeno do Doping no Desporto - O Atleta Responsável e o Irresponsável*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 91 a 105, e ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal...*, *cit.*, pp. 211 a 213. Em Portugal, a dopagem é regulada pela *Autoridade Antidopagem de Portugal (ADoP)*.

⁶ ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal...*, *cit.*, p. 383; sobre a importância do TAS/CAS como instância de resolução de conflitos desportivos, vejam-se particularmente as pp. 383 a 429.

⁷ GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, vol. I, 2.ª ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014, p. 196.

Face a tal decisão desfavorável, o atleta interpôs novo recurso para o tribunal competente (desta vez para o Tribunal Federal Suíço), pedindo a anulação da sentença arbitral⁸. A argumentação utilizada centrou-se, essencialmente, numa alegada violação do *direito ao processo equitativo* (*due process*). Neste sentido, entre os vários argumentos avançados, Aleksey Lovchev afirmou que o tribunal arbitral teria violado o seu direito a ser ouvido (“*rechtliches Gehör*”⁹ ou “*right to be heard*”¹⁰), bem como o princípio da igualdade das partes e a ordem pública processual. De novo, todavia, o atleta não teve sucesso, pois o recurso veio a ser indeferido por acórdão de 25 de Julho de 2017 (o presente acórdão sob anotação).

ANOTAÇÃO

1. Introdução

O acórdão do Tribunal Federal Suíço de 25 de Julho de 2017 versa sobre várias questões controvertidas – questões estas que têm como pano de fundo um conhecido escândalo de *doping* que envolveu vários atletas russos, entre os quais Aleksey Lovchev no âmbito do litígio subjacente ao acórdão que aqui anotamos¹¹.

De entre os vários problemas discutidos, um deles merece particular destaque: a alegada violação do *direito ao processo equitativo*. Por se tratar de uma temática que tem sido invocada, com frequência, em processos arbitrais, e onde se têm verificado muitos equívocos em torno da mesma, será por referência a ela que centraremos o nosso comentário.

Para o efeito, iremos começar com um breve enquadramento do direito ao processo equitativo (necessário para que se compreenda melhor o problema em causa), ao qual se seguirá uma análise dos argumentos invocados pelo atleta russo e do fenómeno conhecido por “*due process paranoia*”. No final, terminaremos a anotação com uma breve conclusão.

2. O *due process* ou direito ao processo equitativo – enquadramento geral

I – Tema forte do acórdão sob anotação, o direito ao processo equitativo é, com alguma frequência, alvo de vários equívocos na arbitragem. Importa, desta forma, iniciar o comentário ao presente acórdão com um enquadramento geral do tema.¹²

Com raízes históricas longínquas que remontam ao artigo 39.º da Magna Carta inglesa (1215)¹³, o *direito ao processo equitativo* (*due process of law* ou *devido processo legal*) é hoje, inequivocamente, um direito muito importante, essencial em qualquer processo e perante qualquer tribunal (estadual ou arbitral).

Para além da sua expressa consagração constitucional no artigo 20.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa (CRP), tal direito encontra-se igualmente previsto em inúmeras constituições de diferentes países, bem como em vários instrumentos europeus e internacionais. Referimo-nos, designadamente, aos artigos:

- (i) 6.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais [Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), de 04/11/1950];
- (ii) 47.º, 2.º parágrafo, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), de 07/12/2000;

⁸ Note-se que, existindo recurso (como sucedeu no caso concreto), os fundamentos de anulação devem aqui ser invocados (MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 298).

⁹ Na versão original do acórdão em alemão disponível em <https://www.bger.ch/index.htm>.

¹⁰ Na versão do acórdão traduzida para inglês disponível em <http://www.swissarbitrationdecisions.com/>.

¹¹ O tema é politicamente sensível, tendo a Rússia lançado várias acusações no sentido de ter sido alvo de uma alegada campanha contra os seus atletas, algo que afectou a sua participação nos Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro de 2016. Vide por exemplo: [https://www.theguardian.com/sport/2016/jul/17/banned-](https://www.theguardian.com/sport/2016/jul/17/banned-russian-athletes-smear-campaign-documentary-rio-olympics-2016)

[russian-athletes-smear-campaign-documentary-rio-olympics-2016](https://edition.cnn.com/2016/07/27/sport/russia-doping-senior-for-olympic-games-rio-2016/index.html) e <https://edition.cnn.com/2016/07/27/sport/russia-doping-senior-for-olympic-games-rio-2016/index.html>.

¹² O presente capítulo seguirá de muito perto o que já anteriormente escrevemos – com maior profundidade – em ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem: os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 84 a 86, 98 e ss., 215 a 226.

¹³ Sobre as origens do direito ao processo equitativo, vejam-se, por exemplo, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 492 e 493, e RYAN C. WILLIAMS, “The One and Only Substantive Due Process Clause”, in *The Yale Law Journal*, vol. 120, n.º 3, New Haven, 2010, pp. 428 a 434.

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

(iv) 14.º, n.º 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP), de 16/12/1966¹⁴.

Esta ampla consagração compreende-se: trata-se, afinal, de um dos *direitos humanos mais elementares*¹⁵. Assim, muito embora tenha sido introduzido na Lei Fundamental apenas em 1997, com a 4.ª Revisão Constitucional¹⁶, a verdade é que estamos perante um direito que resulta, em última instância, do próprio princípio do Estado de Direito¹⁷ e que é hoje reconhecido como uma *exigência elementar na administração da justiça*¹⁸.

Neste sentido, apesar de ser um direito que tradicionalmente é invocado, com mais frequência, no *Direito Processual Penal*, o direito ao processo equitativo vale também no âmbito do processo civil (e, como veremos melhor *infra*, na arbitragem), devendo entender-se que o mesmo é afirmado, no artigo 20.º, n.º 4, da CRP, como uma *“garantia processual universal”*¹⁹. No actual Código de Processo Civil (CPC), a necessidade de o juiz assegurar um processo equitativo encontra-se, aliás, expressamente prevista na parte final do artigo 547.º, legitimando e, ao mesmo tempo, limitando o princípio da adequação formal²⁰.

No fundo, poder-se-á afirmar que o direito ao processo equitativo compreende “um núcleo normativo essencial que é transversal a todo o direito processual” (aqui se incluindo a arbitragem) e cujos efeitos se estendem “a todas as instâncias de administração da justiça” (onde naturalmente se incluem os tribunais arbitrais)²¹.

II – Referida a importância e a ampla consagração, algumas questões se impõem. Desde logo, em que se traduz, afinal, o direito ao processo equitativo? Por outro lado, quando poderemos afirmar que o mesmo foi ou não cumprido? Será que, no presente caso concreto, se verificou uma violação do direito ao processo equitativo (ou de algum dos princípios e regras fundamentais em que este direito se concretiza), conforme sustentado pelo atleta Aleksey Lovchev?

É sabido que o direito à jurisdição não implica apenas o direito de acesso aos tribunais²²; é igualmente necessário que o processo a que se acede apresente *garantias de justiça*²³, de modo que se consiga alcançar a “justa composição do litígio”²⁴. Por outras palavras, é preciso que o processo seja *equitativo*, isto é, *justo*²⁵. A tutela jurisdicional efectiva assim o exige²⁶.

Dir-se-á, a este propósito, que “de nada serve ao particular aceder à justiça se a sua posição em juízo não se encontrar igualmente protegida”²⁷; por exemplo, se ele não puder apresentar o seu caso, não se puder defender, não lhe for dada a oportunidade de produzir prova, se for tratado de forma desigual em relação à outra parte, etc. Deste modo, a CRP e os sistemas de direitos fundamentais em geral não se preocupam apenas com a obtenção de tutela jurisdicional, mas também “com a configuração concreta que conduz à sua obtenção: essa configuração concreta do processo deve ser *equitativa ou justa*”²⁸.

Ora, tendo em vista esta finalidade, torna-se indispensável observar, ao longo de todo o processo, um determinado conjunto de princípios e regras fundamentais em que o direito ao processo equitativo se concretiza²⁹, tais como: a *independência* e a

¹⁴ De entre estes preceitos, um destaque especial merece o artigo 6.º da CEDH, que muito influenciou o n.º 4 do artigo 20.º da CRP. Salientando a influência deste preceito, veja-se MARCELO REBELO DE SOUSA / JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Constituição da República Portuguesa comentada*, Lex, Lisboa, 2000, p. 103, e o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 345/99, de 15/06/1999 (Relator Sousa e Brito, processo n.º 996/98), in <http://www.tribunalconstitucional.pt/>. De destacar, ainda, que o artigo 6.º da CEDH foi, por sua vez, inspirado nos artigos 10.º e 11.º, n.º 1, da DUDH (sobretudo os n.ºs 1 e 2 do mencionado artigo 6.º) – a este respeito, vide, por exemplo, 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. 77 (nota de rodapé n.º 11), e ALEKSANDAR JAKSIC, *Arbitration and Human Rights*, Studien zum vergleichenden und internationalen Recht - Comparative and International Law Studies, vol. 59, Peter Lang, Frankfurt, 2002, p. 221 (nota de rodapé n.º 4).

¹⁵ Cfr. JEAN-HUBERT MOITRY, “Right to a fair trial and the European Convention on Human Rights: some remarks on the République de Guinée case”, in *Journal of International Arbitration*, vol. 6, n.º 2, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 1989, p. 115.

¹⁶ Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro.

¹⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 82/2007, de 06/02/2007 (Relator Paulo Mota Pinto, processo n.º 461/06), in <http://www.tribunalconstitucional.pt/>; veja-se, ainda, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Vocabulário do Processo Civil*, 2.ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2014, p. 128.

¹⁸ Cfr. IRENEU CABRAL BARRETO, “Direito ao exame da causa publicamente”, in *BMJ, Documentação e Direito Comparado*, n.ºs 75/76, Lisboa, 1998, p. 151, e FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *O Novo Processo Civil. Os Princípios Estruturantes*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 188.

¹⁹ PAULA COSTA E SILVA, *A Litigância de Má Fé*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 676; a este propósito, vejam-se, ainda, FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *O Novo Processo Civil. Os Princípios Estruturantes*, cit., p. 188, 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. 1.

²⁰ Cfr. RUI PINTO, *Notas ao Código de Processo Civil*, vol. II, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2015, pp. 6 e 7, ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES / PAULO PIMENTA / LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, Almedina, 2018, pp. 597 a 599, e PAULO RAMOS DE FARIA / ANA LUÍSA LOUREIRO, *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil*, vol. I, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 455.

²¹ PAULA COSTA E SILVA / NUNO TRIGO DOS REIS, “A natureza do procedimento judicial de nomeação de árbitro”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 955 e 956.

²² Vide JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 4.ª ed., Gestlegal, 2017, p. 125.

²³ Cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2.ª ed., Lex, Lisboa, 1997, p. 39.

²⁴ Tal como se encontra expressamente prevista nos artigos 6.º, n.º 1, 7.º, n.º 1, 37.º, n.º 2, 411.º e 418.º, n.º 1, do CPC – cfr. JOÃO DE CASTRO MENDES / MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Direito Processual Civil* (em preparação), § 4.º, I, 4, 4.2, a).

²⁵ A este propósito, vejam-se MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Processo Civil*, 2.ª ed., Lex, Lisboa, 2000, p. 27, ANTÓNIO JÚLIO CUNHA, *Direito Processual Civil Declarativo à luz do Novo Código de Processo Civil*, 2.ª ed., Quid Juris, Lisboa, 2015, p. 49, e FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *O Novo Processo Civil. Os Princípios Estruturantes*, cit., p. 189.

²⁶ Cfr. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, vol. I (Identidade Constitucional), Almedina, Coimbra, 2010, p. 95.

²⁷ JOÃO DE CASTRO MENDES / MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Direito Processual Civil*, cit., § 4.º, I, 4, 4.2, a).

²⁸ RUI PINTO, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar. A Obrigação Genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 78.

²⁹ Vide JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil...*, cit., pp. 125 e ss. A exigência de um processo equitativo tem, assim, como significado básico, a

imparcialidade do tribunal, a observância do princípio do juiz natural, a publicidade do processo, 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)³⁰.

Este determinado conjunto de princípios e regras fundamentais, que conformam o direito ao processo equitativo, não deve ser subestimado na arbitragem³¹. Com efeito, e nunca é demais repetir, o direito ao processo equitativo é uma exigência elementar na administração da justiça e, consequentemente, de qualquer meio de resolução de litígios que se pretenda afirmar como tal. Deste modo, não obstante a origem contratual da arbitragem e a sua forte matriz centrada na autonomia privada³², a verdade é que, em qualquer processo arbitral, há determinados princípios fundamentais que deverão ser sempre respeitados – princípios que, no essencial, correspondem àquele mínimo que nos permite afirmar estarmos perante um processo equitativo³³.

III – A Lei da Arbitragem Voluntária (LAV) – não aplicável ao presente caso e aqui invocada apenas a título de exemplo – não se mostrou indiferente à importância que o direito ao processo equitativo reveste (também) na arbitragem.

Compreende-se, por isso, que no artigo 30.º, n.º 1, preveja expressamente a necessidade de o processo arbitral dever “sempre respeitar” certos princípios fundamentais³⁴. Referimo-nos: à obrigatoriedade de citação; ao princípio da igualdade das partes; ao facto de dever 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 ao princípio do contraditório (alíneas a), b) e c) do n.º 1). Mas não só. Conforme salientam alguns autores, além dos princípios que estão previstos nesta norma, existem, ainda, reflectidos na própria LAV, outros princípios fundamentais que deverão ser observados. É esse o caso, por exemplo, do princípio do dispositivo e do dever de fundamentação da sentença arbitral, bem como dos requisitos de independência e imparcialidade que os árbitros devem possuir³⁵.

“conformação do processo de forma materialmente adequada a uma tutela judicial efectiva” (J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 415). Sobre os vários princípios e regras fundamentais que o direito ao processo equitativo abrange, vejam-se, por exemplo, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, cit., pp. 39 a 58, JOÃO DE CASTRO MENDES / MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Direito Processual Civil*, cit., § 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...*, cit., p. 50, FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *O Novo Processo Civil. Os Princípios Estruturantes*, cit., pp. 187 a 193, RUI PINTO, *Notas ao Código de Processo Civil*, vol. II, cit., p. 7, bem como J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, cit., pp. 415 e 416, e VITAL MOREIRA / CARLA DE MARCELINO GOMES (coordenação), *Compreender os direitos humanos - manual de educação para os direitos humanos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 227 a 233. Para maiores reflexões sobre o conteúdo do justo processo, vejam-se, entre outros, RUI PINTO, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar...*, cit., pp. 79 a 83, e, na doutrina alemã, CHRISTOPH G. PAULUS, *Zivilprozessrecht - Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung und Europäisches Zivilprozessrecht*, 5.ª ed., Springer, Berlin, 2013, pp. 135 a 137.

³⁰ Vide GIUSEPPE CHIOVENDA, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, vol. I, 2.ª ed. (6.ª reimpressão), Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1957, pp. 86 e 87. Defendendo ser o princípio do contraditório uma decorrência do princípio da igualdade das partes, vejam-se, nomeadamente, JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, vol. I, AAFDL, Lisboa, 2012 (reimpressão), p. 132, JOÃO DE CASTRO MENDES / MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Direito Processual Civil*, cit., § 9.º, VI, 3, 3.2, e § 4.º, I, 4, 4.2, a), MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, cit., p. 46, e *Introdução ao Processo Civil*, cit., p. 53, MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, com a colaboração de ANTUNES VARELA, ed. revista e actualizada por HERCULANO ESTEVES, Coimbra Editora, Coimbra, 1976, p. 378, PAULA COSTA E SILVA, “Preterição do contraditório e irregularidade de constituição de tribunal arbitral”, in *Revista de Processo (RePro)*, ano 37, vol. 212, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, p. 308, LUCINDA DIAS DA SILVA, *Processo Cautelar Comum. Princípio do contraditório e dispensa de audiência prévia do requerido*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 42, 43 e 45, CARLOS LOPES DO REGO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, p. 35, CÂNDIDA DA SILVA ANTUNES PIRES, “Noções Gerais De Direito Processual Civil” e “Do Processo Arbitral Em Geral: Formalismo Elástico Ou Informalismo Ordenado? Princípios Fundamentais”, ambos os artigos publicados in *Direito de Macau - reflexões e estudos*, Fundação Rui Cunha / CRED-DM, Macau, 2014, pp. 236 e 495, respectivamente, e J. PEREIRA BATISTA, *Reforma do Processo Civil - Princípios Fundamentais*, Lex, Lisboa, 1997, p. 52.

³¹ Neste sentido, vide MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., pp. 258 a 261, e PAULA COSTA E SILVA, “Preterição do contraditório...”, cit., pp. 329 e 332.

³² Sobre a origem contratual da arbitragem voluntária (e a sua cobertura constitucional e legal, que não deverá ser esquecida), veja-se, entre muitos outros, ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, cit., pp. 168 a 215.

³³ Vide BRUNO OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, Presses Universitaires de France, Paris, 1998, p. 29, JULIAN D. M. LEW / LOUKAS A. MISTELIS / STEFAN M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Haia, 2003, p. 95, JEAN-HUBERT MOITRY, “Right to a fair trial and the European Convention on Human Rights...”, cit., p. 115, MATTI S. KURKELA / SANTTU TURUNEN, *Due Process in International Commercial Arbitration*, cit., pp. 1 e 2, JAN PAULSSON, *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 13, 14 e 90 a 93, PETER SCHLOSSER, in STEIN / JONAS (coordenadores), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, vol. 10, 23.ª ed., Mohr Siebeck, Tübinga, 2014, pp. 239 a 241, PHILIPPE FOUCHARD / EMMANUEL GAILLARD / BERTHOLD GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Haia, 1999, pp. 464 e 465, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “Arbitragem e terceiros”, in ARNOLDO WALD (organizador), *Arbitragem e Mediação*, vol. II (Elementos da Arbitragem e Medidas de Urgência), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, pp. 529 e 530, e, entre nós, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., pp. 233 e 258 a 261, e JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Convenção de arbitragem - algumas notas”, in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 536 e 537. Sublinhando a importância e a necessidade de respeito pelo direito ao processo equitativo na arbitragem, vejam-se, ainda, PAULA COSTA E SILVA, “Preterição do contraditório...”, cit., pp. 329 e 332, MIGUEL GALVÃO TELES, “A independência e imparcialidade dos árbitros como imposição constitucional”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, Almedina, Coimbra, 2011, p. 271, e o *Anteprojecto de LAV da APA (2010)*, notas justificativas ao artigo 30.º, in RIAC, APA, n.º 3 (2010), Almedina, Coimbra, 2010, p. 192.

³⁴ O mesmo se verifica, de resto, no artigo 34.º da Lei do Tribunal Arbitral do Desporto (Lei n.º 74/2013, de 6 de Setembro, subsequentemente alterada); sobre esta norma concreta, vide ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA / DANIELA MIRANTE, *O Regime Jurídico do Tribunal Arbitral do Desporto Anotado e Comentado*, cit., p. 84.

³⁵ Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 258, e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (coordenação), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Coleção Vieira de Almeida & Associados, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 377 a 379. Tais princípios encontram-se reflectidos, respectivamente, nos artigos 46.º, n.º 3, alínea a), subalínea v), 42.º, n.º 3, e 9.º, n.º 3, da LAV.

Por outro lado, fora da LAV, encontramos igualmente outros princípios fundamentais com relevância para a arbitragem e que deverão ser respeitados, em particular aqueles que emergem da CRP (onde, como vimos já, o direito ao processo equitativo está consagrado no artigo 20.º, n.º 4). Com efeito, importa ter presente que “existem dispersos pela Constituição *determinados princípios* que, além de serem direitos fundamentais processuais [...], constituem também *princípios constitutivos de toda a ordem processual*”³⁶ e sem os quais não se pode falar da existência de um processo. É esse o caso, entre outros, do princípio da igualdade das partes (princípio que Aleksey Lovchev considera ter sido violado pelo TAS/CAS) e do princípio do contraditório³⁷.

Conforme defendemos já a este respeito³⁸, é essa a razão pela qual, aliás, se poderá afirmar que o artigo 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 artigo 30.º seriam sempre aplicáveis, independentemente da sua consagração expressa na LAV.³⁹

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 concretiza⁴⁰ e que impedem que o processo arbitral caia em descrédito⁴¹. Daí que o legislador português preveja a possibilidade de a sentença arbitral ser *anulada*, caso algum dos princípios fundamentais do n.º 1 do artigo 30.º da LAV, e não só, tenha sido violado⁴²⁻⁴³ (facto que atesta bem a importância destes princípios⁴⁴), podendo, ainda, tal violação constituir um *obstáculo à execução da sentença*⁴⁵.

O mesmo sucede, naturalmente, noutras jurisdições. É o que se verifica, por exemplo, na Suíça, tanto na arbitragem interna⁴⁶, como no regime previsto para a arbitragem internacional (aplicável ao caso concreto do acórdão sob anotação)⁴⁷. Assim se compreende que Aleksey Lovchev tenha tentado fundamentar a anulação da sentença arbitral com base na alegada violação de alguns dos princípios fundamentais que referimos (ponto que veremos melhor *infra*).

O direito ao processo equitativo é, efectivamente, um princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico, que faz parte do conceito de *ordem pública* do Estado Português (na sua vertente

³⁶ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 966.

³⁷ Veja-se, a este propósito, JUAN MONTERO AROCA, *El Proceso Civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*, 2.ª ed., tirant lo blanch, Valência, 2016, pp. 233, 130 e ss., e JUAN MONTERO AROCA / JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER / SILVIA BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 23.ª ed., tirant lo blanch, Valência, 2015, pp. 247 e ss.

³⁸ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, cit., pp. 99 e 100.

³⁹ Neste sentido, por referência ao artigo 21, § 2º, da lei de arbitragem brasileira (Lei n.º 9.307, de 23 de Setembro de 1996, subsequentemente alterada), veja-se CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*, Malheiros Editores, São Paulo, 2013, p. 25. Julgamos que a intenção do legislador é chamar a atenção para a necessidade de respeito de alguns dos mais elementares princípios fundamentais que qualquer processo arbitral terá de observar. Terá faltado, assim, apenas acrescentar-se a referência “entre outros” ou “designadamente” ao n.º 1 do artigo 30.º da LAV, quando se enunciam os princípios fundamentais a serem respeitados.

⁴⁰ Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., pp. 258 e 259, e DANIELA MIRANTE, *Os Efeitos da Anulação da Sentença Arbitral*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses na FDUNL, versão académica, Lisboa, 2009, pp. 4 e 5; em sentido idêntico, veja-se também, por exemplo, MATTI S. KURKELA / SANTTU TURUNEN, *Due Process in International Commercial Arbitration*, cit., pp. 1 e 2.

⁴¹ Vide PAULA COSTA E SILVA, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, in ROA, ano 52, vol. III, Lisboa, 1992, p. 934, e ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal...*, cit., pp. 341 a 345. Na arbitragem, a autonomia das partes e dos árbitros tem, portanto, de respeitar certas *garantias processuais mínimas* [cfr. MARIA HELENA BRITO, “Arbitragem internacional. A propósito da nova Lei da Arbitragem Voluntária”, in *Themis - FDUNL*, ano XII, n.º

22 e 23 (2012), Almedina, Coimbra, 2013, p. 129, e “As novas regras sobre a arbitragem internacional. Primeiras reflexões”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2012, p. 41].

⁴² Artigo 46.º, n.º 3, alínea a), subalínea ii), da LAV. Em todo o caso, para que a sentença arbitral seja anulável, é necessário que a referida violação tenha “influência decisiva na resolução do litígio”. Sobre este (controverso) requisito adicional, vejam-se MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., pp. 303 e 304, e ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, *A Impugnação da Sentença Arbitral*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018, pp. 52 a 55 (em consonância com o entendimento deste último Autor, entendemos que o aparente requisito adicional deverá ser sujeito a uma interpretação restritiva, sob pena de se comprometer a salvaguarda dos princípios fundamentais do processo arbitral).

⁴³ A este respeito, note-se que também a violação dos requisitos de independência e imparcialidade dos árbitros, do princípio do dispositivo e do dever de fundamentação da sentença arbitral podem dar lugar à anulação da sentença (artigo 46.º, n.º 3, alínea a), subalíneas iv), v), e vi), respetivamente, da LAV).

⁴⁴ Cfr. PAULA COSTA E SILVA / NUNO TRIGO DOS REIS, “A natureza do procedimento judicial de nomeação de árbitro”, cit., p. 965.

⁴⁵ Artigo 48.º, n.º 1, da LAV.

⁴⁶ Artigos 373.º, n.º 4, e 393.º, d), do ZPO suíço (no que se refere ao princípio da igualdade das partes e ao direito a ser ouvido).

⁴⁷ Artigos 182.º, n.º 3, e 190.º, n.º 2, d) e e), da Lei Federal sobre o Direito Internacional Privado (no que respeita ao princípio da igualdade das partes, ao direito a ser ouvido e à ordem pública). Sobre estas normas, vide JOACHIM KNOLL, ‘Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 182 [Procedure: principle]’, e MANUEL ARROYO, ‘Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 190 [Finality, challenge: principle]’, ambas as anotações publicadas em MANUEL ARROYO (coordenador), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide*, 2.ª ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2018, pp. 141 a 150 e pp. 292 a 346, respectivamente.

processual)⁴⁸⁻⁴⁹ e que, por isso, não deverá ser subestimado na arbitragem. Na verdade, como se referiu em momento prévio, este direito é afirmado, no artigo 20.º, n.º 4, da CRP, como uma “garantia processual universal”⁵⁰, compreendendo um núcleo normativo básico e indispensável que é *transversal a todo o direito processual* e cujos efeitos se estendem a *todas as instâncias de administração da justiça*⁵¹ – aqui se incluindo, respectivamente, a arbitragem e os tribunais arbitrais. Deste modo, independentemente da acção de anulação prevista na LAV, importa salientar que, caso uma decisão arbitral aplique uma determinada *norma*⁵² que infrinja algum dos princípios fundamentais em que o direito ao processo equitativo se traduz (e que se entenda serem aplicáveis à arbitragem⁵³), poder-se-á abrir

– verificados os requisitos legais – a possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional⁵⁴.

IV – Para além da relevância que o direito ao processo equitativo reveste na LAV e no artigo 20.º, n.º 4, da CRP, importa ter presente que existem também fontes de direito europeu e de direito internacional (artigos 47.º, 2.º parágrafo, da CDFUE, 6.º da CEDH, 10.º da DUDH e 14.º, n.º 1, do PIDCP) que consagram o direito a um processo equitativo e que não deverão ser ignoradas. É o caso, particularmente, do *artigo 6.º, n.º 1, da CEDH* cuja relação com a arbitragem há muito vem suscitando um grande debate, em especial na esfera dos Estados partes da referida Convenção⁵⁵. A disposição é relevante, sobretudo porque, no caso concreto, o atleta invocou a violação do n.º 1 deste artigo.

⁴⁸ Vide JORGE MORAIS CARVALHO, “O processo deliberativo e a fundamentação da sentença arbitral”, in *O Direito*, ano 143.º, IV, Almedina, Coimbra, 2011, p. 762, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., pp. 302 e 303, PAULA COSTA E SILVA / NUNO TRIGO DOS REIS, “A natureza do procedimento judicial de nomeação de árbitro”, cit., pp. 955 e 956, e PAULA COSTA E SILVA, “Preferição do contraditório...”, cit., p. 329. Semelhante entendimento verifica-se, por exemplo, no direito francês (cfr. 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, pp. 25 e 29, 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, Nemesis / Bruylant, Bruxelas, 2001, pp. 26 e 30, bem como JEAN-HUBERT MOITRY, “Right to a fair trial and the European Convention on Human Rights...”, cit., p. 120) e em muitas outras jurisdições (vide WALTHER J. HABSCHEID, “Schiedsgerichtsbarkeit und Europäische Menschenrechtskonvention”, in *Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag am 21. April 1995*, Walter de Gruyter, Berlin, 1995, pp. 347 e 348, GEORGIOS PETROCHILOS, *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford Private International Law Series, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 122, ALEKSANDAR JAKSIC, “Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings - A still Unsettled Problem?”, in *Journal of International Arbitration*, vol. 24, n.º 2, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2007, p. 168, e MARIUS EMBERLAND, “The Usefulness of Applying Human Rights Arguments in International Commercial Arbitration”, in *Journal of International Arbitration*, vol. 20, n.º 4, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2003, pp. 357 e 358).

⁴⁹ Sendo um princípio de ordem pública, importa, além do mais, salientar que a *convenção de arbitragem* que contenha uma ofensa aos princípios em que o direito ao processo equitativo se consubstancia será *nula*. A este respeito, note-se que os casos de nulidade da convenção arbitral não estão limitados apenas àqueles que são enunciados no artigo 3.º da LAV. Na verdade, conforme bem observam alguns autores, existem outros casos de nulidade da mencionada convenção, desde logo aqueles que determinam a nulidade dos negócios jurídicos em geral, como é a hipótese de contrariedade à ordem pública (artigo 280.º, n.º 2, do Código Civil: CC) – cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (coordenação), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, cit., pp. 81 e 82; a este propósito, veja-se também ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *A Impugnação da Sentença Arbitral*, cit., p. 46 a 48.

Deste modo, a sentença arbitral que venha a ser proferida, num litígio em que haja uma violação dos princípios que consubstanciam o direito ao processo equitativo, poderá ser igualmente anulável nos termos do artigo 46.º, n.º 3, alínea a), subalínea i), e alínea b), subalínea ii), da LAV, podendo, ainda, pelo mesmo motivo, obstar à execução da sentença nacional (artigo 48.º, n.º 1, da LAV), bem como ao reconhecimento e à execução de uma sentença arbitral estrangeira, nos termos do artigo 56.º, n.º 1, alínea a), subalínea i), e alínea b), subalínea ii), da LAV, e do artigo V, n.º 1, alínea a), e n.º 2, alínea b), da Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em Nova Iorque em 10 de Junho de 1958 (CNY); sobre esta última alínea da CNY, veja-se, em concreto, ALBERT JAN VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Haia, 1981, pp. 359 e ss.

Por outro lado, uma vez que estamos perante um princípio de ordem pública, importa acrescentar que o *comportamento omissivo das partes* (caso, por exemplo, de as partes não invocarem a violação da ordem pública durante o processo arbitral) não significa, necessariamente, que estas fiquem impedidas de invocar a violação da ordem pública como fundamento de anulação da sentença arbitral (não obstante a regra preclusiva do n.º 4 do artigo 46.º da LAV). Para maiores

desenvolvimentos sobre este ponto, veja-se o nosso “Da ordem pública no processo arbitral”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 657 e 658, e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., pp. 300 a 302; quanto ao tema da ordem pública em geral, veja-se, mais recentemente, RUTE ALVES / IÑAKI CARRERA, “(Des)ordem pública internacional. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 2 de Junho de 2016”, in *Revista PLMJ Arbitragem*, Jurisprudência comentada (2016), n.º 1, 2017, pp. 52 a 65.

⁵⁰ PAULA COSTA E SILVA, *A Litigância de Má Fé*, cit., p. 676.

⁵¹ Cfr. PAULA COSTA E SILVA / NUNO TRIGO DOS REIS, “A natureza do procedimento judicial de nomeação de árbitro”, cit., pp. 955 e 956.

⁵² De salientar que, como se sabe, a questão de inconstitucionalidade tanto pode respeitar a uma norma (ou a uma sua dimensão parcelar), como à *interpretação ou sentido* com que tal norma foi tomada no caso concreto e aplicada na decisão recorrida – cfr. JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, pp. 80 e 81, e GUILHERME DA FONSECA / INÊS DOMINGOS, *Breviário de Direito Processual Constitucional (recurso de constitucionalidade)*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 30.

⁵³ Não é esse, em princípio, o caso da *publicidade do processo* e, por exemplo, do *princípio do juiz natural* – dimensões do processo equitativo (no âmbito da jurisdição estadual) que, por norma, não deverão ser exigidas ao processo arbitral (cfr. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, cit., pp. 215 a 223 no que respeita ao princípio da publicidade do processo, bem como as pp. 31 a 33 e 115 a 121 quanto ao princípio do juiz natural).

⁵⁴ Sobre o recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional e as dificuldades que se levantam, vide ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Do recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional”, in *Themis - FDUNL*, ano IX, n.º 16 (2009), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 185 a 223, MIGUEL GALVÃO TELES, “Recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais arbitrais”, in *III Congresso do CAC - Intervenções*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 199 a 220, ARMINDO RIBEIRO MENDES, “A nova Lei de Arbitragem Voluntária e as formas de impugnação das decisões arbitrais (algumas notas)”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 753 a 756, e JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 117 e 118. Admitindo, igualmente, a possibilidade de recurso (em geral) de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional, vejam-se MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 297 (nota de rodapé n.º 487), PAULA COSTA E SILVA, *A Nova Face da Justiça - Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 105 e 106, PEDRO COSTA GONÇALVES, “Administração Pública e arbitragem - em especial, o princípio legal da irrecorribilidade de sentenças arbitrais”, in *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 797 e 798, FERNANDA DA SILVA PEREIRA, *Arbitragem voluntária nacional - Impugnação de sentenças arbitrais: o tortuoso e longo caminho a percorrer*, Livraria Petrony, Lisboa, 2009, p. 100, e JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, in DÁRIO MOURA VICENTE (coordenador), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, APA, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 126. Na jurisprudência constitucional, veja-se, especialmente, os acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 181/2007, de 08/03/2007 (Relator Paulo Mota Pinto, processo n.º 343/05), e 42/2014, de 09/01/2014 (Relator Fernando Vaz Ventura, processo n.º 564/12), disponíveis em <http://www.tribunalconstitucional.pt/>.

⁵⁵ É no âmbito desta esfera que analisamos aqui o problema da relação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH com a arbitragem. Iremos seguir de muito perto o que já anteriormente escrevemos – com maior profundidade – em ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem: os*

Parece ser inegável que o artigo 6.º da CEDH se encontra, à partida, previsto para um processo estadual, e não arbitral⁵⁶, em que o n.º 1 se aplica ao processo civil e ao processo penal, e os n.ºs 2 e 3 se encontram pensados apenas para o processo penal⁵⁷. Daí as dúvidas que se têm colocado a este propósito, dúvidas estas que são agravadas pelo facto de os *trabalhos preparatórios* da CEDH nada dizerem a respeito da sua aplicação (ou não) à arbitragem⁵⁸.

De todo o modo, como de forma quase unânime tem vindo a reconhecer a doutrina e jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), isto não significa que a arbitragem voluntária seja *contrária* ou *incompatível* com o artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, nem que tal norma seja *inaplicável* à arbitragem⁵⁹.

A este respeito, e no que à primeira questão se refere (*não contrariedade* da arbitragem com este preceito), importa começar por salientar que o artigo 6.º da CEDH não se opõe à criação de tribunais arbitrais⁶⁰. Dir-se-á, a este propósito, que o direito de acesso aos tribunais – implicitamente garantido no n.º 1 do artigo 6.º da CEDH⁶¹ – 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 artigo 6.º da CEDH, como significando, necessariamente, um tribunal estadual, excluindo os tribunais arbitrais⁶². O direito de acesso a um tribunal (estadual) pode, assim, ser renunciado a favor da arbitragem, não sendo tal facto incompatível com o artigo 6.º da CEDH⁶³.

Já no que se refere à *aplicação* do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, à arbitragem voluntária, a questão é mais complexa⁶⁴. Resumidamente, poder-se-á dizer que existem, na doutrina, três posições a este respeito: (i) uma posição minoritária (hoje ultrapassada) que, pura e simplesmente, entende que a CEDH (aqui se incluindo, como é natural, o artigo 6.º, n.º 1) *não se aplica* à arbitragem⁶⁵; (ii) uma posição que defende a *aplicação directa* do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH⁶⁶; e (iii) uma posição maioritária que afirma a aplicação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, à arbitragem, mas *de forma indirecta* – particularmente no âmbito da função de controlo e assistência que, por vezes, os tribunais estaduais são

Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 103 a 108.

⁵⁶ Vide GEORGIOS PETROCHILOS, *Procedural Law in International Arbitration*, cit., p. 130.

⁵⁷ Cfr. EVA BREMS, “Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, in *Human Rights Quarterly*, vol. 27, n.º 1, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2005, p. 295, e JORGE DE JESUS FERREIRA ALVES, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada e Protocolos Adicionais anotados (Doutrina e Jurisprudência)*, Legis Editora, Porto, 2008, p. 72.

⁵⁸ Vide JULIAN D. M. LEW / LOUKAS A. MISTELIS / STEFAN M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., p. 91, GEORGES-ALBERT DAL, “Le point de vue Belge”, in *L’arbitrage et la Convention européenne des droits de l’homme*, Droit et Justice, n.º 31, Nemesis / Bruylant, Bruxelas, 2001, p. 59, e JUAN CARLOS LANDROVE, “European Convention on Human Rights’...”, cit., p. 74.

⁵⁹ Vejam-se, entre outros, ALEKSANDAR JAKSIC, *Arbitration and Human Rights*, cit., p. 184, ALEXIS MOURRE, “Le droit français de l’arbitrage international...”, cit., pp. 26 e 34, MARIE-LAURE NIBOYET, “Incertitude sur l’incidence de la Convention européenne des droits de l’homme en droit français de l’arbitrage international: l’arrêt Cubic de la Cour de cassation”, in *Les Cahiers de l’Arbitrage*, numéro spécial, édition Juillet 2002, Gazette du Palais, Paris, 2002, p. 35, GEORGES-ALBERT DAL, “Le point de vue Belge”, cit., pp. 57, 58, e 63, JULIAN D. M. LEW / LOUKAS A. MISTELIS / STEFAN M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., p. 93, SEBASTIEN BESSON, “Arbitration and Human Rights”, in *ASA Bulletin*, vol. 24, n.º 3, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, p. 398, e, na jurisprudência do TEDH, o conhecido caso *Deweert v. Belgium*, de 27/02/1980 (queixa n.º 6903/75), in <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>; em sentido diferente, vide CHARLES JARROSSON, “L’arbitrage et la Convention européenne des droits de l’Homme”, in *Revue de l’Arbitrage*, CFA, vol. 1989, n.º 4, Paris, 1989, pp. 576, 577 e 607.

⁶⁰ Cfr. IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 149 (nota de rodapé n.º 108), e a decisão do TEDH proferida no âmbito do caso *TRANSADO - Transportes Fluviais do Sado, S.A. v. Portugal*, de 16/12/2003 (queixa n.º 35943/02), in <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>.

⁶¹ Vejam-se JUAN CARLOS LANDROVE, “European Convention on Human Rights’...”, cit., p. 78, ALEXIS MOURRE, “Le droit français de l’arbitrage international...”, cit., p. 27, e J.J. FAWCETT, “The impact of article 6(1) of the ECHR on Private International Law”, in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, n.º 1, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 2.

⁶² Vide casos *Lithgow and others v. The United Kingdom*, de 08/07/1986 (queixas n.ºs 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81 e 9405/81), e *Regent Company v. Ukraine*, de 03/04/2008 (queixa n.º 773/03), ambos disponíveis em <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>, e caso *TRANSADO...*, cit.. Na doutrina, vejam-se PIERRE LAMBERT, “L’arbitrage et l’article 6, 1º de la Convention européenne des droits de l’homme”, e ALESSANDRA CAMBI FAVRE-BULLE, “L’état de la jurisprudence en suisse”, ambos os artigos publicados em

L’arbitrage et la Convention européenne des droits de l’homme, Droit et Justice, n.º 31, Nemesis / Bruylant, Bruxelas, 2001, pp. 17 a 19 e 73, respectivamente, bem como ALEKSANDAR JAKSIC, *Arbitration and Human Rights*, cit., pp. 185 e 186, GEORGES-ALBERT DAL, “Le point de vue Belge”, cit., pp. 64 e 65, SEBASTIEN BESSON, “Arbitration and Human Rights”, cit., p. 401, XAVIER VUITTON, *Le procès équitable. L’article 6-1 de la CEDH: état du droit et perspectives*, LGDJ, Paris, 2017, pp. 25 e 26, MARTINA ZÁVODNÁ, *The European Convention on Human Rights and Arbitration*, Faculty of Law Masaryk University, in http://is.muni.cz/th/325836/pravf_m/Zavodna_Final.pdf, 2014, pp. 25 e 26, e KLÁRA SVOBODOVÁ, “Application of the Article 6(1) of the ECHR in International Commercial Arbitration”, in <http://dfk-online.sze.hu/koszonto>, 2010, p. 113.

⁶³ Vide IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, cit., p. 196, MATTI S. KURKELA / SANTTU TURUNEN, *Due Process in International Commercial Arbitration*, cit., p. 2, JUAN CARLOS LANDROVE, “European Convention on Human Rights’...”, cit., p. 79, ALEXIS MOURRE, “Le droit français de l’arbitrage international...”, cit., p. 27, GEORGIOS PETROCHILOS, *Procedural Law in International Arbitration*, cit., pp. 113 e 114, e ALEKSANDAR JAKSIC, *Arbitration and Human Rights*, cit., p. 226.

⁶⁴ Note-se que o tema é apenas controverso no que à arbitragem voluntária diz respeito. Com efeito, é pacífico que o artigo 6.º, n.º 1, da CEDH se aplica, directamente, à *arbitragem necessária*. Neste sentido, vejam-se, entre outros, SEBASTIEN BESSON, “Arbitration and Human Rights”, cit., pp. 398 e 399, JEAN-FRANÇOIS POUDET / SEBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2.ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2007, p. 66, PIERRE LAMBERT, “L’arbitrage et l’article 6...”, cit., pp. 15 e 16, GEORGES-ALBERT DAL, “Le point de vue Belge”, cit., p. 68, CHARLES JARROSSON, “L’arbitrage et la Convention européenne des droits de l’Homme”, cit., pp. 581 a 587, bem como, por referência à jurisprudência do TEDH, o relatório proferido no âmbito do conhecido caso *Bramelid and Malmström v. Sweden*, de 12/12/1983 (queixas n.ºs 8588/79 e 8589/79), in <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>. Na doutrina portuguesa, vide 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. 63; para uma perspectiva geral sobre as relações entre a arbitragem voluntária, a arbitragem necessária e a CEDH, veja-se, particularmente, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal...*, cit., pp. 361 a 369.

⁶⁵ Cfr. CHARLES JARROSSON, “L’arbitrage et la Convention européenne des droits de l’Homme”, cit., pp. 576 e ss., e ALI BENCHENEB, “La contrariété à la Convention européenne des droits de l’homme d’une loi anéantissant une sentence arbitrale”, in *Revue de l’Arbitrage*, CFA, vol. 1996, n.º 2, Paris, 1996, pp. 181 e 182.

⁶⁶ Vide SEBASTIEN BESSON, “Arbitration and Human Rights”, cit., pp. 400 a 416, ALEKSANDAR JAKSIC, *Arbitration and Human Rights*, cit., pp. 183 a 219, e “Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings...”, cit., pp. 159 a 171, KLÁRA SVOBODOVÁ, “Application of the Article 6(1)...”, cit., pp. 119 e 120, e MARTINA ZÁVODNÁ, *The European Convention on Human Rights and Arbitration*, cit., pp. 3, 67 e 68.

chamados a desempenhar na arbitragem⁶⁷. Outros autores defendem, também, a aplicação do artigo 6.º da CEDH à arbitragem, embora sem especificar o modo como tal aplicação é feita (designadamente se se trata de uma aplicação directa ou indirecta)⁶⁸⁻⁶⁹.

Embora a aplicação desta norma à arbitragem *voluntária* seja controvertida (sobretudo quanto à questão de saber se se aplica directa ou indirectamente), não existem dúvidas sobre a relevância da mesma para a arbitragem (não podendo ser ignorada)⁷⁰ e sobre a necessidade de respeito pelo mencionado artigo 6.º, n.º 1, 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, o tribunal estadual que, por exemplo, esteja incumbido de apreciar a decisão arbitral em sede de recurso ou no âmbito da acção 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 artigo 6.º, n.º 1, da CEDH⁷¹⁻⁷². Caso não o faça, e uma vez esgotados – perante as respectivas instâncias nacionais – todos os recursos ordinários internos a que haja lugar⁷³, 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 artigo 6.º, n.º 1, da CEDH⁷⁴⁻⁷⁵.

O direito ao processo equitativo é, em suma, um direito essencial, amplamente consagrado em várias normas (nacionais, europeias e internacionais) e que a arbitragem não pode nunca perder de vista, pois a verdade é que o processo arbitral se encontra sujeito aos parâmetros do processo equitativo⁷⁶, parâmetros estes que funcionam como um *limite* à autonomia das partes⁷⁷. Daqui resulta que, em qualquer processo arbitral, existem determinados princípios fundamentais (postulados pelo direito ao processo equitativo) que deverão ser *sempre* respeitados, sob pena de, como vimos, a sentença poder vir a ser anulada, não ser executada⁷⁸, ou, eventualmente, ser interposto um recurso para o Tribunal Constitucional ou apresentada uma queixa junto do TEDH⁷⁹.

Ora, considerando o *supra* exposto, teria Aleksey Lovchev razões para, no caso concreto, invocar uma violação do direito ao processo equitativo (ou de algum dos princípios e regras fundamentais em que este direito se concretiza)?

Esta é a questão que iremos ver de seguida.

⁶⁷ Vejam-se, por exemplo, ALEXIS MOURRE, "Réflexions sur quelques aspects du droit à un procès équitable...", *cit.*, pp. 30 e 31, e "Le droit français de l'arbitrage international...", *cit.*, pp. 24, 33 e 34, JUAN CARLOS LANDROVE, "European Convention on Human Rights...", *cit.*, pp. 99 a 101, MARIE-LAURE NIBOYET, "Incertitude sur l'incidence de la Convention européenne...", *cit.*, p. 35, e JULIAN D. M. LEW / LOUKAS A. MISTELIS / STEFAN M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, *cit.*, pp. 96 e 97.

⁶⁸ Cfr. PETER SCHLOSSER, in STEIN / JONAS (coordenadores), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, *cit.*, pp. 239 e 240.

⁶⁹ Questão diferente (que não será aqui analisada) é a de saber se a CEDH se aplica *na sua totalidade* à arbitragem (ponto que nos parece muito controvertido) ou se só alguns preceitos (caso do artigo 6.º, n.º 1) podem ser relevantes; no primeiro sentido veja-se, GEORGES-ALBERT DAL, "Le point de vue Belge", *cit.*, p. 63, e, no segundo, JUAN CARLOS LANDROVE, "European Convention on Human Rights...", *cit.*, p. 76.

⁷⁰ Vide SÉBASTIEN BESSON, "Arbitration and Human Rights", *cit.*, pp. 406, 407 e 416, GEORGIOS PETROCHILOS, *Procedural Law in International Arbitration*, *cit.*, p. 151, e XAVIER VUITTON, *Le procès équitable. L'article 6-1 de la CEDH...*, *cit.*, p. 25. Como referido anteriormente, é certo que as partes podem *renunciar* ao direito de acesso a um tribunal estadual, optando por um tribunal arbitral. De todo o modo, isso não significa, de forma alguma, que a CEDH não tenha qualquer significado na arbitragem (cfr. MATTI S. KURKELA / SANTTU TURUNEN, *Due Process in International Commercial Arbitration*, *cit.*, p. 2). Não se pode, por exemplo, deduzir que, ao subscrever a convenção de arbitragem, as partes quiseram *renunciar à totalidade* das garantias do processo equitativo previstas no artigo 6.º, n.º 1, da CEDH; o que poderá haver, assim, apenas, é uma *renúncia parcial*, designadamente aos princípios do juiz natural e da publicidade – sobre esta questão, vejam-se ALEXIS MOURRE, "Le droit français de l'arbitrage international...", *cit.*, pp. 24 e 28 e 34, e "Réflexions sur quelques aspects du droit à un procès équitable...", *cit.*, pp. 31 e 32, ALEKSANDAR JAKSIC, "Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings...", *cit.*, pp. 159 a 171, JUAN CARLOS LANDROVE, "European Convention on Human Rights...", *cit.*, pp. 82 a 90, GEORGIOS PETROCHILOS, *Procedural Law in International Arbitration*, *cit.*, p. 130, ALESSANDRA CAMBI FAVRE-BULLE, "L'état de la jurisprudence en suisse", *cit.*, pp. 74 e 75, PIERRE LAMBERT, "L'arbitrage et l'article 6...", *cit.*, p. 21, SÉBASTIEN BESSON, "Arbitration and Human Rights", *cit.*, pp. 400 e 401, MAURO RUBINO-SAMMARTANO, *International Arbitration: Law and Practice*, 3.ª ed., Juris, Nova Iorque, 2014, pp. 189 e 1503, assim como a decisão do TEDH proferida no caso *Suovaniemi and others v. Finland*, de 23/02/1999 (queixa n.º 31737/96), in <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>.

⁷¹ Cfr. SÉBASTIEN BESSON, "Arbitration and Human Rights", *cit.*, p. 399, JEAN-FRANÇOIS POUURET / SÉBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International*

Arbitration, *cit.*, p. 66, PHILIPPE FOUCHARD / EMMANUEL GAILLARD / BERTHOLD GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, *cit.*, p. 118, e ALEKSANDAR JAKSIC, "Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings...", *cit.*, p. 168. A este propósito, repare-se que mesmo os autores mais críticos, como Charles Jarrosson, que defendem a não aplicação da CEDH à arbitragem, não deixam, precisamente, de reconhecer tal entendimento (vide CHARLES JARROSSON, "L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'Homme", *cit.*, pp. 587 e 588).

⁷² É esta a principal razão que, no fundo, leva vários autores a afirmarem que o artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, tem (pelo menos) uma aplicação indirecta à arbitragem.

⁷³ Sobre este ponto concreto, vejam-se, nomeadamente, VITAL MOREIRA, "A adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos", in "Respublica" *Europeia: Estudos de Direito Constitucional da União Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 234, JÓNATAS E. M. MACHADO, *Direito da União Europeia*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 295, ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA / FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009 (reimpressão), pp. 617 a 620, e JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito Internacional Penal. Uma Perspectiva Dogmático-Crítica*, Almedina, Coimbra, 2015 (reimpressão), p. 47.

⁷⁴ Neste sentido, vide JEAN-HUBERT MOITRY, "Right to a fair trial and the European Convention on Human Rights...", *cit.*, pp. 117 e 118, e JEAN-FRANÇOIS POUURET / SÉBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, *cit.*, p. 66. Afirmando a possibilidade de recorrer ao TEDH, apresentando uma queixa com fundamento na violação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, no contexto do Direito Processual Civil, veja-se, entre nós, por exemplo, JOÃO DE CASTRO MENDES / MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Direito Processual Civil*, *cit.*, § 4.º, I, 4, 4.2, c).

⁷⁵ Esta possibilidade de recorrer ao TEDH demonstra bem, aliás, o interesse prático que a aplicação (directa ou indirecta) do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH à arbitragem pode revestir.

⁷⁶ Vide PAULA COSTA E SILVA, "Preterição do contraditório...", *cit.*, pp. 329 e 332. Neste sentido, por referência aos meios de resolução alternativa de litígios de consumo, JORGE MORAIS CARVALHO / JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA / JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 86 e ss.

⁷⁷ Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *cit.*, pp. 233 e 258, e PAULA COSTA E SILVA, "Anulação e Recursos da Decisão Arbitral", *cit.*, p. 934.

⁷⁸ Nem reconhecida, no caso de se tratar de uma sentença arbitral estrangeira.

⁷⁹ Conclusão, a nosso ver, evidente, mas que, ainda assim, por vezes pode não se afigurar tão clara para alguns, como sucedeu no caso que o Tribunal da Relação de Lisboa apreciou, por acórdão de 16/09/2008 (Relator João Aveiro Pereira, processo 4213/2008-1, in <http://www.dgsi.pt>).

3. A alegada violação de *due process* segundo Aleksey Lovchev

Conforme referimos anteriormente, na sequência da pesada sanção disciplinar aplicada pelo IWF⁸⁰, e após a sentença arbitral (desfavorável) proferida pelo TAS/CAS, Aleksey Lovchev recorreu para o Tribunal Federal Suíço⁸¹ e pediu a anulação da mesma, centrando a sua argumentação numa alegada violação do *direito ao processo equitativo*⁸².

No essencial, o atleta russo invocou – nos termos do artigo 190.º, n.º 2, alíneas d) e e), da Lei Federal Suíça sobre o Direito Internacional Privado⁸³ – que o tribunal arbitral teria violado: (i) o seu direito a ser ouvido, (ii) o princípio da igualdade das partes e (iii) a ordem pública processual. Fê-lo, porém, sem sucesso, pois o recurso veio a ser indeferido.

Vejamos então, em concreto, os referidos argumentos, partindo da descrição que é feita no acórdão do Tribunal Federal Suíço de 25 de Julho de 2017 (descrição que, adiantamos desde já, em alguns aspectos parece ser parca quanto a fundamentos e detalhes).

Aleksey Lovchev começou por afirmar, em primeiro lugar, que o tribunal arbitral (TAS/CAS) teria violado o seu direito a ser ouvido (*“rechtliches Gehör”* ou *“right to be heard”*⁸⁴), isto é, a sua “audição adequada” (segundo a terminologia de António Menezes Cordeiro) – direito que, no fundo, radica na igualdade e no contraditório⁸⁵. Para tanto, sustenta vagamente que o tribunal arbitral terá usado uma concentração errada da substância proibida (1 ng/ml de *Ipamorelin* em vez de 0,1 ng/ml) e terá recusado, ilegalmente, o seu pedido de uma perícia técnica aos chamados “limites de deteção”⁸⁶ e de “incerteza de medição”⁸⁷, bem como de uma nova análise da sua amostra de urina.

Seguiu-se um argumento baseado no princípio da igualdade das partes. Essencialmente, o referido argumento parecia residir no pedido de análise adicional da amostra de urina do atleta: este pretendia que a referida análise fosse conduzida pelo mesmo laboratório (credenciado junto da WADA), mas seguindo um método alternativo de deteção⁸⁸. Entre outras questões, por

demonstrar ficou, porém, em que medida isto se traduziria numa alegada violação do princípio da igualdade das partes.

Por fim, Aleksey Lovchev – com base na sanção, aplicada pela IWF, através da qual foi banido do desporto (e, consequentemente, da sua actividade profissional) pelo período de quatro anos – veio sustentar que a sentença arbitral era contrária ao princípio da boa fé e de proibição de abuso de direito, o que, por sua vez, consubstanciava uma violação da ordem pública (embora, mais uma vez, sem concretizar em que medida isso sucederia).

Como referimos, nenhum dos argumentos invocados mereceu acolhimento, tendo o recurso sido indeferido; decisão que nos parece correcta, face à situação factual que nos é dada a conhecer no acórdão sob anotação. Na verdade, como veremos de seguida, os mencionados argumentos parecem reflectir o frequente abuso – que, cada vez mais, se verifica na arbitragem – na invocação de alegadas violações do direito ao processo equitativo que, na maior parte das vezes, não são violações nenhuma, mas apenas meios para atingir outros fins (neste caso concreto, um meio para se tentar conseguir obter a anulação da sentença arbitral do TAS/CAS, algo que se veio a revelar, porém, infrutífero).

4. O “*due process* paranoia”: os frequentes equívocos e a necessidade de uma adequada compreensão do *due process*

I – O direito ao processo equitativo é, como vimos antes, um direito essencial em qualquer processo e perante qualquer tribunal (estadual ou arbitral), encontrando-se amplamente consagrado no plano normativo. Neste sentido, ele corresponde a uma exigência elementar na administração da justiça e, consequentemente, de qualquer meio de resolução de litígios que se pretenda afirmar como tal. Deste modo, referimos que, em qualquer processo arbitral, existem determinados princípios fundamentais que deverão ser sempre respeitados (e que, no

⁸⁰ Sobre a responsabilidade disciplinar do praticante desportivo em casos de doping, veja-se, por exemplo, SÉRGIO CASTANHEIRA, *O Fenómeno do Doping no Desporto...*, cit., pp. 147 e ss.

⁸¹ Quanto ao papel do Tribunal Federal Suíço como alegado “guardião da legalidade da resolução de conflitos desportivos”, veja-se ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal...*, cit., pp. 408 a 415; sobre o tema vide, ainda, MANUEL ARROYO, “Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 191 [Finality, challenge: competent judicial authority]”, in MANUEL ARROYO (coordenador), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide*, cit., pp. 351 e ss.

⁸² Recorde-se que, existindo recurso, os fundamentos de anulação devem aqui ser invocados (MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 298).

⁸³ O n.º 2 do mencionado artigo 190.º enuncia os fundamentos de anulação da sentença arbitral. Note-se que, no presente caso concreto, uma vez que o tribunal arbitral (TAS/CAS) tinha sede em Lausanne (Suíça), a Lei Federal Suíça sobre o Direito Internacional Privado era aplicável nos termos do n.º 1 do artigo 176.º,

assumindo-se, portanto, como a *lex arbitrii*. A este respeito, vide ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal...*, cit., p. 408.

⁸⁴ Fórmulas utilizadas, respectivamente, na versão original do acórdão em alemão e na versão do mesmo traduzida para inglês, disponíveis em <https://www.bger.ch/index.htm> e <http://www.swissarbitrationdecisions.com/>.

⁸⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem. Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 278 e 279. O referido direito parece encontrar correspondência na alínea b) do n.º 1 do artigo 30.º da LAV, sob a fórmula “deve [às partes] ser-lhes dada uma oportunidade razoável de fazerem valer os seus direitos, por escrito ou oralmente, antes de ser proferida a sentença final”, isto é, o direito de as partes apresentarem o seu caso; sobre esta norma concreta, veja-se, ainda, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 260, e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (coordenação), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, cit., pp. 372 a 374.

⁸⁶ *Limits of Detection* (LOD), na expressão inglesa.

⁸⁷ *Measurement Uncertainty* (MU), na expressão inglesa.

⁸⁸ O chamado método HRMS (*high resolution mass spectrometry*, na expressão inglesa).

essencial, correspondem àquele mínimo que nos permite afirmar estarmos perante um *processo equitativo*).

A importância deste direito não pode, de forma alguma, ser subestimada na arbitragem. Na verdade, o respeito por determinados princípios e regras em que o direito ao processo equitativo se traduz 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 *regras mínimas de justiça processual* em que o direito ao processo equitativo se concretiza. Assim se compreende, que o legislador português (à semelhança de muitos outros) preveja a possibilidade de a sentença arbitral ser *anulada*, caso algum dos princípios fundamentais do n.º 1 do artigo 30.º da LAV⁸⁹, e não só, tenha sido violado, podendo ainda, por exemplo, tal violação constituir um *obstáculo à execução da sentença*⁹⁰.

Ora, é justamente aqui que reside aquilo que na comunidade internacional se tem vindo a designar nos últimos anos por “*due process paranoia*”⁹¹. Referimo-nos ao *receio excessivo* que existe em torno do *due process*, em particular ao *receio excessivo* que muitos árbitros têm com a possibilidade de os tribunais estaduais anularem a sentença arbitral ou não a executarem (entre outras consequências gravosas) com fundamento na alegada violação de um dos corolários do direito ao processo equitativo⁹².

Este receio excessivo tem muitas vezes condicionado a actuação dos árbitros (sobretudo em arbitragens internacionais), levando-os a adoptarem uma *posição demasiado cautelosa* e a serem muito *condescendentes* para com certos comportamentos das partes. É essa a razão pela qual, por vezes, são facilmente deferidos pedidos das partes que não eram expectáveis face ao calendário processual previamente definido, que não encontram uma justificação razoável e, acima de tudo, que o respeito pelo

direito ao processo equitativo não exigia⁹³. É o que se verifica, por exemplo, com a apresentação de articulados, documentos e outros meios de prova já depois da data em que deviam ter sido produzidos, com a prorrogação de prazos em casos em que a mesma manifestamente não se justificava, com a alteração ou formulação de pedidos novos que não constavam dos articulados, etc.⁹⁴

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 susceptíveis de gerar um aumento dos custos da arbitragem face a incidentes processuais não previstos e que não eram expectáveis)⁹⁵. Por outro lado, importa também ter presente que, por razões que se prendem com o princípio da igualdade das partes, a partir do momento em que o tribunal arbitral começa a deferir este tipo de pedidos a uma das partes, em princípio deverá também assumir a mesma postura de condescendência para com a outra parte em pedidos idênticos ou similares que esta venha a fazer – o que pode atrasar e prejudicar ainda mais o processo arbitral. Neste sentido, é fácil o tribunal começar a perder o controlo do processo.

As próprias partes, de resto, com as constantes invocações de uma alegada violação do direito ao processo equitativo por parte do tribunal arbitral, contribuem para este excessivo receio. Com efeito, vários são os casos em que as partes tentam tirar partido desta “*paranóia*”, em particular (i) para fazerem diversos pedidos extemporâneos e que não têm justificação, (ii) como manobra dilatória para perturbar o processo arbitral (as chamadas “*táticas de guerrilha*”⁹⁶) e, sobretudo, (iii) de forma a garantir um

⁸⁹ Este preceito refere, genericamente, alguns dos princípios fundamentais em que o direito ao processo equitativo se traduz (cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 258, e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, cit., pp. 98 e ss.).

⁹⁰ Para além de, eventualmente, poder vir a ser interposto um *recurso para o Tribunal Constitucional* ou apresentada uma *queixa junto do TEDH*.

⁹¹ Esta expressão tornou-se mais frequente sobretudo após um estudo realizado, em 2015, pela Universidade Queen Mary de Londres, em parceria com a sociedade de advogados White & Case (QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON / WHITE & CASE, *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, in <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2015/>, p. 10).

⁹² Sobre o fenómeno recente do “*due process paranoia*”, vejam-se, entre outros, KLAUS PETER BERGER / J. OLE JENSEN, “*Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators*”, in *Arbitration International*, vol. 32, n.º 3, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 415 a 435, ANDRÉS TALAVERA CANO, “*Combatendo la Due Process Paranoia. Asegurando un ejercicio de la discrecionalidad arbitral con razonabilidad*”, in *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 8, 2016, pp. 75 a 90, LUCY REED, “*Ab(use) of due process: sword vs shield*”, in *Arbitration International*, vol. 33, n.º 3, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 361 a 377, bem como os estudos QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON / WHITE & CASE, *2015 International Arbitration Survey...*, cit., p. 10, QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON / WHITE & CASE, *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, in <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>, p. 27, e IBA ARBITRATION COMMITTEE, “*Annulment of arbitral awards by state court: Review of national case law with respect to the conduct of the arbitral process*”, Outubro de 2018, in <https://www.ibanet.org/>; na doutrina portuguesa, vide MARIA MARGARIDA

ARÉLO MANSO GONÇALVES, “*Do conflito entre a publicidade e a confidencialidade na arbitragem: uma perspectiva adquirida na CIMA*”, Relatório de Estágio realizado na Corte Civil e Comercial de Arbitragem de Madrid, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, versão académica, Lisboa, 2018, pp. 52 a 59.

Conforme referiremos mais à frente, este receio excessivo é, por vezes, também visível em alguns *regulamentos e leis de arbitragem*, designadamente naqueles que, por referência ao problema da constituição do tribunal arbitral em caso de pluralidade de partes (quando o tribunal seja colegial), consagram a nomeação automática da totalidade dos árbitros caso falhe a nomeação conjunta do árbitro por uma das partes (por norma, os demandados), aparentemente para garantir o respeito pelo princípio da igualdade das partes.

⁹³ Cfr. KLAUS PETER BERGER / J. OLE JENSEN, “*Due process paranoia...*”, cit., p. 415.

⁹⁴ Vide QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON / WHITE & CASE, *2015 International Arbitration Survey...*, cit., p. 10, KLAUS PETER BERGER / J. OLE JENSEN, “*Due process paranoia...*”, cit., p. 419, ANDRÉS TALAVERA CANO, “*Combatendo la Due Process Paranoia...*”, cit., pp. 76 a 78, e JOÃO BOSCO LEE, “*Palestra de Abertura: O Devido Processo Legal na Arbitragem: Entre Segurança e a Eficiência*”, in *Trabalhos do XVI Congresso Internacional de Arbitragem do Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAr: Devido Processo Legal na Arbitragem*, CBAr, São Paulo, 2018, pp. 12 e 13.

⁹⁵ Cfr. KLAUS PETER BERGER / J. OLE JENSEN, “*Due process paranoia...*”, cit., p. 420, JOÃO BOSCO LEE, “*Palestra de Abertura: O Devido Processo Legal na Arbitragem...*”, cit., p. 12, MARIA MARGARIDA ARÉLO MANSO GONÇALVES, “*Do conflito entre a publicidade e a confidencialidade na arbitragem...*”, cit., p. 56, e QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON / WHITE & CASE, *2015 International Arbitration Survey...*, cit., p. 10.

⁹⁶ Sobre o tema, veja-se, por exemplo, GÜNTHER J. HORVATH / STEPHAN WILSKÉ (coordenadores), *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2013.

fundamento de anulação da decisão arbitral, caso a mesma lhes venha a ser desfavorável⁹⁷.

Na prática, as partes usam e abusam das invocações de alegadas violações do direito ao processo equitativo que, na maior parte das vezes, não são violações nenhuma, mas apenas meios para atingir outros fins. Neste sentido, entre os argumentos mais frequentemente utilizados⁹⁸ contam-se a violação do *princípio da igualdade das partes* ou, mais genericamente, o *direito a ser ouvido* (audição adequada)⁹⁹. Estes argumentos são fáceis de invocar e a verdade é que, frequentemente, revelam-se muito eficazes (fruto do “due process paranoia”).

Não surpreende, por isso, que o atleta russo Aleksey Lovchev tenha pedido a anulação da sentença arbitral do TAS/CAS centrando a sua argumentação na violação do *direito ao processo equitativo* e, em concreto, na alegada violação do seu direito a ser ouvido e do princípio da igualdade das partes. Como referimos, fê-lo, porém, sem sucesso, não tendo o Tribunal Federal Suíço acolhido tal argumentação. Face aos elementos factuais que nos são dados a conhecer pelo acórdão, a decisão parece-nos correcta; no presente caso, não se verificava qualquer violação do direito ao processo equitativo, tudo indicando que se tratava, também aqui, de uma alegação abusiva do atleta. O Tribunal Federal Suíço não se deixou, no entanto, enganar pela mesma.

Não obstante, no caso concreto, o “due process paranoia” não se ter manifestado, o acórdão sob anotação evidencia o frequente abuso da invocação do desrespeito do direito ao processo equitativo em processos arbitrais (muitas vezes com fracos argumentos, como parecia ser o caso), tendência que se tem acentuado nos últimos anos. A questão que, naturalmente, depois se coloca é a de saber como resolver o fenómeno do “due process paranoia” – identificado por muitos como um problema cada vez mais preocupante, sobretudo nas arbitragens internacionais¹⁰⁰.

É certo que a flexibilidade é uma importante característica e vantagem da arbitragem (permitindo, por exemplo, que as regras processuais sejam adaptadas/moldadas em função do caso concreto e de algum imprevisto ou incidente processual)¹⁰¹. É

certo que os árbitros devem ter a preocupação de proferir uma decisão arbitral que não seja anulável e seja executável¹⁰² (razão pela qual deverão estar atentos a possíveis vícios que, de uma forma ou de outra, a possam afectar)¹⁰³. É certo, igualmente, que o direito ao processo equitativo é, conforme mencionado, um direito essencial em qualquer processo e perante qualquer tribunal, correspondendo a uma exigência elementar na administração da justiça. Em todo o caso, como é evidente, isso não significa que os árbitros sejam (ou devam ser) complacentes com eventuais abusos que possam existir nesta matéria. Com efeito, os árbitros têm de saber manter a eficiência, celeridade e qualidade do processo arbitral, e, acima de tudo, perceber correctamente o sentido e alcance do direito ao processo equitativo, não caindo no chamado “due process paranoia”.

Neste sentido, cabe aos tribunais arbitrais e estaduais estar atentos e pôr fim a estes abusos. Quanto aos tribunais arbitrais, eles deverão ter presente os falsos argumentos relacionados com a violação do direito ao processo equitativo (quando existam) – e a perturbação que os mesmos poderão ter causado – no momento, por exemplo, de distribuírem as custas da arbitragem¹⁰⁴. No que se refere aos tribunais estaduais, há que confiar no bom senso, qualidade e perspicácia dos nossos juízes não só para anularem ou não reconhecerem a sentença arbitral quando isso se justificar (designadamente quando haja uma efectiva violação do direito ao processo equitativo), como também para não se deixarem enganar pela falsa argumentação usada por muitas partes a este respeito¹⁰⁵.

II – A par do “due process paranoia”, existem ainda alguns equívocos em torno do direito ao processo equitativo que acentuam o problema. Neste contexto, há dois pontos essenciais que importa ter presente.

O primeiro é o de que nem todos os princípios e regras em que o direito ao processo equitativo se traduz – e que se encontram consagrados, por exemplo, na CRP, na CEDH e no

⁹⁷ No que se refere a este último fundamento, importa ter presente que, num processo arbitral, quando uma parte sente que está a começar a perder o litígio (ou apenas por mera cautela de patrocínio) irá, por vezes, procurar invocar uma alegada violação de um princípio ou regra do direito ao processo equitativo (como, por exemplo, o princípio da igualdade das partes), de modo a garantir um fundamento de anulação da decisão arbitral, caso a mesma lhe venha a ser desfavorável. Uma vez que a violação do direito ao processo equitativo é, como referimos antes, fundamento de anulação da sentença arbitral (à luz do ordenamento jurídico português e de muitos outros), compreende-se a preferência das partes pela invocação deste fundamento. Por outro lado, note-se que este tipo de comportamento é mais frequente nas hipóteses em que a possibilidade de recurso da sentença arbitral não esteja prevista (sendo este o regime supletivo consagrado no artigo 39.º, n.º 4, da LAV).

⁹⁸ A este respeito, veja-se KLAUS PETER BERGER / J. OLE JENSEN, “Due process paranoia...”, *cit.*, p. 421.

⁹⁹ Direito que, como referimos, radica na igualdade e no contraditório (*cf.* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem...*, *cit.*, p. 279).

¹⁰⁰ *Cf.* QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON / WHITE & CASE, *2015 International Arbitration Survey...*, *cit.*, p. 10, e *2018 International Arbitration Survey...*, *cit.*, p. 27, bem como ANDRÉS TALAVERA CANO, “Combatiendo la Due Process Paranoia...”, *cit.*, p. 78.

¹⁰¹ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, *cit.*, pp. 191 e ss., 209.

¹⁰² *Vide* KLAUS PETER BERGER / J. OLE JENSEN, “Due process paranoia...”, *cit.*, p. 420. Alguns regulamentos de arbitragem, aliás, prevêem expressamente que o tribunal arbitral deve fazer todos os esforços para assegurar que a sentença arbitral seja executável – caso do Regulamento de Arbitragem da CCI (artigo 42.º). Por outro lado, importa salientar que a preocupação que referimos é maior naqueles casos em que a jurisdição onde a sentença arbitral vai ser reconhecida ou executada seja mais hostil à arbitragem; o fenómeno do “due process paranoia” tende a ser maior nestes casos (QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON / WHITE & CASE, *2018 International Arbitration Survey...*, *cit.*, p. 27).

¹⁰³ Note-se, além do mais, que os árbitros têm uma reputação a manter. Neste sentido, não é bom para a reputação de um árbitro ter várias sentenças arbitrais anuladas, não reconhecidas e executadas (podendo essa circunstância reflectir-se negativamente em futuras nomeações).

¹⁰⁴ *Cf.* JOÃO BOSCO LEE, “Palestra de Abertura: O Devido Processo Legal na Arbitragem...”, *cit.*, p. 13.

¹⁰⁵ Para uma perspectiva geral, em várias jurisdições, da posição dos tribunais estaduais nesta matéria, vejam-se KLAUS PETER BERGER / J. OLE JENSEN, “Due process paranoia...”, *cit.*, pp. 423 a 428 e, particularmente, IBA ARBITRATION COMMITTEE, “Annulment of arbitral awards by state court...”, *cit.*

CPC – serão aplicáveis à arbitragem¹⁰⁶. Na verdade, existem determinadas exigências provenientes da 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”¹⁰⁷. O direito ao processo equitativo é um bom exemplo disso mesmo. A (aparente) necessidade de respeitar *todos* os princípios em que este direito se concretiza na jurisdição estadual traz, com alguma frequência, graves problemas aos tribunais arbitrais.

A este respeito, cumpre salientar que, à partida, a arbitragem parece, de facto, entrar em conflito com determinados princípios fundamentais do processo equitativo – princípios que parecem ser difíceis ou mesmo impossíveis de assegurar neste meio de resolução alternativa de litígios. É esse caso, desde logo, do *princípio do juiz natural* (que, como se sabe, consiste essencialmente na *predeterminação do tribunal competente* para o julgamento, assente em *critérios objectivos e abstractos*, não em critérios subjectivos ou arbitrários)¹⁰⁸.

Com efeito, ao contrário do que sucede num processo estadual, onde vigora o princípio do juiz natural e onde as partes não desempenham qualquer papel na constituição do tribunal e na designação de juízes, na arbitragem as partes assumem um papel fulcral na constituição do tribunal, nomeando os árbitros (ou, pelo menos, tendo essa possibilidade)¹⁰⁹. Ora, a ausência deste princípio leva a que se coloquem problemas que não existem nos tribunais estaduais, desde logo problemas de *independência e imparcialidade* dos árbitros. Sobre este ponto, importa observar que, enquanto nos tribunais estaduais os juízes se presumem independentes e imparciais (uma vez que, por norma, não conhecem as partes, nem são escolhidos por elas), nos tribunais

arbitrais não é exactamente assim, uma vez que são as próprias partes que os nomeiam¹¹⁰; daí que vários autores entendam que a questão da independência e imparcialidade seja, à partida, consideravelmente mais importante, sensível e difícil na arbitragem do que nos tribunais estaduais¹¹¹.

Em todo o caso, como é evidente, isto não significa que os tribunais arbitrais não sejam (nem consigam ser) independentes e imparciais. Para além de ser uma exigência que resulta, de forma expressa, da LAV¹¹² (bem como da própria CRP, podendo, ainda, considerar-se de ordem pública)¹¹³, a independência e imparcialidade é assegurada (i) pelo chamado “dever de revelação” que sobre os árbitros impende (isto é, revelação de todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua independência e imparcialidade), conjugado com o processo de recusa a que os árbitros podem ser submetidos¹¹⁴; e (ii) pela igualdade das partes na constituição do tribunal arbitral – igualdade que, juntamente com a autonomia das partes na escolha dos árbitros, é vista como o “*contrapeso*” da impossibilidade de aplicação do princípio do juiz natural na arbitragem, o “*sucedâneo funcional*” que permite colmatar a ausência de tão importante princípio, como é o do juiz natural¹¹⁵.

Para além do princípio do juiz natural, idênticas dificuldades se verificam, ainda, por exemplo, quanto ao *princípio da publicidade do processo*, outro importante corolário do direito ao processo equitativo¹¹⁶.

A exigência de publicidade representa, como se sabe, uma garantia de transparência do exercício da função jurisdicional¹¹⁷ que, resumidamente, permite combater o arbítrio do secretismo, bem como a desconfiança na administração da justiça, assim reforçando a legitimidade democrática das decisões dos

¹⁰⁶ Neste sentido, vejam-se CHRISTOPHE SERAGLINI / JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Paris, 2013, p. 330, e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 259. Seguiremos aqui, de muito perto, algumas considerações que já anteriormente fizemos a este respeito: ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, cit., pp. 215 a 226.

¹⁰⁷ ARMANDO RIBEIRO MENDES, “Os Tribunais Arbitrais são tribunais...”, cit., p. 60.

¹⁰⁸ Vide J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, cit., p. 525, e GIOVANNI VERDE, *Diritto processuale civile*, vol. 1 (Parte generale), 4.ª ed., Zanichelli Bologna, Bolonha, 2015, p. 6. Para maiores desenvolvimentos sobre o problema que, em concreto, se coloca na arbitragem com o princípio do juiz natural, veja-se ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, cit., pp. 31 a 33 e 115 a 121.

¹⁰⁹ Facto que se torna incompatível com o princípio do juiz natural aplicável nos tribunais estaduais (OTHMAR JAUERNIG, *Zivilprozessrecht: ein Studienbuch*, Juristische Kurz-Lehrbücher, 25.ª ed., Verlag C. H. Beck, Munique, 1998, p. 345). Neste sentido, vejam-se, na doutrina portuguesa, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “O Princípio do Contraditório na Nomeação de Árbitro pelo Presidente do Tribunal da Relação”, in *Themis - FDUNL*, ano X, n.º 18 (2010), Almedina, Coimbra, 2011, pp. 33 e 34, PAULA COSTA E SILVA, “Preterição do contraditório...”, cit., pp. 313 e 333, PAULA COSTA E SILVA / NUNO TRIGO DOS REIS, “A natureza do procedimento judicial de nomeação de árbitro”, cit., p. 970, PAULA COSTA E SILVA / MARCO GRADI, “A Intervenção de Terceiros no Procedimento Arbitral no Direito Português e no Direito Italiano”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, CBar, ano VIII, n.º 28, Síntese, Porto Alegre, 2010, pp. 54, 57 e 65, JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “A constituição do tribunal arbitral: características, perfis e poderes dos árbitros”, in *II Congresso do CAC - Intervenções*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 111 e 112, JOÃO LUIS LOPES DOS REIS, “A excepção da preterição do tribunal arbitral (voluntário)”, in *ROA*, ano 58, vol. III, Lisboa, 1998, pp. 1126 a 1128, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “O princípio

do juiz natural e a nova organização judiciária”, in *Julgar*, n.º 20 (2013), Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 31, e CARLA GONÇALVES BORGES, “Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem”, in *Themis - FDUNL*, ano VII, n.º 13 (2006), Almedina, Coimbra, 2007, p. 115.

¹¹⁰ Cfr. JEAN-HUBERT MOITRY, “Right to a fair trial and the European Convention on Human Rights...”, cit., p. 118.

¹¹¹ Vide MATTI S. KURKELA / SANTTU TURUNEN, *Due Process in International Commercial Arbitration*, cit., p. 107.

¹¹² Artigos artigo 9.º, n.º 3, 10.º, n.º 6, e 13.º, da LAV.

¹¹³ Com efeito, a independência e imparcialidade dos árbitros é uma “consequência directa das suas funções jurisdicionais” (MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 203), pelo que um tribunal arbitral que não seja independente e imparcial não será um verdadeiro tribunal.

¹¹⁴ Cfr. Artigos 13.º e 14.º da LAV. A este propósito, alguns autores entendem, ainda, embora tal nos pareça muito controverso, ser possível aplicar, analogicamente, aos árbitros, o estatuto do juiz em matéria de impedimentos, previsto no CPC (cfr. MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 309).

¹¹⁵ PAULA COSTA E SILVA, “Preterição do contraditório...”, cit., pp. 313, 329, 330, 333, e PAULA COSTA E SILVA / NUNO TRIGO DOS REIS, “A natureza do procedimento judicial de nomeação de árbitro”, cit., p. 970.

¹¹⁶ Para maiores desenvolvimentos sobre esta questão concreta, vejam-se ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA / ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. confidencialidade na arbitragem desportiva transnacional”, cit., pp. 703 a 711, e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, cit., pp. 216 e ss., que aqui seguiremos de perto.

¹¹⁷ Vide JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil...*, cit., pp. 126 e 145, e RITA LOBO XAVIER / INÊS FOLHADELA / GONÇALO ANDRADE E CASTRO, *Elementos de Direito Processual Civil...*, cit., p. 130.

tribunais¹¹⁸. 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 tribunais¹¹⁹ – no fundo, ao abrigo da conhecida máxima de que “a justiça não deve ser só feita, mas deve ser vista a ser feita”¹²⁰.

O princípio da publicidade encontra-se, assim, amplamente consagrado e compreende, em processo civil, a publicidade das audiências¹²¹, bem como o direito de acesso ao processo¹²²⁻¹²³. 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 inconvenientes¹²⁴ – o que justifica que o mesmo comporte excepções¹²⁵.

Ora, esses inconvenientes são bem claros por referência à arbitragem, onde o princípio da publicidade do processo é susceptível de entrar em conflito, desde logo, com uma das principais vantagens que este meio de resolução alternativa de litígios apresenta: a *confidencialidade*¹²⁶⁻¹²⁷. Atendendo à origem contratual e natureza privada da arbitragem, poder-se-á, aliás, considerar natural que os processos arbitrais sejam, por norma, confidenciais¹²⁸. É esta a prática geralmente aceite e seguida¹²⁹ (havendo mesmo quem defenda que, da convenção de arbitragem, emerge, à partida, um dever implícito de confidencialidade¹³⁰) e é isto que, de certo modo, se verifica na lei portuguesa, onde a confidencialidade é a regra nas arbitragens

¹¹⁸ Sobre as várias finalidades do princípio da publicidade do processo, vejam-se, nomeadamente, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil...*, cit., p. 145, 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.

¹¹⁹ Cfr. IRENEU CABRAL BARRETO, “Direito ao exame da causa publicamente”, cit., pp. 152 e 153, e *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, cit., p. 183, tal como FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *O Novo Processo Civil. Os Princípios Estruturantes*, cit., p. 192.

¹²⁰ 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.

¹²¹ 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, consequentemente, 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.

¹²² Artigo 163.º do CPC.

¹²³ Sobre estes dois direitos compreendidos no princípio da publicidade, vejam-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.

¹²⁴ 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, vejam-se ALEXIS MOURRE, “Le droit français de l’arbitrage international...”, cit., p. 28, e JUAN CARLOS LANDROVE, “European Convention on Human Rights’...”, cit., p. 85.

¹²⁵ Excepções estas previstas, por norma, nos próprios preceitos que consagram o princípio da publicidade, anteriormente referidos. Sobre as várias excepções, vejam-se, por exemplo, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil...*, cit., pp. 145 e 146, 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.

¹²⁶ 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 CAC - 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, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 141, DÁRIO MOURA VICENTE, “Arbitragem OHADA”, in *Direito Internacional Privado - Ensaio*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2005, p. 356, CARLA GONÇALVES BORGES, “Pluralidade de Partes...”, cit., 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. Vennootschapsgroepen en groepen overeenkomsten*, Actes du colloque du CEPANI du 19 novembre 2007, n.º 9, Bruylant, Bruxelles, 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.

¹²⁷ 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 [cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., 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].

¹²⁸ A este respeito, vejam-se, por exemplo, 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, 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.

¹²⁹ 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.

¹³⁰ Vide JEAN-FRANÇOIS POUDET / SEBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., 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).

domésticas (artigo 30.º, n.º 5, da LAV)¹³¹⁻¹³² – ao contrário, portanto, do que sucede no processo civil, em que a regra é a publicidade.

As dificuldades de compatibilização do princípio da publicidade do processo com a arbitragem são, assim, evidentes. A ponto de nos devermos questionar se, afinal, a arbitragem não violará o direito ao processo equitativo, por não respeitar um dos seus mais importantes corolários, a publicidade do processo¹³³.

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 publicidade¹³⁴. 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 inequívoca e, acima de tudo, não ofender nenhum *interesse público relevante*¹³⁵. 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 julgamento¹³⁶. 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”¹³⁷.

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, conseqüentemente,

¹³¹ Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 203 (nota de rodapé n.º 247); especificamente sobre esta norma, veja-se ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Da Condução do Processo Arbitral (Comentário aos arts. 30.º a 38.º da Lei da Arbitragem Voluntária)”, in *Direito da Arbitragem - Ensaio*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 160 a 162. Em todo o caso, importa deixar bem claro duas notas. A primeira é a de que, também na arbitragem, a mencionada regra admite exceções (artigo 30.º, n.º 5, 2.ª parte, e n.º 6, da LAV); exceções, aliás, bastante amplas – referimo-nos, sobretudo, ao “direito de as partes tomarem públicos os actos processuais necessários à defesa dos seus direitos”, presente na 2.ª parte do n.º 5 do artigo 30.º – e que levam alguns autores a defender (e bem) uma interpretação restritiva das mesmas (vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem...*, cit., pp. 307 e 308). 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. É essa a lição que nos deixa, aliás, 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 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, pp. 153 a 164). Sobre este e outros casos, vejam-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 BLACKABY / CONSTANTINE PARTASIDES / ALAN REDFERN / MARTIN HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 127 e 128, 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, assim como o facto de esta última não ser universalmente reconhecida como parte integral da arbitragem, vejam-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 BLACKABY / 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 em matéria administrativa (O Projecto de revisão do Código de Processo dos Tribunais Administrativos e a nova LAV)”, in *RIAC, APA*, n.º 7 (2014), Almedina, Coimbra, 2014, pp. 18 a 21.

¹³² Questão diferente, mas igualmente relevante, é a de saber até onde vai a confidencialidade. Sobre este ponto, vejam-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.

¹³³ Cfr. ANTÓNIO HENRIQUES GASPAS, “Tribunais arbitrais e tribunais estaduais”, in *VIII Congresso do CAC - Intervenções*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 117 a 119.

¹³⁴ 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*, cit., 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...”, cit., pp. 31 e 32; note-se que, pela sua importância, e conforme anteriormente indicado, o princípio da igualdade das partes não é um desses direitos (cfr. ALEXIS MOURRE, “Le droit français de l’arbitrage international...”, cit., p. 26).

¹³⁵ Cfr. PIERRE LAMBERT, “L’arbitrage et l’article 6...”, cit., pp. 16 e 17, IRENEU CABRAL BARRETO, “Direito ao exame da causa publicamente”, cit., pp. 160 e 161, MANUEL CAVALheiro 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>.

¹³⁶ Vide GEORGIOS PETROCHILOS, *Procedural Law in International Arbitration*, cit., p. 150, e JUAN CARLOS LANDROVE, “European Convention on Human Rights...”, cit., p. 85.

¹³⁷ PIERRE LAMBERT, “L’arbitrage et l’article 6...”, cit., p. 16. Conforme, de modo muito claro, considerou a anterior Comissão Europeia dos Direitos do Homem, 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 [decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem proferida no âmbito do caso *Nordström-Janzon 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 Alexis Mourre, esta renúncia à publicidade é, aliás, *lógica*, se considerarmos que a confidencialidade é a essência mesma da arbitragem” (ALEXIS MOURRE, “Le droit français de l’arbitrage international...”, cit., p. 28).

a ausência de publicidade deste – não viola qualquer comando constitucional¹³⁸. 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”¹³⁹.

A questão é mais controvertida, porém, no domínio da *arbitragem administrativa* e das *arbitragens de investimento*¹⁴⁰ (por envolverem Estados ou certas entidades públicas, 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 publicidade¹⁴¹), bem como na *arbitragem desportiva*¹⁴². Fora destes casos, 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.

Deste modo, e em suma, um processo arbitral, para ser equitativo, não precisará, em princípio, de ser público (tal como não necessita de observar o princípio do juiz natural, como vimos anteriormente).

Em todo o caso, as referidas dificuldades de compatibilização do direito ao processo equitativo com a arbitragem não se ficam apenas por aqui. Problemas poderão surgir, ainda, por exemplo, a respeito do direito a que todos têm que a sua causa seja julgada em *prazo razoável* – outro corolário do direito ao processo equitativo, também ele amplamente consagrado¹⁴³⁻¹⁴⁴.

Além da questão de saber se a exigência de um prazo razoável se pode ou não aplicar à arbitragem (entendemos que sim, embora tal ponto seja controvertido¹⁴⁵), o problema surge

¹³⁸ Vide PAULA COSTA E SILVA, “A execução em Portugal de decisões arbitrais...”, *cit.*, pp. 133 a 135.

¹³⁹ PAULA COSTA E SILVA, *op. cit.*, pp. 134 e 135; no mesmo sentido, vejam-se ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal...*, *cit.*, pp. 339 e 340, e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO / BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES, *Teoria Geral do Novo Processo Civil*, Malheiros Editores, São Paulo, 2016, p. 68. 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; veja-se, ainda, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*, *cit.*, p. 62). Neste sentido, salientando, igualmente, a não aplicação do princípio da publicidade das audiências dos tribunais estatuído no artigo 206.º da CRP, vide ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Os Tribunais Arbitrais são tribunais...”, *cit.*, pp. 61 e 62, e JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, *cit.*, p. 88.

¹⁴⁰ Sobre esta questão, vejam-se ARMINDO RIBEIRO MENDES, in DÁRIO MOURA VICENTE (coordenador), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, *cit.*, pp. 102 e 103, 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, MANUEL CAVALEIRO BRANDÃO / PEDRO FERREIRA DE SOUSA, “Anotação à decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem...”, *cit.*, pp. 201 a 203 e, mais recentemente, TIAGO SERRÃO / MARCO CALDEIRA, “A publicidade das decisões arbitrais administrativas: algumas reflexões”, in *Estudos Jurídicos em Comemoração do Centenário da AAFDL. Contributo para o presente e futuro dos meios de resolução alternativa de litígios*, volume I, AAFDL Editora, Lisboa, 2018, pp. 157 a 182, e DIOGO CALADO / MANUEL DA SILVA GOMES, “Publicidade das decisões arbitrais administrativas: ponto de situação e algumas interrogações conexas”, in *A arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL Editora, Lisboa, 2018, pp. 169 a 193.

¹⁴¹ Por essa razão é que, na sequência da revisão do 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 *RIAC*, APA, 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. 102].

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).

¹⁴² Vide ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA / ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. confidencialidade na arbitragem desportiva transnacional”, *cit.*, pp. 701 a 722, “Confidentiality in Portuguese Sports Arbitration: what lessons can we learn from CAS”, in *YAR*, ano 5, n.º 21 (Abril de 2016), Lisboa, 2016, pp. 58 a 61, e HEINER KAHLERT, *Vertraulichkeit im Schiedsverfahren. Eine Untersuchung nach deutschem Recht mit internationalen Bezügen*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2015, pp. 367 e ss.

¹⁴³ Designadamente nos artigos 20.º, n.º 4, 1.ª parte, da CRP, 2.º, n.º 1, do CPC, e 2.º, n.º 1, do CPTA, bem como nos artigos 6.º, n.º 1, da CEDH, e 47.º, 2.º parágrafo, da CDFUE. Para maiores desenvolvimentos sobre esta questão, vide ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, *cit.*, pp. 224 e 225.

¹⁴⁴ O direito a uma decisão em prazo razoável é, como se sabe, uma consequência da ideia segundo a qual uma justiça tardia pode significar uma verdadeira *denegação de justiça* e um direito cuja violação é susceptível de fazer incorrer o Estado em responsabilidade civil (tendo valido já a Portugal algumas condenações pelo TEDH) – *cf.* CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social*, tomo II, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 497, RITA LOBO XAVIER / INÊS FOLHADELA / GONÇALO ANDRADE E CASTRO, *Elementos de Direito Processual Civil...*, *cit.*, p. 130, e ANTÓNIO JÚLIO CUNHA, *Direito Processual Civil Declarativo...*, *cit.*, pp. 85 e 86; sobre o tema, vejam-se, especialmente, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, *cit.*, pp. 49 a 53, JOÃO DE CASTRO MENDES / MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Direito Processual Civil*, *cit.*, § 4.º, l. 4, 4.2, a), ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo Temporalmente Justo e Urgência - Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na Justiça administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, M. HENRIQUE MESQUITA, “Arbitragem: competência do tribunal arbitral e responsabilidade civil do árbitro”, in *Ab Vno ad Omnes - 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 1386 e 1387, TIAGO SERRÃO, “A subsidiariedade da tutela jurisdicional conferida pelo TEDH no âmbito do direito à obtenção de uma decisão em prazo razoável”, in *O Direito*, ano 143.º, IV, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 793 a 838, ANTÓNIO JOSÉ FIALHO, *Conteúdo e Limites do Princípio Inquisitório na Jurisdição Voluntária*, Petrony, Lisboa, 2017, pp. 89 e 90, e GIOVANNI VERDE, *Diritto processuale civile*, vol. 1, *cit.*, pp. 79 a 83.

¹⁴⁵ A este respeito, vejam-se GEORGIOS PETROCHILOS, *Procedural Law in International Arbitration*, *cit.*, pp. 150 e 151, JEAN-HUBERT MOITRY, “Right to a fair trial and the European Convention on Human Rights...”, *cit.*, pp. 120 e 121, e JUAN CARLOS LANDROVE, “European Convention on Human Rights...”, *cit.*, pp. 85 e 86. Importa recordar, aliás, que uma das vantagens clássicas apontadas à arbitragem – por comparação com os tribunais estaduais – é a *maior celeridade do processo arbitral* (A. FERRER CORREIA, “Da arbitragem comercial internacional”, *cit.*, pp. 174 e 175).

depois em definir o que é um prazo razoável em processo arbitral. A este respeito, importa salientar que, diferentemente do que sucede nos tribunais estaduais, na arbitragem as partes podem fixar, livremente, o prazo para a sentença arbitral ser proferida¹⁴⁶.

Desta forma, não basta apenas atender às *circunstâncias do caso* para determinar o que é o prazo razoável¹⁴⁷; na arbitragem, a determinação do prazo razoável deve ser feita, em primeiro lugar, por referência à convenção de arbitragem, isto é, por referência ao que as partes possam, eventualmente, ter acordado sobre este ponto.

O princípio do prazo razoável não se aplica, assim, nos mesmos termos do que sucede no processo estadual. Mais uma vez, a arbitragem apresenta certas particularidades – no âmbito dos vários princípios postulados pelo direito ao processo equitativo – que importa ter em atenção.

Em conclusão, e conforme adverte Mariana França Gouveia, é necessário ter cautelas, quando transpomos, por exemplo, do Direito Processual Civil, o tratamento que é dado aos princípios fundamentais do processo equitativo¹⁴⁸. Além de não se aplicarem, na arbitragem, *todos* esses princípios fundamentais (caso evidente do princípio do juiz natural), é importante depois ter presente que a não aplicação (ou aparente dificuldade na aplicação) de algum desses princípios não significa, automaticamente, que determinado processo arbitral não seja um

processo equitativo ou que a arbitragem, em geral, viole o direito ao processo equitativo¹⁴⁹ – não nos devemos *precipitar* com tal conclusão.

À semelhança do que se verifica, por exemplo, com a aplicação do princípio da igualdade nas relações entre particulares (devendo entender-se que este princípio impõe uma certa atenuação e “algumas adaptações, de forma a não aniquilar a especificidade das relações jurídico-civis”¹⁵⁰), também aqui se poderá afirmar ser necessária uma certa atenuação e adaptações à aplicação (e ao próprio entendimento) do direito ao processo equitativo na arbitragem¹⁵¹.

III – Um segundo ponto essencial importa ter presente quanto aos (muitos) equívocos que se verificam nesta matéria. Referimos, em concreto, à falta de compreensão do sentido e alcance de alguns dos mais elementares princípios e regras do direito ao processo equitativo.

É isso que sucede, desde logo, com o *princípio da igualdade das partes* – princípio que Aleksey Lovchev afirma ter sido violado no caso concreto; a argumentação do atleta russo, porém, não mereceu acolhimento (decisão que nos parece correcta, uma vez que os argumentos usados foram muito vagos, não se tendo percebido onde estaria a alegada violação). Por se tratar de um dos princípios que mais vezes é invocado para fundamentar uma

¹⁴⁶ Cfr. Artigo 43.º, n.º 1, 1.ª parte, da LAV. Sobre este ponto, veja-se MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., pp. 291 a 293.

¹⁴⁷ O prazo razoável é, em si mesmo, conforme se costuma salientar no Direito Processual Civil, um *conceito indeterminado*, que carece de ser concretizado em face das circunstâncias de cada caso – vide JOÃO DE CASTRO MENDES / MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Direito Processual Civil*, cit., § 4.º, I, 4, 4.2, a), RITA LOBO XAVIER / INÉS FOLHADELA / GONÇALO ANDRADE E CASTRO, *Elementos de Direito Processual Civil...*, cit., p. 130, e ANTÓNIO JÚLIO CUNHA, *Direito Processual Civil Declarativo...*, cit., p. 86; quanto ao problema da *celeridade processual*, no âmbito do actual CPC, veja-se JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, “Questões relativas à reforma do Código de Processo Civil”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 919 a 924.

¹⁴⁸ Vide MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 259.

¹⁴⁹ Neste sentido, vide MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 259. Sobre o tema, veja-se, ainda, ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Os Tribunais Arbitrais são tribunais...”, cit., pp. 57 a 65.

¹⁵⁰ J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, cit., p. 347. O princípio da igualdade deve, com efeito, ser conjugado com o *princípio da autonomia da vontade*, também ele com consagração constitucional – cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV (Direitos Fundamentais), 6.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 348. Neste sentido, alertando para o facto de o princípio da igualdade não poder valer, em *toda a sua extensão*, no domínio do direito privado, sendo necessário uma certa *atenuação*, vejam-se CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 75 a 79, e PAULO MOTA PINTO, “Autonomia privada e discriminação - algumas notas”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 326 e 338 a 342. Sobre o tema da eficácia dos direitos fundamentais no direito privado [mais conhecido na sua fórmula alemã por “*Drittwirkung der Grundrechte*” (eficácia externa dos direitos fundamentais)] e, em especial, sobre os desafios que o princípio da igualdade levanta nas relações entre particulares, vide, além dos autores citados, e entre muitos outros, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pp. 432, 448 e 1285 e ss., e “Dogmática de direitos fundamentais e direito privado”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. V, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 63 a 83, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Constitucionalização do Direito

Civil”, in *Direito dos Contratos - Estudos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 19 e ss., JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 258 a 262, JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 16 e ss., e *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, AAFDL, Lisboa, 1990, GUILHERME DRAY, *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho. Sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 134 e ss., e *O Princípio da Protecção do Trabalhador*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 183 e ss., JOÃO CAUPERS, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, Almedina, Coimbra, 1985, pp. 174 a 179, VASCO PEREIRA DA SILVA, “A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias”, in *RDES*, ano XXIX (II da 2.ª série), n.º 2, Almedina, Coimbra, 1987, pp. 259 a 274, PAULO MOTA PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in *BFDUC*, Stvdia Ivridica, n.º 40 (Portugal-Brasil ano 2000), Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 227 e ss., e “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português”, in ANTÓNIO PINTO MONTEIRO / JÖRG NEUNER / INGO SARLET (organizadores), *Direitos fundamentais e direito privado. Uma perspectiva de direito comparado*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 148 e ss., SANDRA PASSINHAS, *Propriedade e Personalidade no Direito Civil Português*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 389 a 414, JORGE PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 712 e ss., BENEDITA FERREIRA DA SILVA MAC CRORIE, *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 41 e ss., e JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 77 a 86; na doutrina alemã, veja-se, designadamente, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Direitos fundamentais e direito privado*, tradução de INGO SARLET / PAULO MOTA PINTO, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 52 e ss. Para um resumo sobre as divergências de interpretação em torno do artigo 18.º, n.º 1, da CRP, e as diversas posições que, em concreto, têm sido assumidas nesta matéria (referimo-nos às teorias que, quanto à relevância dos direitos fundamentais no seio das relações privadas, defendem uma *eficácia imediata/directa*, uma *eficácia mediata/indirecta* ou uma *solução intermédia*), vide, em particular, GUILHERME DRAY, *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho...*, cit., pp. 304 e ss., e CÉLINE ROSA PIMPÃO, *A tutela do trabalhador em matéria de segurança, (higiene) e saúde no trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 63 a 70.

¹⁵¹ Posição que defendemos anteriormente em *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, cit., pp. 225 e 226.

possível violação do direito ao processo equitativo, e onde mais vezes se nota uma clara confusão quanto ao sentido e alcance do mesmo, iremos de seguida centrar-nos em alguns dos principais equívocos que o rodeiam.¹⁵²

Importante corolário do direito ao processo equitativo¹⁵³, o princípio da igualdade das partes é, sem margem para dúvidas, um princípio “indiscutido em matéria de arbitragem”¹⁵⁴, uma verdadeira “regra bíblica” a observar em qualquer processo arbitral¹⁵⁵. A importância do princípio é reconhecida, de forma expressa, em inúmeras leis e regulamentos de arbitragem estrangeiros, podendo afirmar-se que pertence aos princípios gerais do “*due process internacional*”¹⁵⁶. Por outro lado, o princípio da igualdade das partes é, importa salientá-lo, um princípio fundamental em todos os momentos da arbitragem¹⁵⁷ (a começar, desde logo, com o momento da constituição do tribunal arbitral).

Cingindo-nos apenas aos maiores equívocos que na arbitragem se verificam, um dos pontos mais importantes que cumpre salientar nesta matéria é o de que *igualdade não é sinónimo de identidade de tratamento*¹⁵⁸. Ou seja, a igualdade das partes não significa (nem pode significar) – sempre e em todas as situações – uma identidade de tratamento das partes, que muitas vezes, aliás, será impossível de conseguir¹⁵⁹. Na verdade, conforme se costuma afirmar no âmbito do Direito Processual Civil, *estar no processo como autor não é o mesmo que estar no processo como réu*¹⁶⁰. Por conseguinte, existirão sempre certas

diferenças entre as partes, diferenças que, pura e simplesmente, não serão possíveis de ultrapassar (sem que isso ponha em causa o princípio da igualdade das partes)¹⁶¹.

Pense-se, por exemplo, no seguinte: o autor, à partida, terá mais tempo para preparar a acção (escolhendo o momento da sua propositura¹⁶²) do que o réu tem para se defender dessa mesma acção. A desigualdade substancial entre as partes é inegável – o autor está numa clara posição de vantagem quanto a este ponto. O mesmo se diga, também, a propósito das regras de distribuição do ónus da prova. A parte sobre a qual recaia o ónus da prova sobre determinados factos estará em desvantagem em relação àquela que não tenha esse ónus (esta última poderá obter uma sentença favorável, sem ter de provar nenhum facto)¹⁶³.

A igualdade das partes não implica, assim, *necessariamente*, estender a uma das partes a *mesma* medida que foi concedida à outra – não estamos perante um princípio automático ou mecânico¹⁶⁴. Mais: por vezes, para que se cumpra a igualdade *material ou substancial* (e não apenas uma igualdade formal¹⁶⁵), será mesmo necessário que se estabeleçam diferenciações¹⁶⁶, designadamente quando a situação entre demandante(s) e demandado(s) não for idêntica¹⁶⁷.

¹⁵² Sobre o tema, vide ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, cit.

¹⁵³ Para alguns autores, o princípio da igualdade das partes constitui, na arbitragem, a garantia de *due process* mais importante, sem o qual não se pode conceber sequer a existência de um processo equitativo – vejam-se 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. 189, e EMMANUEL GAILLARD, “Aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international”, in *Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye - Collected courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 329, BrillOnline, Leiden, 2008, p. 153.

¹⁵⁴ MARIA ÂNGELA BENTO SOARES / RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Contratos Internacionais - compra e venda, cláusulas penais, arbitragem*, Almedina, Coimbra, 1986, p. 383; veja-se, ainda, SELMA FERREIRA LEMES, “Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado”, in ARNOLDO WALD (organizador), *Arbitragem e Mediação*, vol. I (A Arbitragem. Introdução e Histórico), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, pp. 225 e ss.

¹⁵⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Tribunal arbitral - falta de advogado - princípio do contraditório”, anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16/09/2008, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 69, vols. I e II, Lisboa, 2009, p. 375. Na arbitragem, o princípio da igualdade das partes, tal como o princípio do contraditório, é um “*verdadeiro mandamento*”, cuja observância é indispensável no *iter* do processo arbitral (CÂNDIDA DA SILVA ANTUNES PIRES, “O Monopólio Estadual da Jurisdição: Relatividade Ou Crise?”, in *Direito de Macau - reflexões e estudos*, Fundação Rui Cunha / CRED-DM, Macau, 2014, p. 187).

¹⁵⁶ STEPHEN M. SCHWEBEL / SUSAN G. LAHNE, “Public Policy and Arbitral Procedure”, in *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress Series*, n.º 3, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 1987, p. 216. Neste sentido, vejam-se, entre outros, JEAN-FRANÇOIS POUURET / SÉBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., p. 338, e GEORGIOS PETROCHILOS, *Procedural Law in International Arbitration*, cit., pp. 144 e 145.

¹⁵⁷ Vide GEORGIOS PETROCHILOS, *Procedural Law in International Arbitration*, cit., pp. 144 e 145. Na mesma linha, vejam-se, entre outros, LAURA SALVANESCHI, *L’arbitrato con pluralità di parti*, Processo e Giudizio - Collana diretta da Giuseppe Tarzia, Cedam, Pádua, 1999, p. 193, JEAN-HUBERT MOITRY, “Right to a fair trial and the European Convention on Human Rights...”, cit., p. 115, CHRISTOPHE SERAGLINI / JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l’arbitrage interne et international*, cit., pp. 344 e 345, e, por referência ao artigo 18.º da Lei-Modelo da UNCITRAL, PETER BINDER,

International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions, 3.ª ed., Sweet & Maxwell, Beccles, 2010, pp. 276, 277 e 280.

¹⁵⁸ Cfr. CHRISTOPHE SERAGLINI / JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l’arbitrage interne et international*, cit., p. 345.

¹⁵⁹ Vide MATTI S. KURKELA / SANTTU TURUNEN, *Due Process in International Commercial Arbitration*, cit., p. 190.

¹⁶⁰ Cfr. PIERO CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile secondo il nuovo codice*, parte seconda, Cedam, Pádua, 1943, p. 192, e FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *O Novo Processo Civil. Os Princípios Estruturantes*, cit., p. 61.

¹⁶¹ Aludindo a algumas destas diferenças, nomeadamente a certas vantagens que o demandante pode ter na preparação da acção arbitral, vejam-se DOMINIQUE HASCHER, “Principes et pratique de procédure dans l’arbitrage commercial international”, in *Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye - Collected courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 279, BrillOnline, Leiden, 1999, p. 129, e JAN PAULSSON, “The Timely Arbitrator: Reflections on the Böckstiegl Method”, in *Arbitration International*, vol. 22, n.º 1, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, pp. 23 e 24.

¹⁶² Tendo em atenção, claro, eventuais prazos de caducidade (por exemplo, o prazo da responsabilidade contratual).

¹⁶³ Mencionando alguns destes exemplos, vide, nomeadamente, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, cit., pp. 42 e 43, FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *O Novo Processo Civil. Os Princípios Estruturantes*, cit., pp. 61 e 62, e *Noções Fundamentais de Processo Civil*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 45, e J. P. REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa à luz do Código Revisto*, cit., p. 208.

¹⁶⁴ Cfr. DOMINIQUE HASCHER, “Principes et pratique de procédure dans l’arbitrage commercial international”, cit., p. 129.

¹⁶⁵ Na cena internacional, alertando para o facto de o princípio da igualdade das partes não se reduzir a uma *igualdade formal*, GEROLD HERRMANN, “The Arbitrator’s Responsibilities for the Proper Conduct of Proceedings and the Role of the Courts in Providing Supervision”, in *International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story, ICCA Congress Series*, n.º 10, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2001, p. 73.

¹⁶⁶ A este propósito, veja-se GEORGIOS PETROCHILOS, *Procedural Law in International Arbitration*, cit., pp. 145 e 146.

¹⁶⁷ Cfr. DOMINIQUE HASCHER, “Principes et pratique de procédure dans l’arbitrage commercial international”, cit., p. 129.

Utilizando uma imagem sugestiva de Balladore Pallieri, poder-se-á afirmar que, no duelo judiciário ou arbitral, não basta que se dê ao autor e ao réu “espadas iguais”; por vezes, poderá ser necessário que se dê uma espada mais comprida à parte que tem o braço mais curto¹⁶⁸, só assim se conseguindo garantir o referido estatuto de igualdade substancial das partes.

O que o princípio da igualdade das partes exige, portanto, é que o tribunal assegure um estatuto de igualdade substancial das partes¹⁶⁹ e não que as partes tenham (sempre) as mesmas armas – uma coisa não implica (necessariamente) a outra, pois *igualdade não é sinónimo de identidade de tratamento*¹⁷⁰.

Desta forma, também na arbitragem a regra deverá ser a de que quando a situação em que as partes se encontram for igual, em princípio estas deverão ser tratadas de forma igual; quando a situação for diferente, poderão as partes, nesse caso, ser tratadas de forma diferente¹⁷¹ (no fundo, em consonância com o conhecido adágio, imputado a Aristóteles, de *tratar igualmente o que é igual e desigualmente o desigual*¹⁷², com respeito pelos limites impostos pelo princípio da proporcionalidade¹⁷³).

Embora não se tenha manifestado no caso concreto, os (muitos) equívocos em torno do princípio da igualdade das partes têm contribuído para agravar o fenómeno do “due process paranoia”. Neste contexto, não são apenas os árbitros que têm revelado um receio excessivo em torno do direito ao processo equitativo. O mesmo se tem verificado em alguns *regulamentos e leis de arbitragem*: designadamente naqueles que, por referência ao problema da constituição do tribunal arbitral em caso de pluralidade de partes (quando o tribunal seja colegial), consagram a nomeação automática da totalidade dos árbitros caso falhe a nomeação conjunta do árbitro por uma das partes (por norma, os demandados), aparentemente para garantir o respeito pelo princípio da igualdade das partes¹⁷⁴.

5. Conclusão

Apesar da sua importância indiscutível em qualquer processo e perante qualquer tribunal (estadual ou arbitral), o *due process* ou direito ao processo equitativo é, com alguma frequência, fonte de vários equívocos na arbitragem.

Com particular incidência nos últimos anos, muitos têm sido os casos onde, ao longo do processo arbitral, se repetem argumentos relacionados com uma alegada violação do direito ao processo equitativo – violação esta que, na maior parte das vezes, é apenas fictícia, servindo de meio para atingir outros fins. É neste contexto que emerge o recente fenómeno do “due process paranoia”, onde os referidos equívocos, ainda mais notórios, têm prejudicado a qualidade da própria arbitragem.

Neste sentido, o acórdão do Tribunal Federal Suíço de 25 de Julho de 2017 é relevante e merecedor de uma reflexão aprofundada. Para além de evidenciar o frequente abuso da invocação do desrespeito do direito ao processo equitativo em processos arbitrais (muitas vezes com fracos argumentos, como aparentava ser o caso), o Tribunal soube ultrapassar as questões controvertidas que se colocavam e adoptar uma decisão que, face aos elementos factuais que nos são dados a conhecer no acórdão, parece ser a decisão correcta.

Desta forma, à semelhança do que o TAS/CAS já havia feito, o Tribunal Federal Suíço não se deixou enganar pelo que tudo indicava ser uma alegação abusiva do atleta russo, não existindo qualquer violação do direito ao processo equitativo (ou de algum dos princípios e regras fundamentais em que este direito se concretiza) no caso concreto.

¹⁶⁸ A este respeito, veja-se GIORGIO BALLADORE PALLIERI, “Introduzione ai lavori del convegno”, in *Studi Parmensi*, vol. XVIII, L’eguaglianza delle armi nel processo civile, atti del convegno 10 dicembre 1976, Università di Parma, Giuffrè Editore, Milão, 1977, p. XVI.

¹⁶⁹ No âmbito do Direito Processual Civil, é isso que decorre expressamente, por exemplo, do artigo 4.º do Código de Processo Civil português.

¹⁷⁰ Vide VITAL MOREIRA / CARLA DE MARCELINO GOMES (coordenação), *Compreender os direitos humanos...*, cit., p. 229, LUCINDA DIAS DA SILVA, *Processo Cautelar Comum...*, cit., pp. 39 e 40, e RUI PEREIRA, “O princípio da igualdade em Direito Penal”, in *O Direito*, ano 120.º, I-II, Lisboa, 1988, p. 111. Aliás, da própria ideia de igualdade de tratamento das partes decorre a *necessidade de diferenças*, sobretudo “nas situações onde a igualdade formal possa redundar em desigualdade substancial ou, pelo menos, onde elas se legitimem por um fundamento racional, não arbitrário” [JOSÉ LEBRE DE FREITAS / CRISTINA MÁXIMO DOS SANTOS, *O Processo Civil na Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 84; veja-se, também, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 518/00, de 29/11/2000 (Relator Artur Maurício, processo n.º 362/00), in <http://www.tribunalconstitucional.pt/>].

¹⁷¹ Neste sentido, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (coordenação), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, cit., pp. 371 e 372.

¹⁷² Vide ARISTÓTELES, *Política*, tradução de ANTÓNIO CAMPELO AMARAL e CARLOS DE CARVALHO GOMES, Coleção Vega Universidade / Ciências Sociais e Políticas, Vega, Lisboa, 1998, p. 217 (1280a10).

¹⁷³ Utilizando uma imagem sugestiva de MARIA LÚCIA AMARAL, dir-se-á que “não se utilizam canhões para atirar a pardais”, quer dizer, “as vantagens (obtidas por todos) através da medida estadual devem ser *proporcionais* às desvantagens que tal medida tenha eventualmente causado a alguns membros da comunidade jurídica, de tal modo que o peso da decisão pública nunca venha a exceder o quantum requerido pela prossecução do seu fim” – MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma da República. Uma introdução ao estudo do Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012 (reimpressão), p. 186.

¹⁷⁴ Conforme concluímos já a este respeito, esta solução revela uma incompreensão do sentido e alcance do princípio da igualdade das partes (à qual se soma uma confusão quanto aos conceitos processuais de parte, sujeito, dualidade e pluralidade de partes), que, no fundo, é fruto do (excessivo) receio de os tribunais estaduais poderem anular as sentenças arbitrais que venham a ser proferidas (entre outras consequências nefastas), com base numa alegada violação do princípio da igualdade das partes no momento da constituição do tribunal – *cf.* ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, cit., pp. 323 e 324.



KASS KASS
Ode Schmetterling, 2012
Acrílico sobre tela
Coleção Fundação PLMJ

