

A TUTELA CRIMINAL DA CONFIDENCIALIDADE EM ARBITRAGEM: A CRIMINALIDADE ECONÓMICO- -FINANCEIRA E A TENSÃO ENTRE OS DEVERES DE SEGREDO E DE DENÚNCIA

Pelo Dr. Tiago da Costa Andrade()*

SUMÁRIO:

1. Razão de ordem.
2. O árbitro como funcionário e o dever de denúncia.
3. O dever de confidencialidade do árbitro.
4. O segredo criminalmente relevante.
5. O dever de denúncia e a justificação da violação do segredo.
6. A criminalidade económico-financeira e o *Zeitgeist* político-criminal contemporâneo.
7. A (des)necessidade da violação de segredo para a realização da justiça penal.
8. A distinção entre árbitros e denunciantes.
9. Conclusão.

1. Razão de ordem

O objeto do presente estudo situa-se na fronteira entre o Direito da Arbitragem e as ciências jurídico-criminais. E parte da constatação da existência de uma tensão entre as normas que disciplinam a arbitragem e as normas penais, precipitada pela *coqueluche* da política criminal internacional hodierna do combate *ou* luta *ou* guerra *contra* ou *à* corrupção.

(*) Advogado e Assistente Convidado da Secção de Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. No contexto da elaboração do presente texto, devo uma palavra de agradecimento à minha colega JOANA GRANADEIRO, versada nas matérias de arbitragem, pelos valiosos contributos e desafiantes interrogações que me ofereceu e colocou e que não deixaram de influenciar a abordagem a algum dos temas aqui discutidos.

O estudo da tutela criminal da confidencialidade em arbitragem assenta em vetores de difícil harmonização.

Em primeiro lugar, existem hoje normas jurídicas que equiparam os árbitros aos funcionários públicos para efeitos de lei penal, e com base nessa equiparação, tem-se assistido a uma tendência na comunidade jurídica para atribuir aos árbitros um dever de denúncia de crimes de que tomem conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas.

Em segundo lugar, a lei portuguesa impõe sobre os árbitros um dever de confidencialidade sobre a informação e documentos de que tomem conhecimento em virtude do processo arbitral. Essa confidencialidade goza, no nosso ordenamento jurídico, de tutela penal, podendo a sua violação dar lugar à prática de um crime.

Em terceiro lugar, é hoje comumente entendido na doutrina da especialidade que um tribunal arbitral deve empreender os melhores esforços no sentido de proferir sentenças arbitrais exequíveis, sendo incontroverso que essa exequibilidade ficará inviabilizada se a sentença arbitral proferida violar a ordem pública internacional, conceito no qual a doutrina e a jurisprudência têm vindo a inserir os casos em que se descortinam crimes de colarinho branco, nos quais se inclui a corrupção. Além disso, os casos *World Duty Free v. Quênia*, de 2006, e *Metal-Tech v. Uzbequistão*, de 2013, no contexto da arbitragem internacional de investimento, tornaram claro que a determinação da existência de práticas criminais, designadamente de corrupção, pode obstar não apenas ao reconhecimento das sentenças arbitrais, mas também, a montante, à própria jurisdição dos tribunais arbitrais.

É da intersecção destes vetores que nasce a tensão que o presente estudo se propõe analisar. O tema assume hoje particular acuidade dada a frequência crescente com que surgem alegações de corrupção, branqueamento de capitais ou outros crimes semelhantes no contexto da arbitragem, bem como a circunstância de a generalidade dos instrumentos jurídicos que disciplinam o processo arbitral serem omissos quanto à forma de tratar tais alegações.

Importa ter presente que as alegações de práticas criminosas podem surgir em diferentes momentos e afetar diversos aspetos do processo arbitral: podem dizer respeito ao contrato ao abrigo do qual o litígio surge, à convenção de arbitragem nele ínsita, podem relacionar-se com a prova obtida, ou podem até mesmo consistir na submissão de um falso litígio à arbitragem como forma de branquear a transferência de fundos entre as partes.

Sendo verdade que o paradigma atual aponta para uma maior seriedade no tratamento das alegações de práticas criminosas, é também ver-

dade que essas alegações são feitas muitas vezes sob a forma de mera insinuação, sem daí se extraírem consequências jurídicas para o processo, com o objetivo de suscitar a dúvida no tribunal, de desviar as atenções da violação contratual em discussão, ou de atrasar o processo arbitral. Os árbitros devem por isso estar cientes de que há um elevado risco de alegações de crime infundadas em arbitragem, sem meios de prova que as sustentem, como ficou demonstrado no caso *African Holding v. República Democrática do Congo*, de 2008.

É este o pano de fundo sobre o qual empreendemos a busca por uma resposta que permita harmonizar o dever de confidencialidade dos árbitros e o dever de denúncia de crimes a que possam considerar-se adstritos. Com esse desígnio, começaremos por analisar a questão de saber se os árbitros são funcionários para efeitos da lei penal e, conseqüentemente, se estão realmente sujeitos a um dever de denúncia obrigatória. Em seguida, exploraremos o conteúdo e limites do dever de confidencialidade a que os árbitros estão adstritos no exercício das suas funções, para posteriormente dissecar o crime de violação de segredo e averiguar a correspondência entre o segredo dos árbitros e o segredo criminalmente relevante. Subsequentemente, ocupar-nos-á o problema de saber se a denúncia de crimes de pendor económico-financeiro pelo árbitro constitui causa de justificação do crime de violação de segredo, quer em ordem a assegurar a administração repressiva da justiça penal, quer com a intenção de prevenção de crimes. Por fim, olharemos para a recente Diretiva sobre proteção de denunciadores e para a sua transposição no direito português para questionar a justeza da potencial inclusão dos árbitros como *whistleblowers*.

2. O árbitro como funcionário e o dever de denúncia

2.1. Antes de mais, umas breves notas sobre lei aplicável. Breves porque o contrário nos desencaminharia da meta que estabelecemos para este estudo. E apenas as suficientes para balizar a aplicação da lei penal e da lei processual penal, bem como das normas disciplinadoras da arbitragem voluntária, que influenciam decisivamente a existência ou inexistência do dever de denúncia dos árbitros.

No que diz respeito à aplicação da lei penal substantiva, o princípio primordial no tocante à sua aplicação no espaço é o *princípio da territorialidade*. A lei penal aplica-se aos factos praticados em território português

qualquer que seja a nacionalidade do agente⁽¹⁾. Além disso, sempre que o agente não tiver sido julgado no país da prática do facto ou se houver subtraído ao cumprimento total ou parcial da condenação, a lei portuguesa é ainda aplicável a factos praticados fora do território nacional em razão dos princípios da nacionalidade, da proteção dos interesses nacionais, da universalidade ou da administração supletiva da justiça penal^(2/3).

No que diz respeito à lei processual penal, esta é aplicável em todo o território português e, bem assim, em território estrangeiro nos limites definidos pelos tratados, convenções e regras do direito internacional⁽⁴⁾.

Em Direito Penal (em sentido amplo), ao contrário do que sucede no contexto do Direito Privado, o ponto de vista do qual se parte para um problema de lei aplicável não é tanto o de saber qual é a única ou a *melhor* lei aplicável, mas sobretudo se a lei penal de um determinado Estado — neste caso, a portuguesa — é aplicável ou não ao caso decidendo, tendo em vista, nesta sede, o princípio de indeterminação das conexões legítimas⁽⁵⁾.

Daqui resulta, desde logo, uma primeira consequência para a delimitação do problema ao qual pretendemos dar resposta: a questão jurídico-penal e — em certa medida também — processual do tratamento de indícios de corrupção ou de qualquer tipo de crime de colarinho branco conexo, numa arbitragem internacional, deve ser perspetivada a partir da lei penal a aplicar no caso, sendo extremamente difícil fazê-lo de outro modo, designadamente de um ponto de partida jurídico global.

No que diz respeito às normas disciplinadoras da arbitragem, o entendimento dominante é o de que é a *lex arbitri*, e não a lei nacionalidade dos árbitros, que define os poderes dos árbitros e, nomeadamente, os seus poderes públicos⁽⁶⁾. Assim, e sem prejuízo da possibilidade de as partes poderem contratualmente estipular os direitos e deveres dos árbitros na

(1) Art. 4.º do Código Penal.

(2) Arts. 5.º e 6.º do Código Penal.

(3) Sobre os princípios que regem o âmbito de aplicação espacial da lei penal, em detalhe, cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, Parte Geral, Tomo I, Gestlegal, 2019, 3.ª ed., p. 242, ss.

(4) Art. 6.º do Código de Processo Penal. A parte final deste artigo é especialmente relevante para enquadrar a legalidade dos atos de auxílio jurídico interestadual em matéria penal.

(5) De acordo com este princípio, cabe aos Estados concretizar nas suas ordens jurídicas, as regras de aplicabilidade que entenderem mais convenientes, dentro do respeito pelo direito internacional. Sendo que as regras de aplicabilidade da lei a factos extraterritoriais envolvem quase sempre conflitos potenciais entre as pretensões jurisdicionais dos Estados. Sobre este tema no quadro da teoria das regras de aplicabilidade em Direito Penal, PEDRO CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado*, Coimbra Editora, 2010, 1.ª ed., p. 325, ss.

(6) DRAGOR HIBER, VLADIMIR PAVIĆ, “Arbitration and Crime”, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 2008, Volume 25 Issue 4, 461-478, p. 467.

convenção de arbitragem, a lei do Estado da sede da arbitragem será a lei relevante na determinação dos direitos e deveres a que estão adstritos no exercício das suas funções.

Destarte, o pressuposto em que assenta o presente estudo é o de que o lugar da arbitragem se encontra dentro das fronteiras do Estado português, aplicando-se a lei de arbitragem e a lei processual penal nacional. E que aos factos criminais dos quais há indícios na arbitragem se aplica a lei penal substantiva portuguesa. Vejamos então.

2.2. Sob a égide de um verdadeiro Estado de Direito, não há nem pode haver qualquer obrigação geral da denúncia da prática de crimes. Exceto quando a lei especificamente determinar tal obrigação em relação a um grupo de pessoas que se encontram em certas circunstâncias que justifiquem a imposição de tal obrigação.

Em Portugal, vale precisamente um tal princípio, uma vez que a denúncia de crimes apenas é obrigatória, nos termos do disposto no art. 242.º Código de Processo Penal, ainda que os agentes do crime não sejam conhecidos, para (i) as entidades policiais, quanto a todos os crimes de que tomarem conhecimento e (ii) para os funcionários, na aceção do art. 386.º do Código Penal, quanto aos crimes de que tomarem conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas.

Colocando de parte o dever de denúncia obrigatória que impende sobre as entidades policiais, que não cabe na economia do presente estudo, atender-se-á ao dever que impede sobre os funcionários e, em particular, à remissão feita pela norma processual penal para a lei penal substantiva para efeitos de determinação do conceito criminalmente relevante de funcionário.

No âmbito da lei penal substantiva nacional, o art. 386.º do Código Penal consagra uma definição de funcionário para “*efeito da lei penal*”. Nos termos deste artigo do Código Penal, tanto pela alínea e) do número 1⁽⁷⁾ como, pelas alíneas e)⁽⁸⁾ e f)⁽⁹⁾ do número 3 para os efeitos de aplicação dos crimes de tráfico de influência, de recebimento indevido de vantagem, de corrupção passiva e de corrupção ativa, o árbitro é considerado funcionário para efeito da lei penal⁽¹⁰⁾.

(7) “O árbitro, o jurado, o perito, o técnico que auxilie o tribunal em inspeção judicial, o tradutor, o intérprete e o mediador”.

(8) “Todos os que exerçam funções no âmbito de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos, independentemente da nacionalidade e residência”.

(9) “Os jurados e árbitros nacionais de outros Estados”.

(10) No panorama internacional, se a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003) e a Convenção da OCDE sobre a luta contra a corrupção de agentes públicos estrangeiros em

É inevitável, por conseguinte, que, desde logo, nos questionemos relativamente a duas idiossincrasias atinentes ao art. 386.º. Em primeiro lugar, qual a razão de os árbitros surgirem em três alíneas do mesmo artigo como sendo funcionários para efeito da lei penal? E, em segundo lugar, como se processa a remissão da lei processual para uma norma que expressamente indica que a definição legal de funcionário vale para “efeito da lei penal”? Finalmente, como interpretar o conceito de árbitro, em função das diferentes categorias de arbitragem que poderão estar subjacentes à aplicação da norma.

2.3. Ora, os árbitros como pessoas que exercem funções em procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos entraram para a categoria jurídico-penal de funcionário pela mão da Lei n.º 59/2007, de 4 de abril, que os incluiu no atual art. 368.º, n.º 3, alínea e), do Código Penal⁽¹¹⁾. A Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro, passou a incluir expressamente no art. 386.º, n.º 1, alínea c), os árbitros, sendo hoje inequívoco que o árbitro é funcionário para efeitos penais. Fê-lo, porém, sem revogar a alínea e) do número 3 do mesmo artigo. Mais: com a Lei n.º 30/2015, de 22 de abril, a

transações comerciais internacionais (1997), oferecem um conceito autónomo de funcionário público, os instrumentos europeus como a Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa (2003) — além de outros instrumentos de Direito da União Europeia — refletem uma opção pela remissão para os correspondentes ordenamentos jurídicos internos dos Estados. Sobre o conceito de funcionário público no direito internacional e europeu, propondo um conceito autónomo para o Direito Penal da União Europeia, que inclua também os árbitros, ADÁN NIETO MARTÍN, “El Concepto de Funcionario Público (art. 1)”, in *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo*. Eurodelitos de corrupción y fraude (Coord. LUIS ARROYO ZAPATER/ADÁN NIETO MARTÍN), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 89 e ss. Notamos que, nos termos do art. 1.º do Protocolo adicional à referida Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa, o termo “árbitro” deve ser interpretado por referência ao Direito interno dos Estados Partes no referido Protocolo, devendo incluir, em qualquer caso, a pessoa que, por força de um acordo de arbitragem, é chamada a proferir uma decisão juridicamente vinculativa num litígio que lhe tenha sido submetido pelas partes nesse acordo. Notamos, ainda, que na Resolução da Assembleia da República n.º 1/2015 que aprovou o referido Protocolo Adicional, a República Portuguesa reservou-se o direito de não sancionar criminalmente as infrações de corrupção de árbitros estrangeiros e de corrupção de jurados estrangeiros, previstas nos arts. 4.º e 6.º do Protocolo, com exceção dos casos em que a infração tenha sido cometida, total ou parcialmente, em território português. É esta reserva formulada por Portugal relativamente ao Protocolo Adicional que explica a exigência de uma conexão territorial nas alíneas e) e f) do número 3 do art. 386.º do Código Penal. Desenvolvendo e sustentando a contrariedade das alíneas e) e f) do número 3 do art. 386.º do Código Penal e a violação da obrigação internacional de incriminação por parte do Estado Português, cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 3.ª ed. atualizada, 2015, p. 1229.

⁽¹¹⁾ À data, a alínea e) correspondia à alínea d), com a redação “*Todos os que exerçam funções no âmbito de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos*” mais restrita do que a atual.

alínea f) do número 3 passou a abranger também os “*jurados e árbitros nacionais de outros Estados, quando a infração tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português*”. E, agora, com a Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro, mantiveram-se as referências aos árbitros no art. 386.º do Código Penal, desaparecendo apenas os segmentos normativos “*quando a infração tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português*” das alíneas e) e f) do número 3. Julgamos que o fundamento genérico que tem vindo a servir de base para as sucessivas adições a este artigo tem que ver com a necessidade de um conceito de funcionário suficientemente abrangente para evitar lacunas de punibilidade⁽¹²⁾.

Contudo, o art. 386.º do Código Penal não pode ser vista como um empilhar de tipos de agentes sem qualquer consideração material pela função que cada um desempenha e, decisivamente, pelas concretas normas incriminadoras que se socorrem da definição de funcionário para completar o seu tipo. A diversidade de modalidades de arbitragem — pública ou privada, necessária ou voluntária, doméstica ou internacional — impede uma equiparação direta, para efeitos de exercício de função pública, de todos os árbitros com base numa única formulação⁽¹³⁾. Importa, por isso, averiguar se aos diferentes tipos de arbitragem deve corresponder uma distinção na densificação do conceito de árbitro para efeitos jurídico-penais.

2.4. Examinado como ficou o regime jurídico-penal do dever de denúncia, e antes de abordar a questão de saber se tal regime deve abranger indistintamente os árbitros em todo o tipo de arbitragens, importa analisar brevemente os diferentes tipos de arbitragem que podem estar em causa.

Em primeiro lugar, a arbitragem pode distinguir-se em voluntária ou necessária. Nos termos do art. 1.º, n.º 1, da Lei da Arbitragem Voluntária, “[d]esde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros”.

A arbitragem diz-se, por isso, necessária quando seja prescrita por lei especial, conforme decorre do art. 1136.º do Código de Processo Civil⁽¹⁴⁾,

(12) Sobre a evolução deste artigo, JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Dirigido por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS), Tomo III (arts. 308.º a 386.º), Coimbra Editora, 2001, p. 808, ss., e *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção — uma análise crítica das leis n.ºs 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro*, Coimbra Editora, 2011, p. 20, ss.

(13) Assim, mesmo no que toca aos árbitros, JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *A Reforma...*, p. 29.

(14) Mencionando outros conceitos de arbitragem necessária, nomeadamente por referência a relações assimétricas entre as partes litigantes, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, DANIELA MIRANTE, “Da constitu-

sem recurso a uma convenção de arbitragem assinada pelas partes em litígio. Ou seja, nas palavras de CARLOS BLANCO DE MORAIS, “a arbitragem necessária envolve a obrigatoriedade de os litigantes submeterem o litígio não a tribunais estaduais, mas a instâncias arbitrais”⁽¹⁵⁾. Vigoram no ordenamento jurídico português vários regimes especiais, como, entre outros, o dos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho não convencionais⁽¹⁶⁾, o dos litígios emergentes dos atos e omissões das federações desportivas, ligas profissionais e outras entidades desportivas⁽¹⁷⁾, o dos conflitos de consumo de reduzido valor económico⁽¹⁸⁾ e o das relações coletivas de trabalho⁽¹⁹⁾. Nos termos do art. 1139.º do Código de Processo Civil, “[e]m tudo o que não vai especialmente regulado observa-se, na parte aplicável, o disposto na Lei da Arbitragem Voluntária”.

Conforme nota CARLOS BLANCO DE MORAIS, a admissibilidade da arbitragem necessária não é pacífica na doutrina⁽²⁰⁾, por restringir a autonomia privada e por impedir o acesso aos tribunais estaduais e, assim, eventualmente, o acesso aos tribunais e, eventualmente, o princípio da igualdade⁽²¹⁾. Contudo, esta questão foi superada pela modificação da Constituição da República Portuguesa, que reconhece atualmente no seu art. 209.º, n.º 2, os tribunais arbitrais como tribunais, bem como pelo acórdão n.º 52/92 do Tribunal Constitucional, no qual se reconheceu que a Constituição não distingue, expressamente, entre tribunais arbitrais voluntários e necessários. Segundo RUI TAVARES LANCEIRO, a jurisprudência do Tribunal Constitucional demonstra a preocupação com a proteção do direito fundamental de acesso aos tribunais (estaduais) e explica o autor que esta preocupação implica que a arbitragem necessária apenas seja imposta, à luz dos princípios da proporcionalidade e da igualdade, quando sirva o propósito de prosseguir um interesse público que exceda o sacrifício imposto aos cidadãos⁽²²⁾.

cionalidade da arbitragem necessária: o caso da arbitragem no Direito do Consumo”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. XIII, 2020, p. 91.

(15) CARLOS BLANCO DE MORAIS, “Problemas Constitucionais da Arbitragem Necessária em Portugal”, *Arbitragem em Direito Público* (org. NUNO VILLA-LOBOS e TÂNIA CARVALHAI PEREIRA), FGV Projetos, p. 40, disponível em <https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/fgv_publicacao_arbitragem_miolo.pdf>.

(16) Art. 13.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas.

(17) Art. 4.º da Lei n.º 74/2013, de 06 de setembro, que cria o Tribunal Arbitral do Desporto.

(18) Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto.

(19) Decreto-Lei n.º 259/2009, de 25 de setembro.

(20) CARLOS BLANCO DE MORAIS, “Problemas Constitucionais...”, pp. 40-41.

(21) J. J. GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa*, Anotada, II, 2010, p. 551.

(22) RUI TAVARES LANCEIRO, “A jurisprudência constitucional e a arbitragem necessária”, *Estudos em Homenagem ao Conselho Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Almedina, 2019, 401-436, p. 436.

Finalmente, importa abordar brevemente a distinção entre arbitragem de direito público e de direito privado. O ponto de partida é o disposto no n.º 5 do art. 1.º da Lei da Arbitragem Voluntária, segundo o qual “[o] Estado e outras pessoas coletivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objeto litígios de direito privado”.

Até à entrada em vigor do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, em 2004, a constituição de tribunais arbitrais para dirimir litígios de direito administrativo só era permitida para a resolução de litígios relativos à interpretação, validade ou execução de contratos administrativos ou à responsabilidade civil por danos causados pela Administração no âmbito da sua atividade de gestão pública, ficando de fora a emissão de pronúncias sobre questões de legalidade de atos administrativos⁽²³⁾. Atualmente, fica de fora do âmbito de um potencial compromisso arbitral a responsabilidade civil por prejuízos decorrentes do exercício da função política ou legislativa e da função jurisdicional⁽²⁴⁾, mas não da função administrativa.

Prevalece hoje no ordenamento jurídico português o entendimento segundo o qual o direito comum da arbitragem é aplicável à arbitragem de Direito Administrativo, sem prejuízo de algumas das suas disposições deverem ser afastadas⁽²⁵⁾. Isto mesmo se verifica no art. 59.º, n.º 2, da LAV, que determina que “[r]elativamente a litígios que, segundo o direito português, estejam compreendidos na esfera da jurisdição dos tribunais administrativos, a competência para decidir sobre matérias referidas nalguma das alíneas do n.º 1 do presente artigo [relativas ao recurso da sentença arbitral, à destituição de árbitro e a outras questões], pertence ao Tribunal Central Administrativo em cuja circunscrição se situe o local da arbitragem ou, no caso da decisão referida na alínea h) do n.º 1 [relativa ao reconhecimento de sentença arbitral proferida no estrangeiro], o domicílio da pessoa contra quem se pretende fazer valer a sentença”. Importa atentar, ainda, no art. 185.º, n.º 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, que afasta a possibilidade de os árbitros decidirem com

⁽²³⁾ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Breves Apontamentos sobre a Arbitragem de Direito Administrativo em Portugal”, *Arbitragem em Direito Público* (org. Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira), FGV Projetos, p. 50, disponível em <https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/fgv_publicacao_arbitragem_miolo.pdf>.

⁽²⁴⁾ Nos termos do art. 185.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

⁽²⁵⁾ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Breves Apontamentos...”, p. 54.

base na equidade, bem como, muito significativamente, o art. 185.º-B, que obriga à publicidade das decisões proferidas por tribunais arbitrais transitadas em julgados incidentes sobre matéria administrativa.

Pode dizer-se, portanto, que a especialidade da arbitragem de direito público, que justifica desvios pontuais ao regime geral da arbitragem comum, assenta na presença do elemento do interesse público, o que justifica que os tribunais arbitrais competentes para resolver tais causas sejam “tribunais administrativos arbitrais”, ou seja, tribunais especializados na aplicação do Direito Administrativo. Motivo pelo qual, aliás, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA defende a criação de uma regra que implique que a arbitragem de Direito Administrativo só tenha lugar no âmbito de centros de arbitragem institucionalizada que garantam essa especialidade⁽²⁶⁾.

2.5. Percorridas as várias distinções que no seio da arbitragem se podem encetar, enfrenta-se a questão de saber se o regime jurídico-penal do dever de denúncia deve abranger (ou não) indistintamente os árbitros das arbitragens domésticas e das arbitragens internacionais localizadas em Portugal, das arbitragens necessárias e voluntárias, de direito público e de direito privado.

Por um lado, pode arguir-se que não deve o intérprete traçar distinções onde o legislador não as traçou. De acordo com esta lógica, se o legislador tivesse querido circunscrever o conceito de funcionário ao árbitro que desempenha tais funções numa determinada categoria legal de arbitragem, tê-lo-ia feito de forma expressa. Do ponto de vista valorativo, pode igualmente arguir-se que o objetivo do legislador foi o de garantir que, num procedimento em que se postulam direitos em busca de um provimento jurisdicional, que é equivalente ao provimento jurisdicional estadual e que goza das proteções da lei portuguesa enquanto lei do foro, os árbitros estejam adstritos a um dever de reporte de atividade criminosa não diferente do dos juízes. Esse dever pode considerar-se ainda mais relevante num momento em que, como agora, a legitimidade da arbitragem enquanto alternativa aos tribunais do estado é objeto de forte escrutínio pela sociedade civil, e se faz sentir uma maior pressão pela demonstração de transparência e ética por parte dos seus intervenientes.

Por outro lado, e retomando o regime previsto no Código Penal, cumpre notar que existe uma clara separação de fins — e, conseqüentemente, de âmbito de aplicação — entre as várias alíneas e números do art. 386.º

⁽²⁶⁾ *Idem*, p. 54.

do Código Penal. Desde logo, atente-se nas alíneas *a)* e *b)* do número 1 daquele art. 386.º e nas alíneas *c)* e *e)* do mesmo artigo. No fundo, as primeiras correspondem aos que pela doutrina administrativa são designados como agentes administrativos, caracterizados por uma ligação funcional a uma pessoa coletiva de Direito Público. Já as segundas dizem respeito ao grupo de agentes desprovidos de um vínculo funcional ou pessoal à administração pública, tendo apenas sido chamados a participar no desempenho de uma atividade incluída na função pública administrativa ou jurisdicional. Pelo que se poderá arguir que o conceito de funcionário para “*efeito da lei penal*” não foi pensado e não deve ser aplicável ao árbitro que exerce funções, por exemplo, em arbitragens internacionais e nas arbitragens domésticas de direito privado.

Assim, e tendo ainda em linha de conta a redação do art. 386.º, n.º 3, alínea *e)*, fará sentido que os árbitros identificados na alínea *e)* do número 1 do art. 386.º correspondem àqueles que intervêm em arbitragens de direito público e aqueles que intervêm em arbitragem necessária⁽²⁷⁾. Com efeito, estas categorias de arbitragem correspondem àquelas em que está presente o interesse público, seja por o procedimento de resolução do litígio prescrito por lei servir o propósito de prosseguir um interesse público que excede o sacrifício imposto aos cidadãos, como sucede no caso da arbitragem necessária, seja por os próprios interesses em litígio serem interesses públicos, como sucede no caso da arbitragem administrativa.

Se assim não fosse, todos os árbitros de qualquer modalidade de arbitragem poderiam ser considerados agentes de uma panóplia de tipos de crime que se dirigem aos funcionários, e não apenas para os crimes de tráfico de influência, de recebimento indevido de vantagem, de corrupção passiva e de corrupção ativa, como parece ter sido a intenção do legislador⁽²⁸⁾.

(27) No mesmo sentido parece escrever JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *A Reforma...*, pp. 29, 30 e 37, notas 29 e 41, que não deixa de expressar a dúvida sobre se verdadeiramente foram estes os árbitros visados pelo legislador quando incluiu os árbitros no número 1 do art. 386.º do Código Penal, em 2010 ou se terá querido revogar a atual alínea *e)* do número 3 para abranger toda a arbitragem naquele número 1. O autor acaba por apontar no sentido de que “*árbitros que intervenham em processo público de arbitragem são indivíduos que intervêm em actividade pública (administrativa/jurisdicional), e por isso, integrados (embora com independência) em órgãos públicos. Os árbitros na designada arbitragem voluntária não estão compreendidos (no n.º 1 do art. 386.º) porque não actuam em nome do Estado. O facto de o Estado reconhecer (mesmo constitucionalmente) a importância dos Tribunais arbitrais (cf., assim, o art. 209., n.º 2, da CRP) não implica considerá-los como função pública estadual (é uma função autónoma/independente)*”.

(28) Que, de acordo com JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *A Reforma...*, p. 21, ss., teve como inspiração a solução legislativa do Código Penal espanhol que consagra um conceito de funcionário mais alargado apenas para efeitos do crime de corrupção que abrange também os árbitros.

Diferentemente, os árbitros em arbitragem privada e voluntária estarão incluídos no art. 386.º, n.º 3, alíneas e) [e f)], do Código Penal, como agentes tidos como funcionários para efeitos não de toda a lei penal, mas “*para efeitos do disposto nos arts. 335.º e 372.º a 374.º*” daquele Código. Isto é, para os crimes de tráfico de influência, recebimento indevido de vantagem e corrupção.

O alargamento do conceito de funcionário para lá da categoria de agente administrativo deu-se em virtude de uma pretensão de equiparação de um conjunto de funções que justificavam um certo paralelismo do ponto de vista político-criminal. Já desde o Decreto-Lei 371/83, de 6 de outubro, que se almejava resolver o problema do combate à corrupção⁽²⁹⁾. E entendeu-se que a opção de consideração dos árbitros como funcionários seria justificada por uma analogia funcional com os magistrados judiciais, pela participação de ambos no exercício da função jurisdicional.

Não obstante, é necessário ter presente que, sobre a inclusão dos árbitros de arbitragem privada e voluntária na categoria de funcionários, através das atuais alíneas e) [e f)] do número 3 do art. 386.º do Código Penal, pairam as mais negras nuvens. Apenas a título de exemplo, desde logo, no plano substantivo, se antes da alteração promovida pela Lei n.º 30/2015, de 22 de abril, era duvidosa a intenção do legislador de abranger o recebimento indevido de vantagem, com esta lei de alteração, que inclusivamente adicionou o tráfico de influência à esfera de crimes que podem ter como agentes os árbitros, restam menos dúvidas quanto à intenção do legislador relativamente aos arts. 335.º e 372.º a 374.º. Mas, ainda assim, não fica totalmente resolvido o problema da consideração do árbitro como funcionário para efeitos do crime de recebimento indevido de vantagem, em razão de a norma supor uma certa exclusividade e permanência do funcionário⁽³⁰⁾. Em segundo lugar, e agora num plano processual penal, aquela inclusão dos árbitros de arbitragem privada e voluntária revela uma extensão do conceito de funcionário que, por deixar de se ater tanto aos deveres do cargo⁽³¹⁾ e se passar a referir sobretudo à semelhança das fun-

⁽²⁹⁾ Com alguma ligeireza, de acordo com JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário...*, p. 809.

⁽³⁰⁾ Assim, JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *A Reforma...*, p. 36, nota 40.

⁽³¹⁾ Naturalmente, à equiparação também não será estranha a existência de deveres análogos, que se fundam, precisamente, na circunstância de ser a função jurisdicional que está a ser exercida. Tal como os magistrados judiciais, os árbitros estão adstritos a deveres de imparcialidade e independência (art. 9.º, n.º 3, da Lei da Arbitragem Voluntária) e respondem civilmente nos mesmos termos em que respondem os magistrados judiciais (art. 9.º, n.º 4, do mesmo diploma legal). Parece-nos, no entanto, que a existência de deveres análogos é consequência (um *posterius*) — e não causa (um *prius*) — da semelhança da função jurisdicional exercida por árbitros e magistrados judiciais, sendo esta função o

ções exercidas — jurisdicionais, por referência à dos magistrados nos tribunais estaduais —, equiparando uma função privada a uma função pública, torna sobremaneira duvidosa a inclusão daqueles na remissão que o art. 242.º, n.º 1, alínea *b*), do Código de Processo Penal faz para o art. 386.º do Código Penal.

2.6. Deste modo, sendo difícil contestar que os árbitros sejam funcionários para efeitos do art. 386.º, n.º 3, do Código Penal, poderíamos ser levados a concluir que o árbitro é sempre um sujeito do dever de denúncia obrigatória, nos termos do art. 242.º, n.º 1, alínea *b*), do Código de Processo Penal. Porém, esta é uma afirmação que recebemos demasiado redutora das finalidades do art. 386.º e do seu âmbito de aplicação. Na verdade, a questão não se resolve tão facilmente quanto a simples leitura da lei parece sugerir.

Como salienta JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA — que entre nós se tem dedicado com profundidade ao conceito de funcionário — a determinação do âmbito de aplicação do conceito de funcionário não prescinde da análise de cada um dos conceitos de funcionário prescritos pelo art. 386.º do Código Penal. E, além disso, nenhuma equiparação de um agente ao estatuto de funcionário deve ser automática, antes dependendo sempre da concreta norma penal em que o agente se insere, com uma especial incidência para quem atua no âmbito puramente privado e que se pretende que seja equiparado a um agente público (ainda que não através do cargo, mas da função exercida). Razões pelas quais, concretamente, sobre o dever de denúncia do art. 242.º, n.º 1, alínea *b*), do Código de Processo Penal, este autor entende que “*não é necessário que haja coincidência entre o universo dos funcionários do CPP, e o dos funcionários que, nos quadros do CP, possam incorrer em eventual responsabilização criminal*”. Isto é: para o autor, nem todos os funcionários do art. 386.º do Código Penal têm um dever legal de denunciar, de tal modo que a omissão de denúncia por parte de qualquer funcionário, que seja considerado como tal nos termos do art. 386.º, devesse precipitar necessariamente a sua responsabilização criminal⁽³²⁾. Não podemos senão concordar com esta ideia, especialmente se atentarmos no caso específico dos árbitros em arbitragens voluntárias e de direito privado, pelos motivos que exporemos de seguida.

Em primeiro lugar, porque, na senda da posição adotada, os árbitros nas arbitragens voluntárias e de direito privado caem no chamado *conceito*

cerne axiológico e teleológico da equiparação de tais deveres e, portanto, também da extensão do conceito de funcionário.

(32) JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário...*, pp. 821-822, e *A Reforma...*, p. 16.

alargado de funcionário. Isto é, ficam fora das alíneas *a)* e *b)* do número 1 do art. 386.º do Código Penal e, no contexto do seu número 3, consideram-se funcionários apenas para efeitos dos crimes de tráfico de influência, recebimento indevido de vantagem e corrupção.

Apesar de serem chamados a desempenhar uma atividade compreendida na função pública jurisdicional, os árbitros não têm qualquer vínculo funcional ou pessoal com a jurisdição estadual. A equiparação que é feita entre os árbitros e os magistrados judiciais deve, por isso, ser tomada *cum grano salis*: os árbitros desempenham uma função similar no sentido de que a sentença arbitral é tendencialmente final, vinculativa e executável nos respetivos Estados, mas não são juízes estaduais com um estatuto próprio, mais solene e reconduzível à titularidade de um órgão de soberania, ainda que exerçam uma função jurisdicional. Aliás, o facto de o Estado português reconhecer constitucionalmente a arbitragem como forma alternativa (ainda que limitada) de resolução litigiosa de conflitos, não implica considerá-la função pública jurisdicional. É, sim, uma “forma voluntária” de jurisdição.

Nos casos em que o art. 386.º do Código Penal alarga o conceito de funcionário para lá do agente administrativo, para abranger agentes de atividades puramente privadas, impõe-se uma interpretação restritiva do seu âmbito de aplicação, no que diz respeito à obrigatoriedade de denúncia prevista no Código de Processo Penal.

A circunstância de os árbitros serem funcionários para efeitos de responsabilidade criminal pela comissão dos crimes de tráfico de influência, recebimento indevido de vantagem e corrupção, não equivale a dizer que, relativamente a esses crimes, estejam adstritos a um dever de denúncia. Assim, em nosso entender, por tudo aquilo que se deixou exposto, à luz do carácter essencial do vínculo à Administração, que traduz a necessidade de defesa permanente do interesse público e a responsabilidade acrescida de quem age em nome do Estado, o art. 242.º, n.º 1, alínea *b)*, do Código de Processo Penal terá como âmbito de aplicação apenas os funcionários que exercem um cargo público através de uma ligação orgânica à atividade da Administração Pública e à Justiça estadual.

Por outro lado, há duas outras coordenadas que parecem sugerir o afastamento do árbitro em arbitragem privada e voluntária como sujeito do dever de denúncia obrigatória. A primeira é dada pela ausência de uma previsão legal de sanção para a omissão do dever de denúncia no plano jurídico-penal. Importa, pois, atentar na não criminalização, por parte do Código Penal português, da omissão de denúncia de um árbitro no exercício da função jurisdicional naquelas condições. Apenas se criminaliza,

através do art. 245.º do Código Penal, a omissão de denúncia do superior hierárquico tiver conhecimento da prática, por subordinado, de tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes e desumanos. O que, inclusivamente, cremos que alvítra a sensação de que terão sido estas condutas, mais do que quaisquer outras que poderão também ser lesivas do interesse público, aquelas que se procuram prevenir com maior acuidade através do dever de denúncia que impende sobre os funcionários.

Já a segunda coordenada tem que ver com a circunstância de que o Código de Processo Penal — tal como o Código Penal — não contém quaisquer indicações sobre as formalidades que devem ser cumpridas para que se possa afirmar existir uma verdadeira e efetiva denúncia de crime. A Lei da Corrupção no Comércio Internacional e no Sector Privado⁽³³⁾ também nada acrescenta. A Lei do Combate ao Branqueamento de Capitais e do Financiamento do Terrorismo⁽³⁴⁾ indica um conjunto de elementos a incluir na comunicação de operações suspeitas, mas os árbitros não devem ser tidos como sujeitos das obrigações desse diploma, atendendo ao disposto no seu art. 4.º, n.º 1, alínea *f*), e n.º 2. Já o Código dos Valores Mobiliários contém uma norma — o art. 382.º, n.º 2 — que obriga os funcionários⁽³⁵⁾, que, no exercício da sua atividade profissional ou função, tenham conhecimento de factos que possam vir a ser qualificados como crime contra o mercado de valores mobiliários ou de outros instrumentos financeiros, a informarem de imediato o conselho diretivo da CMVM. Porém, o art. 382.º, n.º 3, deste Código apenas indica que a denúncia pode ser apresentada por qualquer meio idóneo para o efeito, sendo confirmada por escrito, a pedido da CMVM, sempre que este não seja o meio adotado inicialmente⁽³⁶⁾. Por último, poderia pensar-se que o recentemente aprovado Regime Geral de Proteção de Denunciantes⁽³⁷⁾ trouxesse algumas

⁽³³⁾ Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril.

⁽³⁴⁾ Lei n.º 83/2017, de 18 de Agosto.

⁽³⁵⁾ De acordo com JORGE ALVES MORAIS/JOANA MATOS LIMA, *Código dos Valores Mobiliários Anotado*, Quid Juris — Sociedade Editora, 2015, p. 634, este artigo dispõe no mesmo sentido do art. 242.º, n.º 1, alínea *b*), do Código de Processo Penal, sugerindo, apesar de o artigo do Código dos Valores Mobiliários não o identificar expressamente, uma equiparação com o conceito de funcionário do art. 386.º do Código Penal.

⁽³⁶⁾ As obrigações de descrição das razões da suspeita, da identificação pormenorizada e com rigor das operações em causa, das ordens dadas, dos comitentes e de quaisquer outras pessoas envolvidas, das modalidades de negociação, das carteiras envolvidas, dos beneficiários económicos das operações, dos mercados em causa e de qualquer outra informação relevante para o efeito, bem como da qualidade de quem subscreve a denúncia e da sua relação com o intermediário financeiro apenas se dirigem a estes últimos, segundo o número 4 do art. 382.º daquele Código.

⁽³⁷⁾ Lei n.º 93/2021, de 20 de dezembro.

respostas, mas, além de ser altamente questionável — como veremos *infra* — que os árbitros possam ser denunciante para efeitos de gozo dos benefícios atribuídos por tal regime, a verdade é que o que o diploma veio confirmar é precisamente a ausência de formalidades e a multiplicidade de meios aplicáveis às denúncias⁽³⁸⁾.

Face a esse vazio de normas, a questão é se bastará uma manifestação por parte do denunciante de que tomou conhecimento de certos factos e que os considere como potencialmente relevantes a título jurídico-penal, isto é, a transmissão da notícia do crime? Não parece exigível ao denunciante que identifique, quer total quer parcialmente, o sujeito ativo do crime, sendo tal individualização da responsabilidade do Ministério Público (ou dos órgãos de polícia criminal em que aquele delegue os poderes de investigação), nos termos do art. 262.º, n.º 1, do Código de Processo Penal⁽³⁹⁾. E sem essas indicações, pergunta-se ainda, se poderá um dever de denúncia obrigar o árbitro, que, em princípio, não mantém qualquer relação orgânica com a administração da justiça, a quebrar o eventual dever de confidencialidade com o qual se comprometeu a quem lhe cometeu a arbitragem e que é um dos pilares de todo o sistema arbitral? A nosso ver, as demasiadas interrogações que surgem a este propósito e, em definitivo, a combinação teleológica dos arts. 242.º, n.º 1, alínea *b*), do Código de Processo Penal e 386.º do Código Penal impedem que se considere o árbitro como sujeito de um dever legal de denúncia.

Em suma, mesmo consagrando o art. 386.º do Código Penal uma equiparação dos árbitros aos funcionários para efeitos do disposto nos arts. 335.º e 372.º a 374.º daquele diploma legal, não estamos suficientemente convencidos de que o conceito de funcionário para efeitos de lei penal possa substantiva e teleologicamente aplicar-se a todos os árbitros, irrestritamente, e muito menos adjetivamente e para efeitos de um dever legal de denúncia.

⁽³⁸⁾ Basta atentar nos arts. 10.º e 14.º da Lei n.º 93/2021, de 20 de dezembro.

⁽³⁹⁾ Numa formulação semelhante, *mutatis mutandis* em razão de se referir ao exercício do direito de queixa, julgou o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de dezembro de 2007, no processo 07P3758, que “[o] Código Penal e o Código de Processo Penal não contêm normas sobre a formalidade da queixa, o que legitima o entendimento de que a manifestação inequívoca do ofendido de que se exerça o procedimento criminal por um certo facto deve ser considerada queixa, independentemente da expressão formal dessa manifestação, seja ou não apelidada de queixa, denúncia, ou qualquer outro conceito, ou ainda do rigor da qualificação jurídico-penal dos factos” e que “[n]ão se exige, ainda, a identificação, total ou parcial, do sujeito activo do delito, que o ofendido pode ignorar, competindo a sua individualização à entidade dirigente do inquérito o MP ou à entidade em quem ele delegue os inerentes poderes de investigação”.

Parece-nos, antes, que a categorização dos árbitros que participam em arbitragens voluntárias de direito privado como funcionários apenas faz sentido para efeitos de aplicação da lei penal substantiva e, dentro dessa, apenas nos limites materiais a que deve estar finalisticamente votada à luz dos arts. 335.º e 372.º a 374.º do Código Penal. Se todo o crime — *rectius*, se qualquer suspeita de crime — que chegasse ao conhecimento de tais árbitros, no exercício das suas funções e por causa delas, fosse denunciado de imediato às autoridades, levando à publicidade dos vários elementos do processo, não se auguraria um bom futuro à arbitragem como meio de resolução alternativa de litígios⁽⁴⁰⁾.

3. O dever de confidencialidade do árbitro

3.1. Não se pode dizer que seja total a aceitação da confidencialidade como característica nuclear e necessária do conceito de arbitragem⁽⁴¹⁾. Nem se pode proclamar sequer que toda a arbitragem voluntária de direito privado é confidencial ou que, sendo confidencial, o é de forma homogénea quanto aos seus âmbitos pessoais e funcionais⁽⁴²⁾.

Com efeito, tem-se assistido a uma crescente exigência de transparência na arbitragem, alicerçada sobretudo no seu caráter jurisdicional e na necessidade de sindicância da imparcialidade e independência dos árbitros.

É possível afirmar que esse clamor se dirige mais às arbitragens em que são parte o Estado ou entes públicos, mais do que nas arbitragens de direito privado entre partes que são sujeitos de direito privado⁽⁴³⁾. Embora

⁽⁴⁰⁾ E muito menos — ainda que este argumento não seja minimamente decisivo — à capacidade de Portugal para atrair um maior volume de arbitragens internacionais.

⁽⁴¹⁾ Defendendo um modelo de arbitragem público e transparente, com a confidencialidade como exceção, cf. JUAN FERNANDÉZ-ARMESTO, “The time has come. A Plea for Abandoning Secrecy in Arbitration”, in *Les Cahiers de l’Arbitrage/The Paris Journal of International Arbitration*, 2012-3, pp. 583-588. É relevante mencionar aqui a decisão proferida em 1995 no caso *Esso v Plowman*, na qual o High Court of Australia afirmou que a confidencialidade não é inerente à arbitragem.

⁽⁴²⁾ Consideraremos apenas o dever de confidencialidade dos árbitros no presente artigo, ainda que se reconheça que o âmbito pessoal de tal dever em arbitragem possa estender-se, além dos árbitros e das partes, aos seus assistentes profissionais e ao *staff* das instituições de arbitragem, secretárias, testemunhas, peritos, relatores, tradutores, intérpretes, particularmente na falta de convenção ou lei expressa.

⁽⁴³⁾ A este respeito, note-se que o art. 41.º, n.º 2, do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial de 1 de abril de 2021, da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, dispõe que, “[a]s sentenças arbitrais sobre litígios em que uma das partes seja o Estado ou outra pessoa coletiva de direito público são sempre publicadas nos termos da lei”. Ainda neste ponto podemos referir a

o presente estudo tenha como objeto primordial a arbitragem doméstica, não se ignoram as tensões entre confidencialidade e a reclamada transparência que se fazem sentir particularmente no domínio das arbitragens internacionais que envolvem Estados ou entidades estatais. Comprovando-o, vejam-se, por exemplo, as Regras sobre Transparência em Arbitragem entre Investidores e Estados baseada em Tratados, aprovadas pela Comissão de Direito Comercial Internacional das Nações Unidas em 2013. Ainda que o seu mote seja o de conferir uma maior transparência, como o demonstra o seu art. 3.º, a verdade é que o seu art. 7.º, cuja epígrafe é “*Exceções à Transparência*”, apresenta uma série de números e parágrafos que atestam uma preocupação daquelas Regras em harmonizar as exigências de transparência com a confidencialidade⁽⁴⁴⁾.

Não obstante, é seguro afirmar que a confidencialidade é, ainda hoje, maioritariamente reconhecida como um dos princípios basilares em que assenta todo o sistema arbitral internacional, ao ponto de ser defendido por alguns a existência de um dever implícito de confidencialidade. Nas palavras de SERGE LAZAREFF, “*se, como escreveu Ihering, a forma é a irmã gémea da liberdade, então a confidencialidade é a irmã gémea da arbitragem*”⁽⁴⁵⁾. Num plano anterior ao jurídico, se atendermos à realidade económica e à vontade genérica dos seus operadores, no sigilo vê-se um dever com um relevo muitíssimo assinalável⁽⁴⁶⁾. Dedutível, em grande medida,

Lei 10/2011, de 20 de janeiro que prevê o Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária e estabelece, na alínea g) do art. 16.º, como princípio fundamental a publicidade das decisões arbitrais.

⁽⁴⁴⁾ O crescente movimento de transparência resultante do fenómeno da globalização da atividade comercial tem-se sentido particularmente nas arbitragens de investimento em que, por norma, uma das partes é um Estado ou uma pessoa coletiva pública. Nestas o interesse de preservação do interesse público a que se juntam a publicidade de qualquer processo como fim de justiça em si mesmo e o reforço da consistência da jurisprudência internacional que pressionam a balança dos interesses retirando peso absoluto à confidencialidade como princípio geral da arbitragem. Sobre o tema, entendendo dever continuar a caber às partes a decisão quanto à existência e quanto aos limites da confidencialidade e chamando a atenção para as exceções à transparência previstas nas Regras sobre Transparência indicadas no texto. Cf. ELISA RANGEL NUNES, “A confidencialidade na arbitragem voluntária: uma questão de preservação de valores éticos?”, in *Arbitragem Comercial: Estudos Comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa* (Coord. António Menezes Cordeiro), Almedina, 2019, p. 335, ss. e 347, ss. A autora defende dever existir um equilíbrio entre os interesses da confidencialidade e da transparência, mediado pela ética e analisado em função do caso concreto, do convencionado pelas partes, do consagrado na lei e, na falta de lei ou convenção, dos ditames da boa-fé, que impõe às partes a obrigação de não incorrerem em comportamentos abusivos de divulgação e lesivos dos interesses e direitos da parte contrária.

⁽⁴⁵⁾ SERGE LAZAREFF, *apud* JUAN FERNANDÉZ-ARMESTO, “The time has come...”, p. 583.

⁽⁴⁶⁾ Cf. por todos, com referências doutrinais internacionais e com indicações de estudos empíricos sobre a influência económica da confidencialidade em arbitragem, JOSÉ ANTÓNIO FICHTNER/ /SERGIO NELSON MANNHEIMER/ANDRÉ LUÍS MONTEIRO, “A confidencialidade na arbitragem: regra geral e

da circunstância de as partes, no início de uma relação negocial, ocasional ou contínua, terem cada vez mais como *conditio sine qua non* do negócio a integração no contrato de uma cláusula de arbitragem que afasta um potencial litígio futuro dos tribunais estaduais, onde a publicidade do processo poderia ameaçar as suas opções estratégicas de negócio.

Se, aparentemente, a celeridade na resolução do litígio ou a específica *expertise* dos árbitros escolhidos podem ser erigidas como as principais características que impulsionam as partes na procura da resolução alternativa de conflitos, a garantia de confidencialidade é o elemento de segurança que as leva a poder confiar no controlo de danos reputacionais e na mitigação do fluxo de informação que sai para o mercado e que, por isso e segundo cremos, verdadeiramente as motiva a afastarem-se dos tribunais estaduais de justiça pública. Frequentemente, as partes almejam que um litígio que surge no contexto de um determinado mercado não se reflita, pelo menos, noutros mercados⁽⁴⁷⁾. Por outro lado, além da natural vontade das partes de preservar segredos de negócio ou informação comercial sensível, como informação de preços, planos de negócio, listas de clientes, informação de componentes ou *know how*, planos, desenhos, entre outros, há também o desejo de evitar a divulgação de prova produzida através de visitas a complexos industriais, de análise de amostras e de intervenção de peritos⁽⁴⁸⁾. Além da circunstância de existirem casos em que certos indivíduos e entidades nunca aceitariam intervir em público (ou que, num processo público, não atuariam com a mesma postura do que numa arbitragem), como governantes e figuras públicas, e que aceitam, no entanto, fazê-lo, com ganhos evidentes na produção de prova, mais livremente em arbitragem⁽⁴⁹⁾.

Todavia, como se referiu no início, ao tema da confidencialidade em arbitragem não pode ser dado o estatuto de questão pacífica ou resolvida,

exceções”, in *Revista de Direito Privado*, ano 13, Vol. 49, Editora Revista dos Tribunais, jan-mar (2012), pp. 229-231; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem em Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina, 2015, p. 304, ss.; e ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. Confidencialidade na Arbitragem Desportiva Transnacional”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, Vol. 50, ano 13, Jul.-Set., 2016, p. 431, ss. e, em especial, nota 18.

(47) MAYANK SAMUEL, *Confidentiality in International Commercial Arbitration: Bedrock or Window-Dressing*, Kluwers Arbitration Blog, 2017, disponível em <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/02/21/confidentiality-international-commercial-arbitration-bedrock-window-dressing/>>.

(48) DOMITILLE BAIZEAU/JULIETTE RICHARD, “Addressing the Issue of Confidentiality in Arbitration Proceedings: How Is This Done in Practice?”, in *Confidential and Restricted Access Information in International Arbitration*, Association Suisse de l’Arbitrage Special Series, n.º 43, 2016, p. 54.

(49) ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem...*, p. 305.

desde logo no seio da comunidade jurídica arbitral. Há muitos países cujas leis nacionais não contêm qualquer previsão de confidencialidade⁽⁵⁰⁾, na literatura sobre arbitragem distingue-se frequentemente entre privacidade e confidencialidade na arbitragem⁽⁵¹⁾, os âmbitos pessoais e funcionais do dever de confidencialidade são algo díspares entre ordenamentos jurídicos⁽⁵²⁾ e as próprias partes, no momento de redação do contrato, não investem grandes esforços no desenvolvimento das cláusulas compromissórias (cunhadas como *midnight clauses*) e na definição do grau e do tipo de confidencialidade pretendidos, nem das sanções (*inter partes*) a aplicar no caso de quebra da confidencialidade⁽⁵³⁾.

O facto de a Lei Modelo da Comissão de Direito Comercial Internacional das Nações Unidas não consagrar qualquer menção à confidencialidade pode ser apontado como um dos motivos pelos quais as leis nacionais de alguns dos ordenamentos jurídicos de referência não regulam a confidencialidade de forma homogênea entre si⁽⁵⁴⁾. Ainda assim, se relativamente às partes ou a determinados meios de prova as fronteiras da confidencialidade ainda são controvertidas, mais pacífica e quase unânime é a vigência de um sólido dever de confidencialidade relativamente aos árbitros. Aliás, se as partes não tivessem como seguro o cumprimento do dever

⁽⁵⁰⁾ Sobre a confidencialidade na arbitragem em várias ordens jurídicas, cf. ELISA RANGEL NUNES, “A confidencialidade...”, p. 339, ss.

⁽⁵¹⁾ A confidencialidade é dirigida aos sujeitos da arbitragem e derivada de previsão legal ou de convenção expressa sobre a informação respeitante ao conteúdo do processo arbitral e a privacidade aplica-se a terceiros proibidos de aceder aos atos processuais de determinada arbitragem e decorrente da natureza privada dos procedimentos arbitrais, designadamente às sessões arbitrais. Sobre o tema, cfr., por exemplo, ELISA RANGEL NUNES, “A confidencialidade...”, pp. 334-35.

⁽⁵²⁾ Sobre o tratamento da confidencialidade em França, Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos da América, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem...*, p. 306, e GUILHERME RECENA COSTA, “Integração contratual, confidencialidade na arbitragem e segredo de justiça”, in *Revista de Direito Privado*, ano 13, Vol. 49, Jan.-Mar., 2012, p. 77, ss. De acordo com JACOB DOLINGER e CARMEN TIBÚRCIO, *apud* JOSÉ ANTÓNIO FICHTNER/SERGIO NELSON MANNHEIMER/ANDRÉ LUIS MONTEIRO, “A confidencialidade na arbitragem...”, p. 245, o High Court of Australia, na decisão do caso *Esso Australia Resources Ltd. And Others v. The Honourable Sidney James Plowman and Others*, em 1995, “*entendeu ser impossível a confidencialidade absoluta de uma arbitragem, em razão de uma multiplicidade de fatores, como por exemplo: 1) a inexistência do dever de confidencialidade por parte de testemunhas envolvidas no processo arbitral; 2) um laudo arbitral pode tornar-se público por meio de uma série de medidas judiciais relacionadas à arbitragem; e 3) as partes terem o direito de divulgar a existência e até detalhes do processo arbitral e do próprio laudo, em razão do dever de manterem os seus acionistas informados ou de terem que resgatar uma apólice de seguro*”. Em sentido semelhante, decidiu o US District Court of Delaware, no caso *United States v. Panhandle Eastern Corp.*, em 1988 (disponível em <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/681/229/1800714/>>).

⁽⁵³⁾ Sobre a habitual falta de diligência das partes na previsão de litígios e outros riscos futuros, cf. GUILHERME RECENA COSTA, “Integração contratual...”, p. 70, ss.

⁽⁵⁴⁾ Neste sentido, ELISA RANGEL NUNES, “A confidencialidade...”, p. 339.

de confidencialidade dos árbitros, o incentivo a recorrer a tal método de resolução de litígios diminuiria drasticamente. Por isso mesmo, os regulamentos de arbitragem dedicam especial atenção ao dever de confidencialidade que sobre os árbitros impende, como o demonstram o art. 6.º, do Anexo I, do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional⁽⁵⁵⁾, o art. 37.º do Regulamento do Centro Internacional para Resolução de Conflitos da Associação Americana de Arbitragem⁽⁵⁶⁾, o art. 30.º do Regulamento de Arbitragem da Corte de Arbitragem Internacional de Londres⁽⁵⁷⁾, o art. 75 do Regulamento de Arbitragem da Organização Mundial de Propriedade Intelectual⁽⁵⁸⁾ e o art. 9.º da Regras de Ética da *International Bar Association* para Árbitros Internacionais de 1987⁽⁵⁹⁾. As conhecidas Regras de Arbitragem da Comissão de Direito Comercial Internacional das Nações Unidas não se referem expressamente ao dever de confidencialidade, mas parecem reconhecê-lo ligando-o ao consentimento das partes necessário para tornar uma sentença pública⁽⁶⁰⁾. Como

(55) “*The work of the Court is of a confidential nature which must be respected by everyone who participates in that work in whatever capacity. The Court lays down the rules regarding the persons who can attend the meetings of the Court and its Committees and who are entitled to have access to materials related to the work of the Court and its Secretariat*”.

(56) “*Confidential information disclosed during the arbitration by the parties or by witnesses shall not be divulged by an arbitrator or by the Administrator. Except as provided in Article 30, unless otherwise agreed by the parties or required by applicable law, the members of the arbitral tribunal and the Administrator shall keep confidential all matters relating to the arbitration or the award*”.

(57) “*The parties undertake as a general principle to keep confidential all awards in the arbitration, together with all materials in the arbitration created for the purpose of the arbitration and all other documents produced by another party in the proceedings not otherwise in the public domain, save and to the extent that disclosure may be required of a party by legal duty, to protect or pursue a legal right, or to enforce or challenge an award in legal proceedings before a state court or other legal authority*”.

(58) “(a) *Except to the extent necessary in connection with a court challenge to the arbitration or an action for enforcement of an award, no information concerning the existence of an arbitration may be unilaterally disclosed by a party to any third party unless it is required to do so by law or by a competent regulatory body, and then only: (i) by disclosing no more than what is legally required; and (ii) by furnishing to the Tribunal and to the other party, if the disclosure takes place during the arbitration, or to the other party alone, if the disclosure takes place after the termination of the arbitration, details of the disclosure and an explanation of the reason for it. (b) Notwithstanding paragraph (a), a party may disclose to a third party the names of the parties to the arbitration and the relief requested for the purpose of satisfying any obligation of good faith or candor owed to that third party*”.

(59) “*The deliberations of the arbitral tribunal, and the contents of the award itself, remain confidential in perpetuity unless the parties release the arbitrators from this obligation. An arbitrator should not participate in, or give any information for the purpose of assistance in, any proceedings to consider the award unless, exceptionally, he considers it his duty to disclose any material misconduct or fraud on the part of his fellow arbitrators*”.

(60) “*An award may be made public with the consent of all parties or where and to the extent disclosure is required of a party by legal duty, to protect or pursue a legal right or in relation to legal proceedings before a court or other competent authority*”.

exponente máximo da proteção da confidencialidade arbitral e regulando sobre matéria criminal surge o *Corruption, Drug Trafficking and Other Serious Crimes (Confiscation of Benefits) Act* de Singapura, de 1992. No seu art. 39.º, n.º 1, consagra um amplo dever de denúncia a que está sujeita qualquer pessoa que em virtude da sua profissão tome conhecimento de factos potencialmente enquadráveis num crime. Porém, o mesmo diploma contém uma ressalva no art. 39.º, n.º 4, que isenta um árbitro de responsabilidade por incumprimento do dever de denúncia relativamente a factos de que tomou conhecimento no decorrer de um processo arbitral em que atuou.

3.2. No ordenamento jurídico Português, a regra sobre confidencialidade na arbitragem voluntária encontra-se prevista no art. 30.º, n.º 5 da Lei da Arbitragem Voluntária⁽⁶¹⁾ que, sob a epígrafe “*Princípios e regras do processo arbitral*”, dispõe que “[o]s árbitros, as partes e, se for o caso, as entidades que promovam, com carácter institucionalizado, a realização de arbitragens voluntárias, têm o dever de guardar sigilo sobre todas as informações que obtenham e documentos de que tomem conhecimento através do processo arbitral, sem prejuízo do direito de as partes tornarem públicos os actos processuais necessários à defesa dos seus direitos e do dever de comunicação ou revelação de actos do processo às autoridades competentes, que seja imposto por lei”.

Apesar de erigir como princípio fundamental a confidencialidade, a lei portuguesa ressalva expressa e claramente o dever de comunicação de atos do processo às autoridades competentes que seja imposto por lei. Ademais, importa ter presente que, mesmo entre nós, a confidencialidade nunca é absoluta ou totalmente garantida, desde logo porque podem tornar-se públicos os elementos do processo arbitral pela simples interposição pela parte vencida de uma ação de anulação da sentença arbitral perante os tribunais judiciais⁽⁶²⁾.

A fórmula legal contida no art. 30.º, n.º 5, da Lei da Arbitragem Voluntária, não é, porém, a mais feliz. O dever de sigilo dos árbitros, partes e entidades está legalmente consagrado como tendo por objeto apenas as “*informações*” que obtenham e os “*documentos*” de que tomem conhecimento através do processo arbitral. O que julgamos não poder deixar de ser alargado à própria existência do processo, aos seus elementos básicos,

(61) Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro.

(62) Sobre o tema, DRAGOR HIBER, Vladimir Pavić, “Arbitration and Crime”, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 2008, Volume 25 Issue 4, 461-478, p. 465.

a todos os meios de prova, aos incidentes que nele ocorrem e à decisão final⁽⁶³⁾. Além do exposto, e embora a norma não os mencione expressamente, entendemos estarem igualmente adstritos à confidencialidade os tradutores e os peritos que, ao prestarem os seus serviços no âmbito de um procedimento arbitral, têm acesso a informações e documentos que se pretendem manter confidenciais.

Face ao exposto, poderá então colocar-se a questão de saber se um árbitro, que está adstrito a um dever de confidencialidade relativamente a factos de que tome conhecimento em virtude do processo arbitral, pode denunciar a existência de indícios de crime ao abrigo da parte final do art. 30.º, n.º 5, da Lei da Arbitragem Voluntária.

Quanto às exceções de divulgação legalmente obrigatória, escrevem ARMINDO RIBEIRO MENDES e ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO que o dever de confidencialidade cessa quando existe um dever de comunicação ou revelação de atos do processo às autoridades competentes, que seja imposto por lei aos árbitros, nomeadamente no caso de repressão de atos de corrupção ou de branqueamento de capitais⁽⁶⁴⁾.

No entanto, segundo cremos, num juízo de proporcionalidade que englobe todos os interesses tutelados pelo dever de confidencialidade, as exceções a esse dever devem limitar-se ao absolutamente necessário para cumprir as exigências de interesse público ou de justiça, numa ótica de razoabilidade⁽⁶⁵⁾. O que apenas parece legitimar uma quebra da confidencialidade para defesa de direitos e cumprimento de decisões judiciais, mas nunca — *rectius*, quase nunca, como veremos abaixo — para cumprir um dever de denúncia⁽⁶⁶⁾. Pelo que não podemos senão concordar com ANTÓNIO

(63) Sobre os elementos abrangidos pelo dever de confidencialidade dos árbitros, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem...*, p. 307; e JOSÉ ANTÓNIO FICHTNER/SERGIO NELSON MANNHEIMER/ANDRÉ LUÍS MONTEIRO, “A confidencialidade na arbitragem...”, p. 268, ss.

(64) ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada* (coord. DÁRIO MOURA VICENTE), Almedina, 2015, 2.ª ed. revista e atualizada, p. 86, não encontra justificação para esta norma, avançando apenas que as ressalvas parecem “impor-se por si, dispensando justificação específica”. Cf., também, ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Condução do Processo Arbitral. Comentários aos arts. 30.º a 38.º da Lei da Arbitragem Voluntária”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, Tomo II/III, Abril-Setembro, 2013, p. 684.

(65) Neste sentido, MICHAEL HWANG S.C./KATIE CHUNG, “Defining the Indefinable: Practical Problems of Confidentiality in Arbitration”, in *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 26(5), 2009, p. 626.

(66) De acordo com ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem...*, p. 307, se a defesa de direitos permite às partes tornar públicos os actos processuais necessários à defesa dos seus direitos, não pode esta permissão ser ilimitada e acriticamente subjectiva. Aludindo brevemente ao ponto de vista jurídico-penal do problema que iremos desenvolver *infra*, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Dirigido por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS), Tomo I (arts. 131.º a 201.º),

NIO MENEZES CORDEIRO quando o autor recomenda, no plano jusprivatístico, uma interpretação restritiva do art. 30.º, n.º 5, da Lei da Arbitragem Voluntária⁽⁶⁷⁾.

Ainda que uma primeira leitura do art. 30.º, n.º 5, da Lei da Arbitragem Voluntária possa pressionar o intérprete para uma conclusão em favor da denúncia no que respeita a crimes conhecidos no exercício de funções e por causa delas, a relação entre a norma penal que identifica os funcionários e a norma processual que os obriga à denúncia, a lógica do sistema de arbitragem e a análise jurídico-criminal do crime de violação de segredo, apontam no sentido contrário, mesmo que ofuscados pela *luminosidade* do omnijustificativo combate à corrupção.

3.3. No seio da doutrina penal e processual penal, logo verificamos que a colisão entre o dever de denúncia e o dever de sigilo é uma questão que continua a ser debatida, a propósito das várias vertentes em que tais deveres se afirmam. Há quem sustente, por um lado, que quando a denúncia importe violação do segredo profissional cessa a obrigatoriedade de denúncia imposta pelo art. 242.º do Código de Processo Penal. Todavia, esta quebra da obrigatoriedade da denúncia só valeria para os casos em que o segredo profissional é imposto por lei, já que só a *lex specialis derogat legi generali*⁽⁶⁸⁾. Há também quem defenda que, no caso de o dever de denúncia se encontrar em conflito com o dever de guardar segredo de Estado, este deva prevalecer, a não ser nos casos em que se esteja perante crimes contra a segurança do Estado, em que esta e/ou a defesa da ordem constitucional imponham excepcionalmente a prevalência do dever de denúncia⁽⁶⁹⁾. Por outro lado, há quem entenda que, genericamente, o dever

Coimbra Editora, 2.ª ed., 2012, pp. 1162-1163, quanto à violação de segredo para a proteção de interesses próprios do agente refere que: (i) em geral, reconhece-se a licitude da revelação necessária para evitar a perseguição e condenação penal do profissional obrigado a segredo, (ii) que também se reconhece legitimidade para recorrer à revelação quando necessária para afastar imputação desonrosa feita ao agente e (iii) que, se ainda é consensual a admissibilidade da revelação de segredo com vista à efetivação da pretensão de honorários, já o seu enquadramento doutrinário e normativo motiva sérios desencontros.

⁽⁶⁷⁾ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem...*, pp. 307-308. Concordando com o autor, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade...”, p. 433.

⁽⁶⁸⁾ ASSIM, MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado*, Almedina, 17.ª ed., 2009, p. 590.

⁽⁶⁹⁾ Neste sentido, EDUARDO MAIA COSTA, *Código de Processo Penal Comentado* (HENRIQUES GASPAR, SANTOS CABRAL, MAIA COSTA, OLIVEIRA MENDES, PEREIRA MADEIRA, HENRIQUES DA GRAÇA), Almedina, 2.ª ed. revista, 2016, pp. 883-884. Segundo o autor, a solução nestes casos é mais duvidosa, na medida em que o segredo de Estado abrange factos cuja revelação pode causar dano à segurança do Estado ou à defesa da ordem constitucional, não havendo uma clara hierarquia entre os interesses protegidos

de denúncia dos indícios de crime deve prevalecer sempre, uma vez que aquele dever tem como escopo proteger interesses de ordem pública de valor superior, sendo qualquer recusa ou omissão de denúncia ilegítima⁽⁷⁰⁾.

Em nosso entender, mesmo estando em causa a repressão — note-se, não a prevenção — de criminalidade altamente organizada, elevada a missão prioritária dos esforços internacionais, não podem os tribunais arbitrais chamar a si — nem deve a lei atribuir-lhes — as competências de um “supervisor da corrupção e de crimes conexos”, sem qualquer respeito pela confidencialidade acordada e pressuposta pelas partes. Não é, nem deve ser esse o lugar dos árbitros na lógica da arquitetura dos sistemas jurídico-penais e arbitrais, nacionais e internacionais, das sociedades democráticas e liberais.

Tomar a última oração do art. 30.º, n.º 5, da Lei da Arbitragem Voluntária como se esta se tratasse de uma regra de revelação dos elementos e informações da arbitragem, teria como consequência o desinteresse total das partes no recurso à arbitragem. Mesmo as partes que confiam na adequação das suas condutas ao Direito sempre teriam o fundado e justo receio de que os árbitros, pressionados por um suposto dever de denúncia sem um qualquer limite definido por lei, quebrassem o sigilo a que estão obrigados e revelassem factos que, ainda que sem relevo criminal, pudessem abalar a reputação pública ou de mercado dos visados. Recorde-se que o dever de denúncia nem sequer exige que se identifiquem os sujeitos do crime, quanto mais os específicos contornos de uma qualquer versão criminal dos factos pressuposta pelos árbitros ou veiculada pela parte contrária.

Se é certo que a arbitragem não pode ser um espaço livre de Direito, também é certo que o problema não é resolúvel *de jure dato* por apelo a

pelos deveres em conflito. Salienta ainda que, de acordo com o art. 32.º, n.º 3, da Lei n.º 30/84, de 05 de Setembro (Lei-Quadro do Sistema de Informações da República Portuguesa), os funcionários obrigados pelo segredo de Estado, regulado nos arts. 32.º-A e 33.º daquela Lei, devem comunicar às entidades competentes para a investigação as informações e os elementos de prova respeitantes a factos indiciários da prática de crimes contra a segurança do Estado. Ainda que, nos termos do art. 32.º, n.º 4, do mesmo diploma o Primeiro-Ministro pode autorizar que seja retardada aquela comunicação pelo tempo estritamente necessário à salvaguarda da segurança interna ou externa do Estado.

⁽⁷⁰⁾ Assim, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 4.ª ed. atualizada, 2018, p. 665. O autor defende ainda, a p. 391, que o funcionário não tem o dever de se escusar a depor, nos termos do art. 136.º do Código Processo Penal, sobre factos de que teve conhecimento no exercício das suas funções e tenham por si denunciados, já que se não se compreenderia que a lei impusesse ao funcionário o dever de denúncia de um crime de que teve conhecimento e concomitantemente lhe impusesse que se escusasse a depor sobre o mesmo crime.

uma interpretação, sem reflexo na lei penal substantiva, do dever de denúncia como um dever particularmente exigente quanto ao seu objeto, o que apenas poderia ser pertinente para a definição dos contornos de uma eventual realização típica do crime de difamação. Na verdade, somos da opinião de que o árbitro que denuncie crimes de que tenha tomado conhecimento no decurso do processo arbitral pode ser, além de civilmente responsável pela reparação dos danos causados com a divulgação⁽⁷¹⁾, criminalmente responsável pela violação da confidencialidade ou do segredo, como se exporá de seguida.

4. O segredo criminalmente relevante

4.1. Em ordem a balizar a responsabilidade criminal dos árbitros denunciantes, cumpre apurar a relevância jurídico-criminal do sigilo a que os árbitros estão votados.

Como vimos, os árbitros em arbitragem privada e voluntária não são funcionários, exceto para efeitos dos crimes de tráfico de influência, recebimento indevido de vantagem e corrupção, nos termos do art. 386.º, n.º 3, do Código Penal, razão pela qual não poderiam ser agentes do crime de violação de segredo por funcionários do art. 383.º do Código Penal. Todavia, ainda que assim não fosse e se tomasse o árbitro em arbitragem privada voluntária como funcionário, uma análise mais detalhada daquela incriminação sempre quebraria a ilusão da sua aplicação, em benefício da aplicação do crime comum de violação de segredo do art. 195.º daquele diploma.

Primum, o bem jurídico protegido pelo tipo legal do art. 383.º do Código Penal é o interesse público na reserva do segredo da administração e a confiança na discricção geral de todos os organismos públicos no tratamento dos assuntos dos cidadãos e do Estado⁽⁷²⁾. Ora, os árbitros em arbitragem voluntária não fazem parte da Administração Pública em sentido orgânico. Os tribunais constituídos por árbitros são reconhecidos expressamente pela Constituição da República Portuguesa no seu art. 209.º, n.º 2,

⁽⁷¹⁾ Devendo ter-se presente, no entanto, que, nos termos do art. 9.º, n.º 4, da Lei da Arbitragem Voluntária, os árbitros não podem ser responsabilizados por danos decorrentes das decisões por eles proferidas, salvo nos casos em que os magistrados judiciais o possam ser.

⁽⁷²⁾ Neste sentido, HELENA MONIZ, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Dirigido por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS), Tomo III (arts. 308.º a 386.º), Coimbra Editora, 2001, p. 785.

assumindo uma função jurisdicional. Porém, nem fazem parte da organização judiciária estadual nem pertencem à Administração, sendo que no exercício das suas funções não tomam conhecimento de segredos desta última.

Diferentemente, a violação de segredo do art. 195.º do Código Penal tem como bem jurídico típico a privacidade em sentido material, sendo o prestígio e a confiança em determinadas profissões e serviços, como interesses comunitários e institucionais, mediata ou reflexamente protegidos⁽⁷³⁾. A privacidade é tutelada enquanto expressão da reserva de um segredo conhecido em razão do estado, ofício, emprego, profissão ou arte, podendo abranger segredos do mundo dos negócios⁽⁷⁴⁾. A norma equivalente no ordenamento jurídico alemão — o § 203 (*Verletzung von Privatgeheimnissen*) — deixa outro tipo de dúvidas quanto à primazia do bem jurídico protegido, resultantes da metodologia de *numerus clausus* de profissões ou atividades escolhida pelo legislador federal e que sugere uma valoração maior da confiança e prestígio nas profissões ou atividades elencadas⁽⁷⁵⁾. Todavia, em Portugal, ainda que seja a privacidade o objeto de tutela primordial, consubstanciado, no caso a que nos dedicamos, pelo segredo da existência e conteúdo da arbitragem para as partes, é evidente que, reflexa e mediatamente, está em causa a confiança na discrição, competência e capacidade dos árbitros⁽⁷⁶⁾. Note-se, ainda, que a distinção entre

(73) De acordo com Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14 de novembro de 2012, no processo 238/12.8YRPRT, “[o] segredo é, assim, um dever de determinados profissionais que, por virtude das funções ou dos serviços que prestam aos cidadãos, tomam conhecimento de factos relativos à esfera privada dos clientes ou utilizadores desses serviços, não se pretendendo, com a sua instituição, proteger direitos desses profissionais, mas, outrossim e fundamentalmente, direitos daqueles cidadãos”. Já em Acórdão do mesmo Tribunal, datado de 14 de dezembro de 2017, no processo 10355/17.2T9PRT-A.P1, se diz que “o tipo do art. 195.º C Penal visa a tutela e protege, efectiva e directamente, mais que um interesse jurídico, todos eles, dignos da tutela da lei — ainda que algum deles se mostre dominante — no que se pode afirmar como um bem jurídico tutelado multifacetado”.

(74) Sobre as várias concepções relativas à definição do bem jurídico do crime de violação de segredo e, fundamentando a eleição da privacidade como valor que preside àquela incriminação, cf., por todos, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 1119, ss.

(75) E que, por isso, torna o grupo fechado de profissões alvo de dissensos na literatura alemã, além das várias modificações que com a evolução dos tempos vão sendo necessárias. Sobre o crime de violação de segredo na Alemanha, cf. NIKOLAUS BOSCH, “Der Schutz vor Verletzung von Privatgeheimnissen durch § 203 StGB”, in *JURA — Juristische Ausbildung*, 2013(8), p. 780, ss.

(76) A validade da confiança como bem jurídico autónomo é um tema discutido na dogmática jurídico-penal. Não a admitindo, argumentando ser apenas um estado de consciência caracterizado pela ausência de um conteúdo específico que é a desconfiança, cf. KNUT AMELUNG, “El concepto de «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, in *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 243. Entre nós, NUNO BRANDÃO, “Bens Jurídicos Colectivos e Intervenção Penal

privacidade e confidencialidade discutida pela doutrina que se dedica aos temas de arbitragem não pode ser oposta à definição de privacidade como bem jurídico da violação de segredo: a privacidade do Direito Penal abrange o que em arbitragem se chama de confidencialidade.

O problema da denúncia obrigatória por parte dos árbitros de matéria criminal da qual tomaram conhecimento no exercício das suas funções em arbitragem, releva principalmente em razão princípio da publicidade vigente no Direito Processual Penal português, consagrado no art. 86.º, n.º 1, do Código de Processo Penal. O processo penal é assunto da comunidade jurídica e, como tal, a publicidade garante o controlo e a confiança nos valores da independência, imparcialidade e igualdade da administração da justiça penal. Mas esta imposição de publicidade colide invariavelmente com a esperada confidencialidade que as partes pretenderam com o recurso à arbitragem. Mesmo que, nos termos do art. 86.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, o juiz de instrução determine a sujeição do processo, durante a fase de inquérito, a segredo de justiça, por entender que a publicidade prejudica os direitos daqueles sujeitos ou participantes processuais, não é suficiente para que as partes consigam preservar os interesses que as levaram a optar *ab initio* pela arbitragem como meio de resolução do conflito. Não só pela tendencial publicidade da eventual audiência de julgamento, mas também pela constatação sociológica da evidente travessia pelo deserto que o segredo de justiça há muito se encontra a percorrer.

Secundum, considerando o bem jurídico protegido, será punível a violação de segredo por funcionário quando o agente revele uma informação relativa a um privado, de que tenha tomado conhecimento no exercício das suas funções, ainda que tal pessoa tenha dado o consentimento para a sua propalação⁽⁷⁷⁾. Assim, o bem jurídico protegido pelo art. 383.º do Código Penal não se encontra na disponibilidade da pessoa a quem o segredo diz respeito, sendo que é a confiança da sociedade no funcionamento leal e legal de toda a Administração que resulta lesada. Isto, mesmo que o número 3 do art. 383.º do Código Penal faça depender o procedimento criminal de queixa do ofendido, uma vez que também permite que o procedimento se inicie com o impulso da entidade que superintender no respetivo serviço, independentemente da queixa do ofendido. Ou seja: o art. 383.º não é mera agrava-

Cumulativa”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 25, n.ºs 1 a 4, Janeiro-Dezembro, 2015, p. 27, ss. entende que uma intervenção penal que desconsiderasse o elemento fundamental da confiança nos bens jurídicos criadores de espaços de liberdade para os indivíduos seria seguramente lacunosa, devendo ter-se como um elemento constitutivo do próprio bem jurídico.

(77) Assim, HELENA MONIZ, *Comentário...*, p. 785.

ção ou qualificação do art. 195.º do Código Penal. Estatui uma punição mais severa, é certo, mas tem uma função de tutela de um bem jurídico distinto.

Tertium, e em complemento dos dois primeiros argumentos, o tipo subjetivo do art. 383.º do Código Penal é mais exigente do que o do seu art. 195.º. Aquele requer um elemento subjetivo especial do tipo, na forma de uma intenção de obter, para o funcionário ou para outra pessoa, benefício ou a consciência de causar prejuízo ao interesse público ou a terceiros. A violação de segredo do art. 195.º, com um tipo subjetivo mais amplo, basta-se com o dolo geral do tipo. A exigência daquele elemento subjetivo adicional faz com que o simples conhecimento e a vontade de revelação do segredo não bastem para punir o funcionário, a não ser pela norma do art. 195.º do Código Penal. E também não nos parece que, na esmagadora maioria dos casos em que o árbitro cumprisse o dever de denúncia obrigatória do art. 242.º do Código de Processo Penal, se pudesse afirmar que aquele quisesse obter um benefício conexo com a revelação do segredo ou pensasse estar a prejudicar o interesse público.

Em face do exposto, a tipicidade da denúncia por parte do árbitro de factos com relevância criminal de que tenha tido conhecimento no exercício e por causa das suas funções arbitrais, apenas poderá afirmar-se tendo por referente normativo o art. 195.º do Código Penal. Razão pela qual não é de somenos importância a análise do tipo geral de violação de segredo e dos seus elementos e a procura por um critério que permita afirmar ou negar, em abstrato, a responsabilização criminal do árbitro denunciante.

4.2. Em conformidade, importa começar por questionar se o dever de confidencialidade dos árbitros equivale, no plano jurídico-criminal, a uma reserva de segredo quanto à existência e ao conteúdo da arbitragem. Segredo, da perspetiva do Direito Penal — e para efeitos da conduta típica do crime de violação de segredo —, significa uma informação (ou conjunto de informações) “*apenas conhecido de um círculo determinado (e, em princípio, restrito) de pessoas e em relação ao qual aquele a cuja esfera pertence tem a vontade, assente num interesse razoável e digno de tutela de que ele continue apenas conhecido daquele círculo ou (para além do círculo) de quem ele decidir*”⁽⁷⁸⁾. Com esta definição, nada parece impedir que a confidencialidade a que os árbitros estão obrigados, quer por convenção expressa que por lei, nele se insira. Vejamos.

⁽⁷⁸⁾ A definição é de MANUEL DA COSTA ANDRADE, que, no entanto, no lugar de uma “*informação*” prefere a palavra “*facto*”, ainda que dando nota da preferência de alguns autores pela “*informação*”. Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 1126, ss.

O conceito de segredo deve interpretar-se restritivamente, dele excluindo as informações não-verdadeiras. Ainda que o tipo legal do crime não contenha expressamente a palavra “*factos*” (como, por exemplo, o crime de burla, como objeto do engano), a privacidade em sentido material afasta a relevância jurídico-penal das informações não verdadeiras. Porém, deve ter-se presente que a identificação da verdade de uma informação ou de um facto em absoluto é (ainda) inalcançável para o intérprete que deve ter sempre em conta (i) a relação existente entre a informação, o titular do segredo e o contexto espaço-temporal da interação e (ii) a objetividade da informação e suscetibilidade de prova⁽⁷⁹⁾. Esta última característica, de pendor mais prático-empírico do que metafísico, parece-nos de capital importância para interromper qualquer pretensão de busca cartesiana, em favor de uma aceitação da verdade em termos relativos e mais alinhados com Nietzsche.

Faltando uma referência a factos, o tipo objetivo de violação de segredo possibilita, contudo, a inclusão dos juízos de valor e os prognósticos na tutela da privacidade do art. 195.º do Código Penal. No que aos juízos de valor diz respeito, estes não são nem verdadeiros nem falsos na medida em que traduzem uma tomada de posição do emitente. Ainda que insuscetíveis de demonstração empírica, podem assumir um relevo jurídico-penal a partir da vontade conhecida ou cognoscível do titular. Já quanto aos prognósticos, nenhuma razão se vê para que sejam afastados do tipo apenas pelo motivo de as informações a coberto do segredo poderem dizer respeito a eventos futuros. Estas estarão a coberto do segredo — na linha do que se avançou imediatamente antes — quer se trate de informação atual e verdadeira de uma pretensão futura quer sejam um juízo de valor criminalmente relevante acerca da verificação de uma situação vindoura. Desde que as informações digam respeito à esfera privada de uma pessoa, física ou coletiva, conhecidas de um número objetivamente controlável de pessoas e que seja conhecida do agente ou cognoscível a vontade do titular do segredo de as manter sob reserva⁽⁸⁰⁾, nada obsta à sua inclusão no âmbito da ação típica.

(79) Em sentido próximo, *mutatis mutandis* em razão de ter como escopo a interpretação do crime de burla, e na linha da doutrina alemã sobre a normatização do erro, cf. TIAGO DA COSTA ANDRADE, *O Crime de Burla: Bem Jurídico e Imputação Objectiva*, Almedina, 2019, p. 116.

(80) O interesse legítimo ou razoável do titular na definição do segredo deve, em nossa opinião, juntar-se ao conhecimento ou cognoscibilidade por parte do agente da vontade de reserva do titular do segredo, atuando como como limitadores do arbítrio deste último. O que, bem vistas as coisas, contribuirá para a limitação da subjetividade da intervenção penal a título de violação do segredo, com o objetivo de evitar abusos arreigados numa interpretação que desconsidere a determinabilidade como

Seja qual for a posição adotada quanto aos contornos do segredo penalmente relevante, dificilmente se poderá justificar a exclusão daquilo que é abrangido pelo dever de confidencialidade dos árbitros. Como vimos, o âmbito objetivo do dever de confidencialidade dos árbitros incide sobre um conjunto de informações extremamente sensíveis para as partes e que estas não abdicam de manter em segredo, razão pela qual se decidiram por uma cláusula compromissória a incluir no(s) contrato(s). Desde logo, a existência da própria arbitragem é um dado que as partes podem querer — e normalmente querem — manter sigiloso. Também as informações obtidas no curso do processo, os documentos trazidos para os autos e a restante prova produzida são elementos que, sem dúvida, devem incluir-se no segredo. Por fim, a confidencialidade abrange ainda, na grande maioria dos casos, a própria decisão arbitral que nada impede que esteja também protegida pelo âmbito de tutela da incriminação. Todos estes elementos traduzem informações desconhecidas do exterior do círculo fechado da arbitragem e que, segundo a vontade expressa ou presumida das pessoas a quem respeitam, devem manter-se sob reserva.

4.3. Se nenhuma dúvida parece haver quanto à circunstância de o conteúdo do processo arbitral ser um segredo alheio das partes, também nos parece poder afirmar-se que tal segredo é obtido no exercício da atividade profissional dos árbitros. O art. 195.º do Código Penal exige que o segredo chegue ao conhecimento do agente “*em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte*”. A violação do segredo profissional pode ser de todas as constelações típicas a mais frequente, mas não significa que seja a única, aliás, como a própria norma indica. Não parece que se possa afirmar categoricamente que a arbitragem é uma profissão em sentido próprio. Na verdade, a Lei da Arbitragem Voluntária apenas impõe que os árbitros devem ser pessoas singulares e plenamente capazes⁽⁸¹⁾. Mas, independentemente da noção sociológica de profissão — se exige a obediência a determinados padrões éticos e deontológicos, se exige a inscrição numa ordem profissional ou se se basta com a contraprestação de uma remuneração —, inegável nos parece que a função de juiz-árbitro sempre será, no mínimo, um ofício com competências próprias, requisitos de experiência, reputação e *expertise*.

imposição do princípio da legalidade criminal. Ainda que a hipótese de que nos ocupamos não nos suscite qualquer tipo de reserva em face destas premissas, por nos parecer absolutamente legítimo o interesse na reserva do conteúdo da arbitragem e a natural vontade das partes em manter tal conteúdo restrito.

(81) Cf. art. 9.º, n.º 1, da Lei da Arbitragem Voluntária.

Em primeiro lugar, lembre-se que o bem jurídico protegido pelo crime de violação de segredo é a privacidade em sentido material e que os interesses comunitários e institucionais, se bem que inegavelmente associados àquela, apenas assumem o estatuto de interesses reflexamente protegidos, não se exigindo que a arbitragem seja uma profissão em sentido estrito. Em segundo lugar, porque a razão de ser daquele elemento do tipo se identifica com a exclusão dos conhecimentos que o agente adquire na sua vida privada e dos segredos de terceiros com quem não tem uma relação em virtude de um seu trabalho. Em terceiro lugar, porque a relevância típica do segredo não se liga a uma relação de confiança entre o titular do segredo e o profissional obrigado, que limitaria a obrigação de segredo do profissional à relação de confiança e denegaria a tutela penal aos segredos decorrentes da prestação de serviços por profissional não livremente escolhido, pressupondo sempre uma existência de uma ordem profissional a assegurar o cumprimento dessa relação de confiança⁽⁸²⁾. Em quarto lugar, porque, contrariamente às incriminações correspondentes dos ordenamentos jurídicos alemão e suíço, por exemplo, o legislador penal português, como já havíamos assinalado, não preferiu a legística de *numerus clausus*, abrindo as portas a todas as atividades em que deva imperar o sigilo.

Assim, ainda que não exista uma ordem profissional para os árbitros, facto é que os árbitros são pessoas com altos níveis de formação académica, sujeitos a códigos deontológicos ou regras de ética, especialmente quando participam em arbitragens institucionalizadas, e em relação aos quais as pessoas, no exercício da sua atividade, desguarnecem a sua privacidade e os seus segredos de negócio. No fundo, o dever de sigilo dos árbitros é um *cocktail* resultante da mistura de uma pitada de segredo profissional, um aroma de segredo de justiça e uma grande dose de confidencialidade imposta pelas partes e — em certos casos, como o português — pela lei⁽⁸³⁾.

⁽⁸²⁾ Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 1130, ss.

⁽⁸³⁾ Ainda que muitos árbitros não sejam também advogados, observa-se com frequência na prática jurídica situações em que árbitros são simultaneamente advogado. A Lei da Arbitragem Voluntária não impede a cumulação das funções de árbitro e advogado em abstrato, limitando-se a dispor, no art. 9.º, n.º 3, que os árbitros devem ser independentes e imparciais, pelo que o exercício da função de árbitro depende de um reconhecimento e declaração de independência que preserve a sua incompatibilidade com o exercício da advocacia. Já do lado dos advogados, a função de árbitro em centros de arbitragem foi declarada como compatível com o exercício da advocacia, pelo Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados n.º E-11/97, de 19 de Fevereiro de 1997, entendimento que se mantém vigente em face da versão atualizada do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de Setembro. Todavia, não se pode pretender que o dever de segredo profissional de advogado se funda com o dever de sigilo de árbitro ou que o de âmbito funcional maior consuma o de âmbito menor. O dever de sigilo “ativo” deve ser aquele que corresponde ao papel que o profissional desem-

Face ao exposto, pode concluir-se que a confidencialidade a que estão adstritos os árbitros goza de relevância e tutela jurídico-criminais, sendo a sua violação penalmente sancionada nos termos do art. 195.º do Código Penal.

5. O dever de denúncia e a justificação da violação do segredo

5.1. De acordo com o entendimento que deixámos exposto, é patente — em abstrato — a tipicidade da conduta do árbitro que denuncia às autoridades judiciais a existência de factos de que tomou conhecimento no exercício e por causa das suas funções com potencial relevância criminal. A ausência de consentimento do titular do segredo para a revelação é um elemento do tipo, considerando-se, por conseguinte, este consentimento, *rectius* este acordo, como causa de negação da tipicidade⁽⁸⁴⁾. Apenas existe violação de sigilo relativamente ao segredo cujo portador não deu o seu acordo na revelação pelo árbitro, podendo, ainda assim e em certos casos, haver consentimento na revelação⁽⁸⁵⁾. Contudo, o problema de que cuidamos não coloca significativos problemas em termos de acordo ou consentimento, antes devendo ser solucionado no contexto da exclusão da ilicitude.

penha no momento em que adquiriu as informações que compõem o segredo, sendo que as obrigações de reserva que sobre ele recaem têm o alcance apenas e só do dever em causa.

⁽⁸⁴⁾ Cf., no que concerne ao crime de violação de segredo, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 1146. Sobre a distinção entre consentimento e acordo, na dogmática jurídico-penal em geral, cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2004, p. 516, ss.

⁽⁸⁵⁾ Segundo cremos, na hipótese que em que o árbitro se depara com factos de potencial relevância criminal e os denuncia, não é dado o consentimento pelo titular do segredo. Todavia, aqueles factos, na esmagadora maioria das vezes, terão chegado ao conhecimento do árbitro através do impulso processual de uma das partes que alega que a contraparte praticou determinado crime, normalmente por forma a impugnar a pretensão contrária. Por exemplo, A alega que B não pagou a totalidade dos serviços contratados numa relação duradoura, dando origem ao processo arbitral, mas B contesta, afirmando que os serviços não foram pagos porque, na sua origem, estariam práticas de corrupção que fizeram A ganhar o concurso. A parte acusada não dá o consentimento para ser denunciada como possível agente de corrupção. O que pode suceder é que a estratégia processual da parte acusadora passe por fazer com que o árbitro, em face do dever de denúncia obrigatória que sobre si recai, faça a denúncia a partir dos elementos por aquela trazidos e, por isso, dissemine o segredo da arbitragem. Neste cenário, inexistente o consentimento da parte acusada, mas pode haver acordo presumido da parte acusadora, cujo “*étimo de legitimação material-axiológica radica na vontade hipotética do titular do segredo e não no que se possa considerar o seu melhor interesse*”. Sobre este último sentido de acordo presumido, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 1152.

Começando pela justificação relacionada com a existência de uma imposição legal, ela é enunciada pelo Código Penal no seu art. 31.º, n.º 2, alínea c), mas sobretudo desenvolvida no seu art. 36.º, n.º 1, sob a lógica do conflito de deveres. De acordo com aquela primeira norma, não é ilícito o facto praticado “[n]o cumprimento de um dever imposto por lei”. E, nos termos do art. 36.º do Código Penal, “[n]ão é ilícito o facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas da autoridade, satisfizer dever ou ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem que sacrificar”.

Efetivamente, a doutrina que se tem dedicado aos temas da arbitragem, nomeadamente ao problema do âmbito funcional do dever de confidencialidade dos árbitros, revela a existência de uma tendência internacional de assumir a regra da confidencialidade como uma espécie de princípio normativo transpositivo, ainda que comportando exceções⁽⁸⁶⁾. De acordo com o relatório da International Law Association sobre confidencialidade na arbitragem comercial internacional, “[r]easonable exceptions to an obligation of confidentiality may include: (a) prosecuting or defending the arbitration or proceedings related to it (including enforcement or annulment proceedings), or pursuing a legal right; (b) responding to a legitimate subpoena, governmental request for information or other compulsory process; (c) **making a disclosure required by law** or rules of a securities exchange; or (d) seeking a legal, accounting or other professional services, or satisfying information requests of potential acquirers, investors or lenders, provided that in each case that the recipient agrees in advance to preserve the confidentiality of the information provided”⁽⁸⁷⁾.

Porém, como vimos já, o árbitro não é um funcionário para efeitos de denúncia obrigatória do art. 242.º do Código de Processo Penal. E, vimo-lo já também, a denúncia obrigatória não deveria ser abrangida por aquelas “disclosures required by law” que tendencialmente têm que ver com a defesa de direitos e o cumprimento de decisões judiciais. Mas mesmo que assim não fosse, o dever de denúncia não justificaria a violação do segredo sem mais.

⁽⁸⁶⁾ Assim, muito claramente, e. g., nas normas dos arts. 39.º das Regras do Centro de Arbitragem Internacional de Singapura, o art. 18.º da Ordenação de Arbitragem de Hong Kong, 14.º do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Candá e dos arts. 30.º das Regras de Arbitragem da Corte de Arbitragem Internacional de Londres e 75.º das Regras de Arbitragem da Organização Mundial de Propriedade Intelectual. Na doutrina, JOSÉ ANTÓNIO FICHTNER/SERGIO NELSON MANNHEIMER/ANDRÉ LUÍS MONTEIRO, “A confidencialidade na arbitragem...”, p. 236.

⁽⁸⁷⁾ *Apud* JOSÉ ANTÓNIO FICHTNER/SERGIO NELSON MANNHEIMER/ANDRÉ LUÍS MONTEIRO, “A confidencialidade na arbitragem...”, p. 271 (destaque nosso).

5.2. Não raras vezes se discute a exceção ao dever de confidencialidade com base no interesse público que se imporia sobre os interesses privados das partes⁽⁸⁸⁾ ou, numa formulação mais específica — sublinhada no célebre caso *John Forster Emmott v. Michael Wilson & Partners Limited*, decidido pelo *English Court of Appeal*, em 2008⁽⁸⁹⁾ —, na premência de interesses da justiça⁽⁹⁰⁾. Porém, muitas vezes também a imposição do dever de denúncia assume a forma de lei imperativa, congregando os interesses públicos ou de justiça assumidos pelo legislador que, por sua vez, os institui sob a forma de lei. Assim sendo, pelo menos no plano jusprivatístico, o dever legal de denúncia sobrepor-se-ia com naturalidade ao dever de sigilo.

Todavia, ainda que a solução do Direito Privado pudesse ter o desígnio de excluir a ilicitude da violação do dever de confidencialidade criminalmente tutelado, é insuficiente, do ponto de vista jurídico-penal, depor as armas da dogmática, qual *Vercingétorix*, quando em causa está a tutela da privacidade.

Nos termos do art. 36.º, n.º 1, do Código Penal, a situação de conflito de deveres apenas excluirá a ilicitude da conduta do agente se este optar por cumprir, (i) num caso de conflito de deveres de igual valor, qualquer um dos deveres, ou (ii), num caso de conflito de deveres de diferente valor, o dever de maior valia. Ora, para quem defenda que o conflito de deveres é causa de justificação apenas se ambos os deveres forem de ação, então o tema de que aqui tratamos nem sequer se qualifica como um problema de conflito de deveres, uma vez que o dever de denúncia é um dever de ação e o dever de reserva é um dever de omissão, que prevalece sempre sobre os deveres de ação em linha com o dever geral de não ingerência em bens jurídicos alheios⁽⁹¹⁾. Mas, mesmo para quem sustenta que o conflito de

⁽⁸⁸⁾ MARLON MEZA-SALAS, *Confidentiality in International Commercial Arbitration: Truth or Fiction?*, Kluwer Arbitration Blog, 2018, disponível em <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/09/23/confidentiality-in-international-commercial-arbitration-truth-or-fiction/>>.

⁽⁸⁹⁾ *John Forster Emmott v. Michael Wilson & Partners Limited* [2008] EWCA Civ 184, disponível em <https://www.trans-lex.org/301850/_/john-forster-emmott-v-michael-wilson-partners-%C2%A0limited-%5B2008%5D-ewca-civ-184/>.

⁽⁹⁰⁾ Entendeu LAWRENCE COLLINS L.J.: “*In my judgment the content of the obligation may depend on the context in which it arises and on the nature of the information or documents at issue. The limits of that obligation are still in the process of development on a case-by-case basis. On the authorities as they now stand, the principal cases in which disclosure will be permissible are these: the first is where there is consent, express or implied; second, where there is an order, or leave of the court (but that does not mean that the court has a general discretion to lift the obligation of confidentiality); third, where it is reasonably necessary for the protection of the legitimate interests of an arbitrating party; fourth, where the interests of justice require disclosure, and also (perhaps) where the public interest requires disclosure*”.

⁽⁹¹⁾ Assim, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 548, com indicação bibliográfica de doutrina concordante e discordante.

interesses como causa de justificação admite a ponderação entre um dever de ação e um dever de omissão, não é exato considerar que o dever de denúncia se sobreponha ao dever de reserva, nem sequer que estes se configurem como deveres de igual intensidade.

Ora, no plano da justificação por imposição legal de denúncia obrigatória, a doutrina especializada tem entendido que o dever de denúncia não prevalece sem mais sobre o dever de sigredo. Isto porque se subverteria a prevalência de princípio do dever de sigredo sobre os interesses da justiça penal na sua vertente meramente repressiva, onde tal denúncia já não vai evitar a prática do crime, contrariamente ao que sucederia se a violação de sigredo atuasse preventivamente em relação a um crime projetado ou anunciado pelo portador do sigredo⁽⁹²⁾. Concordamos com essa ideia. Seria absolutamente desproporcional que o dever legal de denúncia justificasse sem mais a violação do dever de sigilo.

Assim, não sendo o árbitro sujeito do dever legal de denúncia e, mesmo que o fosse, não sendo tal dever suficiente para legitimar a quebra do sigilo ao abrigo de um constrangimento classificável como conflito de deveres, resta saber se tal violação pode ser justificada nos termos gerais do direito de necessidade. Sendo certo que a justificação a esse título deve obedecer aos requisitos do art. 34.º do Código Penal, tendo, por isso, a revelação do sigredo de se assumir como o meio adequado e necessário para afastar um perigo atual que ameaça interesses sensivelmente superiores no contexto de uma busca pelo interesse preponderante.

A propósito do conflito entre o sigilo e os valores da administração da justiça penal, a doutrina especializada apresenta três enunciados de princípio estabilizados: (i) a revelação de um sigredo é lícita quando for necessária para evitar a condenação penal de um inocente, (ii) os valores ou interesses encabeçados pelo processo penal, de identificação e perseguição dos agentes e repressão de crimes passados, como a eficácia da justiça penal, não justificam, só por si, a revelação do sigredo (iii) e em relação aos crimes futuros projetados pelo portador do sigredo, o conflito entre o dever de colaboração com a justiça e o dever de sigilo deve solucionar-se nos termos gerais da ponderação de interesses⁽⁹³⁾. Interessa-nos substancialmente, nesta sede, o segundo e o terceiro dos entendimentos de princí-

⁽⁹²⁾ Assim, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário...*, pp. 1153 e 1164, rejeitando também a ideia de que interesses repressivos servidos pelo processo penal valham como interesses legítimos suscetíveis de, por si só, justificar a violação de sigredo. Genericamente contra, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...*, p. 770.

⁽⁹³⁾ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 1161, ss.

pio enunciados. De acordo com MANUEL DA COSTA ANDRADE, “o dever de segredo prevalece sobre o dever de denúncia obrigatória (art. 242.º do CPP). Só deverão admitir-se exceções ao princípio nos casos extremados dos crimes mais graves que ponham em causa a paz jurídica ou haja perigo de novas infrações”⁽⁹⁴⁾. Destarte, na definição do justo equilíbrio de interesses entre a preservação do segredo e a administração da justiça penal repressiva, há algumas interrogações a que cumpre dar resposta. A primeira diz respeito à gravidade dos crimes como elemento justificador, tomando como plano de análise o processo de arbitragem. A segunda prende-se com a indagação da efetiva necessidade do cumprimento do dever de denúncia em ordem à eficácia da administração da justiça penal.

6. A criminalidade económico-financeira e o *Zeitgeist* político-criminal contemporâneo

6.1. Quando MANUEL DA COSTA ANDRADE enunciou, no *Comentário Conimbricense do Código Penal*, o entendimento de princípio *supra* exposto, relativamente aos casos extremados dos crimes mais graves que pudessem perigar a paz jurídica ou que fizessem reecar a prática de novas infrações, o autor não desenvolveu em pormenor tal hipótese particular que poderia dar prevalência ao dever de denúncia⁽⁹⁵⁾. Necessário é, portanto, perceber se, efetivamente, o *white-collar/business crime* ou a criminalidade económico-financeira, incluindo os fenómenos da corrupção e do branqueamento de capitais, como uma das manifestações daquelas categorias congregadoras de contributos da criminologia e da dogmática penal⁽⁹⁶⁾, assumem os contornos dos crimes mais graves que pudessem perigar a paz jurídica ou que acarretam o receio generalizado da prática de novas infrações.

Desde logo, um crime caracterizado pelo receio generalizado da prática de novas infrações é difícil de precisar em abstrato. Especialmente

⁽⁹⁴⁾ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 1162.

⁽⁹⁵⁾ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 1161, apenas indica o caso paradigmático da criança ou idoso internado em estabelecimento em que é vítima de repetidos abusos e maus tratos e o regime específico dos profissionais investidos no estatuto processual de testemunhas e constante do art. 135.º do Código de Processo Penal.

⁽⁹⁶⁾ Não sendo, portanto, inteiramente coincidentes os resultados conceptuais obtidos quer se parta de uma perspetiva criminológica quer se escolha um ponto de partida dogmático. Assim, sobre a criminalidade económico-financeira, SUSANA AIRES DE SOUSA, “Ações encobertas (e outras figuras próximas) na investigação da criminalidade económico-financeira”, *in Julgar*, n.º 38, Maio-Agosto, 2019, p. 35.

porque aquela nota característica se liga em grande medida ao tipo de agente e à dimensão da culpa, dificilmente consideráveis sem nos depararmos com uma situação e com o agente concretos. Como tal, não é possível prognosticar que crime económico-financeiro é passível de traduzir uma tendência certa de repetição no tempo.

Seja como for, desde a entrada em cena de EDWIN SUTHERLAND na História da Criminologia, na conferência anual da Sociedade Americana de Sociologia, de 1939, munido do inovador estudo intitulado “*White-Collar Criminality*”, que este tipo de criminalidade não largou mais os holofotes da Sociologia, da Criminologia e do Direito Penal⁽⁹⁷⁾. Sem a pretensão de cuidar de todas as dimensões do crime de colarinho branco, não podemos deixar de destacar uma das conclusões mais sedimentadas nas ciências jurídico-criminais a propósito do tema: o equívoco da menor danosidade do *white-collar crime* face à restante criminalidade encontra-se decididamente ultrapassado.

O crime de colarinho branco tem como traço caracterizador a difusão da vitimização. Muitas vezes, as próprias vítimas não se apercebem da sua qualidade de vítimas de um crime. Isto acontece porque, usualmente, aquelas infrações se prolongam no tempo e ocorrem maioritariamente num âmbito espacial vasto, atingindo inúmeras pessoas, ainda que os danos provocados sejam individualmente sentidos com relativa ligeireza. A “fatura” acaba sempre por chegar mais tarde e sob a forma de políticas públicas de compensação que o Estado impõe aos cidadãos. Assim — e contando com a crescente consciencialização do público sobre o fenómeno da criminalidade de colarinho branco —, a comunidade tem concluído que o custo financeiro do *white-collar crime* é, provavelmente, muitas vezes maior do que o custo financeiro de todos os crimes comuns⁽⁹⁸⁾. E que, além das consequências financeiras, a danosidade social do crime de colarinho branco é mais elevada do que as efetivas perdas pecuniárias por ele provocadas, atingindo as partes normalmente mais

(97) Na linha de EDWIN SUTHERLAND, “White-Collar...”, pp. 2-3, e do seu inovador estudo criminológico publicado na década de 40 do séc. XX, “[w]hite-collar crime in business is expressed most frequently in the form of misrepresentation in financial statements of corporations, manipulation of stock exchange, commercial bribery, bribery of public officials directly or indirectly in order to secure favorable contracts and legislation, misrepresentation in advertising and salesmanship, embezzlement and misapplication of funds, short weights and measures and misgrading of commodities, tax frauds, misapplication of funds in receiverships and bankruptcies. These are what Al Capone called «the legitimate rackets»”.

(98) Assim, EDWIN SUTHERLAND, *apud* CLÁUDIA CRUZ SANTOS, “O Crime Ambiental: crime organizacional ou crime organizado?”, in *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, 2/3, 2000, p. 81.

fracas, como os contribuintes, consumidores, investidores, acionistas e os cidadãos em geral⁽⁹⁹⁾.

6.2. A propósito da criminalidade económico-financeira, a maioria dos estudos sobre Direito da Arbitragem tem-se centrado no problema da corrupção. Na verdade, não há dúvida de que a corrupção é exemplo — frequentemente destacado — da especial gravidade da criminalidade de colarinho branco. Basta ler as muito avisadas considerações, ao nível supranacional, de KOFI ANNAN⁽¹⁰⁰⁾ e, entre nós, de CLÁUDIA CRUZ SANTOS, sobre as consequências sistémicas associadas à corrupção⁽¹⁰¹⁾. Numa perspetiva tributária, o fenómeno da corrupção reduz drasticamente a receita efetivamente cobrada, além de criar noutros contribuintes a decisão de fuga ao Fisco por razões de competitividade, obrigando os governos a obter financiamento por outros meios (por exemplo, endividando-se com empréstimos). Numa ótica de governação, os agentes públicos “esquecem” o interesse público e a meritocracia, enquanto atraem negócios de valia mais duvidosa quando comparados com o pujante empreendedorismo dos empresários íntegros. Quanto ao funcionamento da economia de mercado, o vírus da corrupção infecta qualquer pretensão de salutar concorrência, razão pela qual muitos advogam a favor da criminalização da corrupção no sector privado. Até a própria segurança física dos cidadãos e a ordem pública podem ser reflexamente postas em causa pela corrupção, através da proliferação de manifestações populares menos pacíficas e tumultos pelas ruas das cidades precipitados por notícias de corrupção no seio das elites políticas (lembrem-se os *gilets jaunes*). No fundo, a corrupção mina a democracia e o Estado de Direito, provocando violações de

⁽⁹⁹⁾ Já EDWIN SUTHERLAND, “White-Collar Criminality”, in *American Sociological Review*, Vol. 5, February 1940, Number 1, pp. 5 e 9, escrevia que as perdas financeiras derivadas dos crimes de colarinho branco, por maiores que sejam, são menos importantes do que o dano causado às relações sociais. Para o autor, aqueles crimes são uma violação da confiança e, portanto, criam uma desconfiança que afecta a moral social e que produz uma desorganização social de elevada escala. E o trabalho desenvolvido posteriormente a EDWIN SUTHERLAND, deixa poucas dúvidas de que a maioria dos crimes mais graves e que causaram maiores perdas materiais e humanas são cometidas antes pelos ricos do que pelos pobres, como indica JOHN BRAITHWAITE, “Poverty, Power, White-Collar Crime and the Paradoxes of Criminological Theory”, in *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 1991, 24, p. 40.

⁽¹⁰⁰⁾ No discurso, de 31 de Outubro de 2003, por ocasião da adoção da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

⁽¹⁰¹⁾ CLÁUDIA CRUZ SANTOS, “Considerações Introdutórias (ou algumas Reflexões Suscitadas pela «Expansão» das Normas Penais sobre Corrupção)”, in CLÁUDIA CRUZ SANTOS/CLAUDIO BIDINO/DÉBORA THAIS DE MELO, *A Corrupção: Reflexões (a Partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, 2009, p. 16, ss.

direitos humanos e a deterioração da qualidade de vida — particularmente nos países em desenvolvimento —, distorcendo o mercado e abrindo espaço para outras tendências criminosas crescerem.

Ainda assim, na senda de CLÁUDIA CRUZ SANTOS, por muitas consequências reflexas que possam apontar-se à tradicional corrupção — de funcionários públicos e de titulares de cargos políticos —, na perspectiva do Direito Penal, aquela fará sempre parte de um fenómeno de criminalidade contra os interesses do Estado como organização política⁽¹⁰²⁾. Aos quais se juntam outros crimes que compõem o arco de proteção da legalidade da atuação pública, como o tráfico de influência ou o financiamento ilegal de partidos políticos⁽¹⁰³⁾. Mesmo a proibição da corrupção no sector privado visa, pelo menos nalguns dos modelos atuais (e.g. Alemanha, Áustria e Suíça), uma proteção reflexa de interesses dos Estados contemporâneos, como a concorrência ou o justo comércio transfronteiriço de bens e serviços⁽¹⁰⁴⁾.

É hoje, pois, inegável que a corrupção é um crime que assombra a paz jurídica comunitária. Sendo vista como uma das mais graves formas de criminalidade, considerando as consequências desigualitárias que provoca ao moldar o interesse público de acordo com os desejos dos corrupto-

⁽¹⁰²⁾ Não fazem parte do âmbito deste estudo a panóplia de considerações acerca do bem jurídico típico tutelado pelos vários tipos de crime que cobrem o fenómeno da corrupção. E que muito relevam na hora de determinar quais são verdadeiramente os contornos da ação típica de um crime de corrupção, com influência decisiva no situar das margens de punibilidade. Sobre isto, cf. CLÁUDIA CRUZ SANTOS, “Considerações...”, p. 30, ss.; e ANTÓNIO MANUEL ALMEIDA COSTA, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Dirigido por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS), Tomo III (arts. 308.º a 386.º), Coimbra Editora, 2001, p. 661, ss.

⁽¹⁰³⁾ Sobre a necessária inclusão destes delitos no debate sobre a eficácia da luta contra a corrupção, cf. ADÁN NIETO MARTÍN, “La lucha contra la corrupción en la Constitución Europea”, in *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude* (Coord. LUIS ARROYO ZAPATER/ADÁN NIETO MARTÍN), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 87-88.

⁽¹⁰⁴⁾ No modelo alemão e austríaco, embora se reconheça a existência de interesses patrimoniais secundários a tutelar indiretamente, o bem jurídico primário é somente a concorrência leal, sendo indispensável que haja uma atuação ordenada a distorcer a concorrência. No modelo suíço, ainda que se compreenda a infração como crime contra a concorrência, exige-se a uma conduta do trabalhador contrária ao dever exigido no cumprimento das suas funções ou do negócio. Por outro lado, em Portugal, os tipos previstos na Lei 20/2008, de 21 de Abril, são autênticos delitos de violação de deveres funcionais, ainda que prevendo como circunstância agravante a idoneidade das condutas idóneas a causar uma lesão na concorrência ou um prejuízo patrimonial. Para CLAUDIO BIDINO, “O problema específico da corrupção no setor privado (no Brasil e em Portugal)”, in CLÁUDIA CRUZ SANTOS/CLAUDIO BIDINO/DÉBORA THAIS DE MELO, *A Corrupção: Reflexões (a Partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, 2009, p. 217, ss., a incriminação portuguesa é de duvidosa legitimidade na medida em que tutela um bem jurídico com insuficiente dignidade penal, devendo o tipo ter sido construído assumindo a lealdade da concorrência como bem jurídico típico.

res⁽¹⁰⁵⁾. O que tem motivado a pressão contínua das instâncias supranacionais sobre a legislação dos Estados em matéria de corrupção, no sentido de a harmonizar e de tornar a prevenção do fenómeno mais eficaz. Como indica o preâmbulo da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, há uma preocupação “*com a gravidade dos problemas e das ameaças que a corrupção coloca à estabilidade e segurança das sociedades, na medida em que mina as instituições e os valores da democracia, os valores éticos e a justiça e na medida em que compromete o desenvolvimento sustentável e o Estado de direito*”⁽¹⁰⁶⁾. Noutro quadrante, quanto ao branqueamento de capitais, a tendência é semelhante: são constantes os apelos supranacionais ao reforço do arsenal legislativo, tomado como imperativo por não haver alternativa a uma eficaz prevenção e repressão do fenómeno⁽¹⁰⁷⁾.

É certo que a corrupção não é o único crime de colarinho branco que afronta o ideal de Estado de Direito do século XXI, mas parece-nos difícil encontrar outro que concentre tão intensamente as atenções da política criminal hodierna. Para o específico problema do confronto entre os deveres de sigilo e de denúncia dos árbitros em Portugal, o referente típico da corrupção deve ser o da lei penal nacional, uma vez que, em termos de Direito Penal, o pressuposto de que partimos é o da aplicabilidade da lei penal portuguesa, por referência a qualquer um dos relevantes princípios da territorialidade, da nacionalidade, da proteção dos interesses nacionais, da universalidade ou da administração supletiva da justiça penal, dos arts. 4.º a 6.º do Código Penal⁽¹⁰⁸⁾. Isto, mesmo que as partes tenham escolhido

⁽¹⁰⁵⁾ Na formulação de JOHN BRAITHWAITE, “Transnational Corporations and Corruption: Towards Some International Solutions”, in *International Journal of the Sociology of Law*, 1979, 7, p. 126, “[t]he whole purpose of business-government bribes is, after all, the inegalitarian purpose of enticing governments to act against the public interest and in the interests of the transnational”.

⁽¹⁰⁶⁾ Entre outras convenções relevantes das quais Portugal é signatário, destacam-se a Convenção sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais de 1997, a Convenção relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-Membros da União Europeia de 1997 e a Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa de 1999.

⁽¹⁰⁷⁾ Sobre a complexificação técnica, financeira e territorial de dissimulação e conversão dos subornos através de circuitos de branqueamento de capitais, que têm desembocado num certo fatalismo legislativo, cf. RUI PATRÍCIO/NUNO IGREJA MATOS, “Corrupção e Branqueamento: das Relações Incestuosas às (A)Típicidades”, in *Estudos Projeto Ethos: Corrupção e Criminalidade Económico Financeira*, Procuradoria-Geral da República, 2018, p. 53.

⁽¹⁰⁸⁾ Isto é, principalmente, o Código Penal português, a Lei n.º 34/87, de 16 de julho, que define os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos, a Lei n.º 50/2007, de 31 de agosto, que estabelece o regime de responsabilidade penal por comportamentos suscetíveis de afetar a verdade, a lealdade e a correção da competição e do seu resultado na atividade desportiva, e a Lei n.º 20/2008, de 21 de abril, sobre o regime penal de corrupção no comércio internacional e no setor privado.

uma qualquer outra lei aplicável aos litígios emergentes do contrato onde se insere a cláusula compromissória. Afinal, em comparação, designadamente, com as normas que definem a corrupção transnacional ou de funcionário estrangeiro dos arts. 16.º, n.º 1, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção ou do art. 1.º da Convenção da OCDE sobre a luta contra a corrupção, as normas portuguesas, particularmente as de recebimento e oferta indevidos de vantagem e de corrupção ativa e passiva, aparentam ser suficientemente — talvez, demasiado — amplas.

6.3. Contudo, há outros fenómenos de criminalidade — uns mais estabilizados que outros — a merecerem um olhar tão atento como aquele que tem sido reservado à corrupção, como os crimes conexos de peculato, peculato de uso, participação económica em negócio, concussão, abuso de poder, tráfico de influências e administração danosa. E ainda crimes não conexos com o crime de corrupção, com uma danosidade (direta ou reflexa) de nível igual ou superior, partilhando do rótulo de criminalidade grave não obstante tutelarem bens jurídico-criminais de cariz eminentemente distinto, como os crimes fiscais, ambientais, contra a saúde pública, financeiros ou ainda os crimes contra o mercado. Estes tipos de criminalidade têm também um elevado custo económico⁽¹⁰⁹⁾, são praticados no seio de organizações e entes coletivos, com uma perniciosidade social não despendida e reclamam uma maior atenção das instituições responsáveis pela definição e aplicação da política criminal do Estado⁽¹¹⁰⁾. E tanto o crime de corrupção como estas outras infrações podem surgir no contexto de uma arbitragem ou ser usados como armas de arremesso por uma das partes contra outra, apontando para momentos como os da adjudicação de uma proposta de serviços, da produção de um produto ou para outros momentos da vida comercial e societária.

A arbitragem e os árbitros não podem ser utilizados para ocultar ou branquear qualquer tipo de criminalidade. Aliás, no que deles dependa, os tribunais arbitrais devem contribuir para a prevenção do crime, seja de corrupção, de branqueamento de capitais ou outros⁽¹¹¹⁾. Contudo, devem

⁽¹⁰⁹⁾ Para SUSANA AIRES DE SOUSA, “Ações encobertas...”, pp. 36-37, uma aproximação ao conceito de criminalidade económico-financeira deve ter em conta, por um lado, a especial danosidade dos crimes e, por outro lado, a particular dificuldade de investigação pela natureza complexa e até transnacional que essas condutas revelem.

⁽¹¹⁰⁾ Sobre o conceito de crime organizacional, como crime cometido por funcionários de uma organização no interesse desta, cf. CLÁUDIA CRUZ SANTOS, “O Crime Ambiental...”, p. 82.

⁽¹¹¹⁾ Assim, entende ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem...*, p. 308, que “[c]omo diretriz de ordem geral: no que deles dependa, os tribunais arbitrais devem agir no sentido de

fazê-lo no âmbito das suas competências e em equilíbrio com a distribuição de poderes e atribuições enquadradas nos sistemas instituídos de justiça arbitral e de justiça criminal. Isto é — e adiantando algo mais sobre o problema —, os árbitros não devem confundir os poderes que possuem numa arbitragem para dirimir litígios emergentes de um determinado contrato ou relação comercial, de lidar com eventuais alegações de crime pelas partes e extrair as devidas consequências para a adjudicação do litígio, no contexto do processo arbitral, com um qualquer desígnio de combate à corrupção fora da arbitragem, como se de órgãos de polícia ou entidades supervisoras se tratassem. Não é essa a sua missão, não é esse o seu mandato original, nem é esse o seu lugar no sistema jurídico. Nem tal deve ser deles esperado ou exigido em prol de uma suposta perfeição da luta global contra a corrupção.

7. A (des)necessidade da violação de segredo para a reatização da justiça penal

7.1. É sobejamente conhecido que a corrupção, em particular, e os crimes económico-financeiros, em geral fazem parte de um tipo de criminalidade pouco transparente para a justiça penal e, como tal, de difícil deteção. Dizem respeito a condutas complexas, praticadas em ambientes de elevada privacidade e afastados do espaço público, sem que seja patente, no momento da conduta, um conflito entre um dado agente e uma específica vítima. Sendo, ainda, sobremaneira frequente a dispersão da responsabilidade no seio de organizações complexas, podendo inclusivamente haver crime dentro da empresa desligado de qualquer interesse estratégico desta⁽¹¹²⁾. A existência de um vasto acervo de provas diretas e cabais daqueles tipos de crimes é altamente improvável. Consequente-

combater a corrupção. Todavia não o devem fazer na margem em que isso conduz a acrescidos benefícios indevidos para os prevaricadores. Além disso, os árbitros não são (pequenos) polícias”.

⁽¹¹²⁾ A racionalização do trabalho e a crescente especialização no ambiente empresarial, a que se juntam as estruturas hierárquicas complexas de organização das sociedades e dos grupos de sociedades, tornam particularmente difícil a individualização da responsabilidade de cada sujeito. Assim, CLÁUDIA CRUZ SANTOS, “O Crime Ambiental...”, p. 84; e, ainda, “A Corrupção de Agentes Públicos em Portugal: Reflexões a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência”, in CLÁUDIA CRUZ SANTOS/CLAUDIO BIDINO/DÉBORA THAÍS DE MELO, *A Corrupção: Reflexões (a Partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, 2009, p. 103.

mente, pergunta-se se a violação de segredo por parte dos árbitros é, desde logo, necessária para o funcionamento da justiça penal e idónea para a sua salvaguarda.

7.2. Antes de nos propormos responder à pergunta lançada no parágrafo precedente, importa fazer umas breves considerações sobre o estatuto de direitos e deveres dos árbitros.

Vários são os deveres dos árbitros. O mais paradigmático quanto às suas funções é o dever de resolver o litígio. Mas há outros, como o dever de observar um processo justo e equitativo, o dever de atuar com independência e imparcialidade, o dever de conduzir o processo de modo eficiente, o dever de respeitar a confidencialidade do processo, o dever de atuar com diligência. Outro dos deveres reconhecido pela doutrina internacional é o de proferir uma decisão exequível⁽¹¹³⁾. Como explicam DERAINS/ SCHWARTZ, “[e]nforceability of the award [...] is [...] the *raison d’être* of the arbitration process”⁽¹¹⁴⁾. O que justifica que algumas das principais regras institucionais, como as da Corte de Arbitragem Internacional de Londres, da Câmara de Comércio de Estocolmo e dos Centros de Arbitragem Internacional de Hong Kong e de Singapura prevejam uma obrigação de aplicar esforços razoáveis para garantir a validade da decisão.

Discute-se se os árbitros têm o dever de procurar obter a validade da decisão à luz da lei do Estado da sede ou também de outros ordenamentos jurídicos. Para um ponto de vista, o árbitro deve garantir a validade à luz da lei do Estado da sede do litígio, de modo a evitar uma *vacatur*, mas não à luz de outros Estados, indeterminados, onde as partes poderão vir a pretender obter o reconhecimento ou a execução da sentença. Segundo esta perspetiva, para lá do Estado da sede o árbitro não está obrigado a garantir a validade da decisão, pelo menos, para lá dos requisitos, relativamente uniformes a nível internacional, estabelecidos pela Convenção de Nova Iorque. Em conformidade com este entendimento, o Regulamento de Arbitragem da Corte de Arbitragem Internacional de Londres, no seu art. 32.º, n.º 2, expressamente delimitam o dever de aplicação de esforços razoáveis para garantir que a decisão é reconhecida e exequível no Estado da sede da

⁽¹¹³⁾ Acerca do tema, vide ANÍBAL SABATER, LÍDIA REZENDE, “An Arbitrator’s Obligation to Use Reasonable Efforts to Issue an Enforceable Award and Its Interaction with the New York Convention”, *Spain Arbitration Review/Revista del Club Español del Arbitraje*, Wolters Kluwer España 2019, Volume 2019 Issue 34, pp. 33-45.

⁽¹¹⁴⁾ DERAINS/SCHWARTZ, *A Guide to ICC Rules of Arbitration*, 385, *apud* MARGARET L. MOSES, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, p. 79.

arbitragem. Por outro lado, outra tese defende que aquela posição é contrária aos arts. 42.º das Regras de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, 2.º, n.º 2, das Regras da Câmara de Comércio de Estocolmo e 41.º, n.º 2 das Regras do Centro de Arbitragem Internacional de Singapura, que não fazem semelhante restrição ao conteúdo do dever, pelo que, pelo menos quando a arbitragem esteja sujeita a estas regras, não se deverá proceder a tal limitação. Além do mais, segundo esta tese, o Estado da sede é comumente um Estado neutro, onde as partes não tencionam executar a decisão, pelo que o tribunal arbitral deve, sim, procurar obter uma decisão dotada de efeitos jurídicos no Estado onde as partes provavelmente irão procurar obter o reconhecimento e a execução da sentença (não tendo de o fazer em relação a Estados apenas tangencialmente ligados à disputa). Em suma, nos termos desta tese, a menos que as regras aplicáveis indiquem para outra solução, os árbitros deverão procurar obter uma decisão válida à luz do Estado da sede⁽¹¹⁵⁾, *bem como* no(s) Estado(s) onde as partes provavelmente irão procurar obter o reconhecimento e a execução da sentença — juízo que deve ter por base os elementos pertencentes ao processo⁽¹¹⁶⁾.

7.3. Com fundamento no dever de proferir uma decisão exequível, tem-se assistido a uma certa tendência no seio da comunidade arbitral, para admitir que os tribunais arbitrais desenvolvam investigações quando suspeitem da ilicitude de determinadas condutas conhecidas no processo arbitral, mesmo quando nenhuma das partes o haja requerido⁽¹¹⁷⁾. É defendido, em diversas instâncias, que existe um poder-dever dos árbitros de iniciar investigações a partir de *red flags* de crime, ou seja, de indicadores indiretos, em si mesmos insuficientes para confirmar a prática de condutas

⁽¹¹⁵⁾ Caso contrário, arriscar-se-ia a exequibilidade da decisão em qualquer outro Estado, atendendo ao artigo V(1)(e) da Convenção de Nova Iorque.

⁽¹¹⁶⁾ ANÍBAL SABATER, LÍDIA REZENDE, “An Arbitrator’s Obligation to Use Reasonable Efforts to Issue an Enforceable Award and Its Interaction with the New York Convention”, *Spain Arbitration Review/Revista del Club Español del Arbitraje* (Wolters Kluwer España 2019, Volume 2019 Issue 34), p. 35.

⁽¹¹⁷⁾ Como justificação política e moral desta tendência, DOMITILLE BAIZEAU/TESSA HAYES, “The Arbitral Tribunal’s Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte”, in *International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity*, ICCA Congress Series, Volume 19 (Kluwer Law International 2017), p. 235, apontam que tem sido avançado que os árbitros têm uma “responsabilidade pública para com a administração da justiça”, que anda de mão dada com a autonomia que lhes é reconhecida pelos tribunais nacionais. Além disso, diz-se que os Estados e as empresas têm envidado esforços para eliminar a corrupção e que os árbitros devem também ser proactivos. E, ainda, que, se as instâncias ineficazes são uma das causas da resistência da corrupção, os interesses da comunidade da arbitragem internacional são melhor servidos através da assistência em esforços de anti-corrupção, em vez de ser-se visto como fraco e complacente com a corrupção.

ilícitas, mas que determinam o árbitro a proceder a uma investigação mais aprofundada dos factos⁽¹¹⁸⁾.

Pois bem, tal iniciativa de investigação até poderá ser de louvar quando o fim seja retirar consequências de práticas ilícitas para aferir da validade de certo contrato ou, então, em ordem a qualquer outro efeito dentro do processo arbitral para o qual o tribunal arbitral é competente. Todavia, temos as maiores reservas quando a aspiração dos árbitros se aproxime dos poderes de investigação reconhecidos aos juízes do processo penal, especialmente antecipando o momento em que as autoridades judiciárias com verdadeira competência para a investigação de crimes comecem a olhar para o processo arbitral como potencial fonte de meios de prova⁽¹¹⁹⁾.

Desde logo, porque o nível de prova exigido numa arbitragem dependerá da lei aplicável. A particularidade das investigações espontâneas dos tribunais arbitrais reside precisamente na ausência de um pré-determinado ónus da prova⁽¹²⁰⁾. Se o tribunal arbitral não usar o critério da prova para além da dúvida razoável como referente para as suspeitas de crime, pode resultar que no processo arbitral resultem como provados factos que não o seriam num processo criminal, à luz do equilíbrio que este reclama entre o princípio da livre apreciação da prova e o princípio *in dubio pro reo*⁽¹²¹⁾.

⁽¹¹⁸⁾ KATHRIN BETZ, “Arbitration and Corruption: A Toolkit for Arbitrators”, in *Journal of Anti-Corruption Law*, Volume 2, Number 2, 2018, p. 191.

⁽¹¹⁹⁾ No Reino Unido, a Civil Division do England and Wales Court of Appeal no caso *Ali Shipping Corporation v. Shipyard Trogir*, em 1997 (disponível em <<https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1997/3054.html>>), e o Commercial Court do England and Wales High Court no caso *Glidepath BV and Others v. John Thompson & Others*, em 2005 (<<https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2005/818.html>>) evidenciaram que o tribunal arbitral não pode permitir que a mera menção ou acusação de corrupção ou de qualquer outro crime dirigida à contraparte no processo de arbitragem seja motivo para cumprir o dever de denúncia obrigatório imposto pelo artigo. Há interesses constitucionais em conflito e o acesso a documentos do processo deve ter uma cláusula de necessidade razoável para o reconhecimento de um direito, para o exercício da defesa ou para os interesses da justiça.

⁽¹²⁰⁾ DOMITILLE BAIZEAU/TESSA HAYES, “The Arbitral...”, p. 260.

⁽¹²¹⁾ Seguindo de perto MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, Almedina, 2.ª ed., 2018, p. 180, e JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, reimpressão, 2004, p. 215, o princípio *in dubio pro reo*, decorrente da presunção de inocência constitucionalmente garantida pelo art. 32.º, n.º 2, impõe ao tribunal, quando fica aquém da dúvida razoável apesar de toda a prova produzida, que dê como provados os factos favoráveis ao arguido como se deles tivesse sido feita prova completa, ainda que o tribunal aprecie a prova produzida segundo as regras de experiência e a sua livre convicção que deverá ser sempre objetivável e motivável. De acordo com RUI PATRÍCIO, *A presunção da inocência no julgamento em processo penal — Alguns problemas*, Almedina, 2019, p. 42, se a prova produzida não se revelar como suficiente para formar a convicção do juiz ou no sentido da culpabilidade do arguido ou no sentido da sua inocência, este deverá ser absolvido uma vez que a presunção de inocência não foi “ilídida”.

Essa falta de exigência probatória — legitimada, nalguns casos, pela vontade das partes, noutros, pela sua inércia — radica na visão de quase impossibilidade de, com um critério mais exigente, se provarem determinados tipos de criminalidade em processo arbitral, como a corrupção⁽¹²²⁾. Ainda que, em princípio, a dificuldade de prova não possa ser a única e decisiva razão para diminuir o critério probatório⁽¹²³⁾, se os efeitos dessa prova se circunscreverem ao processo arbitral — como conducentes, por exemplo, à nulidade do contrato por violação da lei ou da ordem pública —, nada teremos a acrescentar.

Genericamente, pode dizer-se que os tribunais arbitrais são ainda extremamente cautelosos quando confrontados com indícios de corrupção, aplicando nomeadamente um superiormente rigoroso *standard* de prova ou, no limite, pronunciando-se pela sua incompetência. Este fenómeno tem sido visto como um “*private scepticism*”⁽¹²⁴⁾.

Pior será sempre que a lei aplicável à arbitragem consagre um dever de cooperação e de boa-fé processual das partes para efeitos de prova. Algo que, no meio arbitral, não é raro, no contexto de cumprimento de ordens probatórias emitidas pelos tribunais arbitrais. Aliás, nos domínios da corrupção e do branqueamento de capitais, além de meios de prova que sustentem a alegação de crime, os árbitros são mesmo encorajados a exigir de uma parte elementos probatórios que contradigam as acusações de crime feitas por outra parte. E, ainda que as alegações de atividade criminosa devam estar sujeitas a um *standard* probatório mais exigente, também se tem defendido que lhes deve ser permitido assumir o *facto prejudicial* se a parte onerada com aquela obrigação se recusar a cumpri-la⁽¹²⁵⁾.

(122) KATHRIN BETZ, “Arbitration and Corruption...”, p. 192.

(123) Como reconhecem JEFFREY W. SARLES, *Solving the Arbitral Confidentiality Conundrum in International Arbitration*, disponível em <<https://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/no-date/solving-the-arbitral-confidentiality-conundrum-in/files/confidentiality/fileattachment/confidentiality.pdf>>, 2002, p. 11, também não será fácil para os tribunais avaliar e julgar violações do dever de confidencialidade, pela dificuldade de prova.

(124) LOUIS YVES FORTIER, “Arbitrators, corruption, and the poetic experience: ‘When power corrupts, poetry cleanses’”, in William W. Park (ed), *Arbitration International*, Oxford University Press 2015, Volume 31 Issue 3, 367-380, p. 374. Na p. 376, enfaticamente, o mesmo Autor expressa a sua visão acerca do tema: “*The arbitrator-poet, for me, is keenly aware of his duties to the parties, to the entities that have entrusted him with their dispute; but he also aspires to certain ideals of international justice and morality. There is no real choice to be made between these two moralities, at least not if the arbitrator, like the doctor, wishes to excel in his practice. He must compose with and adopt both of these commitments. In other words, he must seek in discharging his awesome responsibilities, the poetic equivalent of harmony*”.

(125) É o *Corruption and Money Laundering in International Arbitration — A Toolkit for Arbitrators* elaborado pelo *Competence Centre Arbitration and Crime*, na sua p. 12, ss., que avança tais

O que, para lá de aquela ser uma reivindicação de prova de facto negativo muito próxima da prova da não existência do Diabo, fere o direito à não autoincriminação com uma manifesta “burla de etiquetas”: o tribunal arbitral pede documentos ou informações que podem autoincriminar a parte requerida e esta ou entrega os documentos autoincriminatórios, que permitem aos árbitros aferir da existência de corrupção ou se recusa a entregá-los e sofre as consequências de uma sanção processual ou de inferências negativas (*adverse inferences*) a partir da recusa⁽¹²⁶⁾. Ainda que reconhecamos a liberdade das partes na definição das regras da arbitragem em matéria probatória, a perturbação que causam estas inferências negativas na ordem pública internacional do Estado português consubstanciada por princípios normativos de direito processual penal não deve ser subestimada e carecerá, no caso concreto, de uma específica ponderação de conflito de direitos⁽¹²⁷⁾. No limite, tais elementos estarão cobertos por uma proibição de valoração da prova em processo penal.

Mas, ainda que sejam aceites no processo arbitral, serão as inferências negativas suficientes para um tribunal arbitral determinar a existência de crime económico-financeiro e para legitimar uma denúncia de crime que viole as obrigações de confidencialidade? Parece-nos difícil de aceitar, pelo menos antes da sentença arbitral no processo poder sequer ser considerada como final. As inferências negativas constituem meras presunções

linhas orientadoras para os árbitros que se deparam com alegações de condutas ilegais, *i.e.* criminalmente relevantes, numa determinada arbitragem. Em síntese, aconselha-se que os árbitros, quer quando decidem investigar espontaneamente indícios de crime quer quando tal lhes seja requerido por uma das partes, usem de ordens processuais para pedir informações orais ou por escrito sobre os referidos indícios, tanto às partes “acusadoras” como às “acusadas” ou “suspeitas”. Além disso, se a parte “acusada” ou “suspeita”, obrigada a entregar elementos probatórios que contrariem os indícios de crime não o fizer sem uma “razão convincente” aos árbitros é permitido fazerem inferências negativas e dar por provados os factos desfavoráveis àquela.

⁽¹²⁶⁾ No mesmo *Toolkit for Arbitrators* referido na nota antecedente afirma-se que os árbitros devem considerar aplicar a metodologia de inferências negativas quando as seguintes condições se verificarem: (i) a parte que pede a inferência negativa apresente indicadores fortes de corrupção e tenha produzido toda a prova possível para corroborar a inferência procurada ou o tribunal identifique indícios suficientes de corrupção, (ii) a parte obrigada a entregar documentos e informação tenha a possibilidade de aceder a tais elementos, (iii) a parte a quem os documentos e informação foram pedidos não apresente qualquer razão convincente para não entregar tais elementos e (iv) a inferência seja razoável, consistente com os factos e logicamente relacionada com a natureza verosímil da prova não entregue.

⁽¹²⁷⁾ Sobre a ordem pública internacional do Estado português com questão da licitude da prova em arbitragem, reclamando uma específica ponderação em concreto dos valores, direitos e interesses fundamentais em conflito no momento de análise da licitude da prova produzida, MARIANA SOARES DAVID, “Os poderes do tribunal arbitral em matéria de prova, no âmbito da actual lei de arbitragem voluntária”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 9, 2016, p. 79, ss.

formuladas a partir da verificação de uma série de pressupostos, não sendo prova direta de qualquer facto, e obrigando o tribunal arbitral a ponderar sempre a pertinência daquelas⁽¹²⁸⁾. Não nos parece legítimo que, se a tendência maioritária na literatura sobre arbitragem é a de que os tribunais arbitrais devem investigar os indícios de corrupção para retirar as devidas ilações face aos problemas civis ou comerciais em juízo, se deva permitir uma espécie de *fishing for evidence* de fins distorcidos e que depois dará substância à denúncia e consequente processo penal. As coisas podem pôr-se do seguinte modo: os tribunais arbitrais têm, quando comparados com as autoridades judiciais estaduais, menos poderes de obtenção de provas. Se quebram o sigilo para denunciar os indícios de crime fazem-no, em princípio, com menos prova do que seria desejável. Mas, se utilizam os deveres de cooperação e as inferências negativas para concluir pela prática de crimes já que o direito à autoincriminação não tem respaldo no Direito de Arbitragem, sempre estarão a promover a construção de um processo-crime cuja origem reside na obtenção coativa de prova, que já se cristaliza neste momento como uma violação do *nemo tenetur*, e, assim, a bloquear a realização da justiça penal a jusante, que nunca poderá valorar as provas obtidas através do acatamento de ordens probatórias do tribunal arbitral.

Noutros domínios do ordenamento jurídico nacional, recorde-se que a possibilidade de averiguações preliminares como as promovidas pela CMVM ao abrigo do art. 383.º e seguintes do Código dos Valores Mobiliários ou o regime das medidas de verificação do cumprimento dos arts. 95.º e 96.º da Lei do Combate ao Branqueamento de Capitais e Financiamento do Terrorismo não são pacificamente aceites pela comunidade jurídica, estando a tolerância relativamente ao seu regime jurídico (precaramente) pendurada no facto de aí estarem a ser exercidos poderes de supervisão das autoridades competentes⁽¹²⁹⁾. O que, por maioria de razão, contribui para deslegitimar o

(128) Assim, MARIA ALMEIDA E SILVA, “Jogar às escondidas: quando a não produção de documentos pode resultar em inferências negativas”, in *Lisbon Arbitration by Morais Leitão*, 2019, disponível em <<https://lisbonarbitration.mlgs.pt/pt/artigos/jogar-as-escondidas-quando-a-nao-producao-de-documentos-pode-resultar-em-inferencias-negativas/89/>>.

(129) Sobre o problema das pré-averiguações e da sua proximidade com a investigação criminal, PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, Almedina, 2018, pp. 60-61. Tratando das averiguações preliminares no domínio do mercado de valores mobiliários, o autor refere que a CMVM não desenvolve uma autêntica atividade de investigação criminal, não podendo interrogar pessoas nem podendo constituí-las arguidas. No entanto, reconhece também que esta é uma questão polémica, na medida em que sujeita um suspeito a investigações administrativas sem que este possa beneficiar dos direitos de defesa reconhecidos ao arguido em processo penal. Pelo menos, num olhar imediato para o Código dos Valores Mobiliários. Não vemos razão para que não se possa aceitar a tese de permitir ao investigado constituir-se por iniciativa própria como arguido, ainda que isto implique,

produto desse tipo de *investigações* por parte dos tribunais arbitrais que não são, para nenhum efeito, entidades reguladoras ou de supervisão.

É certo também que às autoridades judiciárias, no processo penal, seria sempre permitida a recolha de documentos e informações relativos a uma arbitragem, desde que coberta por um juízo do carácter essencial e indispensável da utilização desses dados para a investigação⁽¹³⁰⁾, devendo igualmente ser assegurados por inteiro todos os direitos fundamentais dos envolvidos, de acordo com as normas processuais penais e constitucionais⁽¹³¹⁾. Como dissemos, sempre estariam, em nossa opinião, cobertos por uma proibição de valoração da prova os documentos e as informações entregues pela parte-suspeita ao tribunal arbitral ao abrigo de um dever de colaboração e sob a ameaça de presunções de culpa ou de inferências negativas, mesmo que um tribunal estadual com aquele tenha colaborado em conformidade com o art. 38.º da Lei da Arbitragem Voluntária⁽¹³²⁾. Um tal uso dos árbitros como “homens de confiança” (*Vertrauens-Männer*) para efeitos de investigação e repressão criminal é altamente questionável à luz de diversas razões, mas desde logo do ponto de vista de um processo justo e equitativo⁽¹³³⁾, especialmente quando as partes julgam estar perante

no plano mediático-social hodierno, um imediato custo reputacional não despidiendo. Defendendo esta possibilidade, AUGUSTO SILVA DIAS, “O Direito à Não Auto-Inculpação no Âmbito das Contra-Ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, Número 1, Janeiro-Março, 2010, p. 255, e VÂNIA COSTA RAMOS, “Nemo tenetur se ipsum accusare e Concorrência: Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, Número 1, Janeiro-Março, 2010, p. 193.

⁽¹³⁰⁾ Isto é, cuja obtenção não seja possível por qualquer outro meio. Cf. JOSÉ ANTÓNIO FICHTNER/SERGIO NELSON MANNHEIMER/ANDRÉ LUÍS MONTEIRO, “A confidencialidade na arbitragem...”, p. 272. Aliás, se bem que os autores admitem a quebra da confidencialidade dos árbitros perante um crime que os permitiria “levar ao conhecimento das autoridades competentes os fatos criminosos de que tiveram ciência durante a arbitragem”, apenas concretizam tal exceção ao sigilo nos casos em que o Ministério Público requiriu documentos utilizados na arbitragem, sem especificar se é admissível a denúncia espontânea quando as autoridades ainda não têm conhecimento da prática de um crime descoberto pelos árbitros.

⁽¹³¹⁾ Em Portugal, tal resulta expressamente, sem prejuízo das normas gerais aplicáveis, do art. 2.º, n.º 1, da Lei n.º 36/94 que consagra as medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira.

⁽¹³²⁾ Sobre o direito de recusa de documentos e da prestação de informações autoincriminatórias em processo penal e contraordenacional, cf. TIAGO DA COSTA ANDRADE, “Nemo tenetur se ipsum accusare: um novo olhar a partir do Direito da Concorrência, no sentido da sua extensão ao processo contra-ordenacional e às pessoas colectivas”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VII, Número 31, Julho-Setembro, 2017, p. 190, ss.

⁽¹³³⁾ De acordo com SUSANA AIRES DE SOUSA, “Ações encobertas...”, pp. 41-42, a expressão “homens de confiança” “abrange, num sentido extensivo, todas as testemunhas que, ganhando a confiança do suspeito, ‘colaboram com as instâncias formais de perseguição penal, tendo como contrapartida a promessa da confidencialidade da sua identidade e atividade’”.

um órgão de resolução de conflitos e estão antes perante um informador da investigação. No fundo, só seriam admissíveis em processo penal os meios de prova presentes na arbitragem obtidos de modo que não se violassem os princípios processuais penais relativos à obtenção (e valoração) da prova⁽¹³⁴⁾.

7.4. Nem a determinação de corrupção por um tribunal arbitral nem a premência do combate à corrupção, ao branqueamento de capitais e a qualquer outro tipo de criminalidade económico-financeira devem afastar a ilicitude de uma violação da confidencialidade por parte dos árbitros sob a forma do cumprimento do dever de denúncia. Na verdade, depois de descrever um conjunto de linhas orientadoras para os árbitros em casos que envolvam corrupção ou branqueamento de capitais, o *Corruption and Money Laundering in International Arbitration — A Toolkit for Arbitrators* elaborado pelo *Competence Centre Arbitration and Crime*, acaba por sublinhar que tem que ser considerada a relação com o Direito Penal e Processual Penal nacionais. E no ordenamento jurídico português, *de jure condito*, os árbitros poderão ser criminalmente responsabilizados pela violação de segredo se decidirem espontaneamente comunicar às autoridades nacionais os indícios de crime.

O argumento de que os tribunais arbitrais não podem revelar-se coniventes relativamente à identificação e comprovação de ilícitos criminais

⁽¹³⁴⁾ Sendo que, no sentido inverso, se bem que não nos é possível aqui desenvolver todo o problema da prova emprestada, deixamos apenas um enunciado de princípio: o árbitro também não pode utilizar e valorar meios de prova obtidos em processo penal, apenas a partir da sua transferência processual para a arbitragem e de um seu juízo quanto à sua autenticidade e quanto ao contexto em que o documento foi produzido. Importa sublinhar que muitos dos meios de obtenção de prova no processo penal só são admitidos naquele mesmo processo penal, nos termos da lei processual penal, que pressupõe um balanço entre direitos fundamentais conflitantes levado a cabo pelo legislador com o objetivo de responder (utilitariamente) à prática do crime e não para instruir todo e qualquer processo civil ou arbitral. Não colhe, portanto, em nosso entendimento, o argumento de que se a prova já foi produzida no processo penal — o processo paradigmaticamente mais garantista quando confrontado com o processo civil, arbitral, disciplinar, administrativo e contraordenacional —, está assegurado o máximo respeito pelos direitos fundamentais do visado e, como tal, tal meio de prova pode ser “emprestado” para ser valorado em qualquer outro tipo de processo. Basta pensar, por exemplo, nos meios de prova obtidos através de investigações encobertas que não seriam admissíveis em qualquer outro processo que não o processo penal e, mesmo neste, apenas dentro de apertados limites e na investigação de certos tipos de crime. Não pode ser esquecido que o procedimento de concordância prática de finalidades do processo penal é sobremaneira exigente e a procura da verdade processual implica um sacrifício em matéria de direitos fundamentais e processuais, tanto maior quanto a gravidade e a danosidade social do crime investigando e a absoluta indispensabilidade do meio de prova a regular. Sobre este sacrifício especificamente ordenado ao exercício do *ius puniendi* pelo Estado, cf. DAVID SILVA RAMALHO, *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*, Almedina, 2017, p. 183, ss.

não merece acolhimento. Afigura-se-nos como um sintoma de populismo jurídico disruptivo da coerência do sistema jurídico⁽¹³⁵⁾ e desligado das reais missões das instituições de um Estado de Direito, afirmar que, se não denunciarem os crimes de que tomam conhecimento, os tribunais arbitrais caminham no sentido contrário à tendência global de considerar o combate contra a criminalidade económico-financeira como integrante da ordem pública internacional. Ou mesmo proclamar-se que, se o setor da arbitragem não tem nada a esconder, então que se aceite toda e qualquer manifestação de maior transparência⁽¹³⁶⁾.

Em primeiro lugar, cumpre frisar que não é aceitável a afirmação genérica de que uma informação privada e sujeita a confidencialidade deve deixar de o ser apenas porque não a querer divulgar significaria uma qualquer intenção de ocultar práticas socialmente repugnantes, imorais ou, para o que aqui verdadeiramente releva, potencialmente ilícitas. Se assim fosse, não existiria qualquer tutela da privacidade no ordenamento jurídico e normas específicas de proibição de valoração de prova obtida em violação do domínio privado. Tudo estaria aberto para que um qualquer saudososo de Torquemada pudesse espreitar e conferir se tudo “está nos conformes”. Aquele argumento é tão ilegítimo quanto o de sancionar o direito ao silêncio com a justificação de que quem não tem nada a esconder deve dizer tudo o que sabe.

Em segundo lugar, é um equívoco equiparar em toda a linha o estatuto dos árbitros ao dos magistrados judiciais, como muitas vezes se pretende para legitimar a justificação da denúncia. Ainda que exerçam uma função jurisdicional, os árbitros devem respeitar as normas contratuais definidas pelas partes e, se for o caso, as normas institucionais do centro de arbitragem junto do qual atuam. Os árbitros não são guardiões do Direito e da legalidade em geral, tanto dos princípios e das normas de Direito Público como das de Direito Privado, como é o dever dos magis-

⁽¹³⁵⁾ RUI PATRÍCIO/NUNO IGREJA MATOS, “Corrupção...”, p. 53, identificam como as duas tendências político-criminais hodiernas que se digladiam, por um lado, “a defesa de um estado de emergência que tudo legitima” contra a corrupção e o branqueamento de capitais e, por outro, os “seus negadores, que mais não anteveem nas ansiedades do legislador do que o triunfo de um populismo preventivo e penal que se revela disruptivo da coerência do sistema jurídico”. Pese embora não negarmos (antes, sublinhámo-lo) as consequências sistémicas negativas que se abatem sobre a sociedade, não podemos deixar de ver na vontade de utilização dos árbitros para uma política criminal de combate à corrupção e ao branqueamento de capitais um elemento identificador daquele estado de emergência, aos nossos olhos, inteiramente desadequado à arquitetura do sistema jurídico e ao reconhecimento que este atribui à arbitragem como método de resolução alternativa de litígios.

⁽¹³⁶⁾ Considerando deverem ser abolidos a confidencialidade e o sigilo na arbitragem, JUAN FERNANDÉZ-ARMESTO, “The time has come...”, p. 586.

trados judiciais. Os árbitros representam a confiança das partes, não sendo representantes do Estado⁽¹³⁷⁾. Ainda que os magistrados estejam também sujeitos a um dever de sigilo e de reserva, a magistratura judicial é objeto de um estatuto mais completo e exigente, derivado da titularidade de um órgão de soberania e constitucionalmente conformado pelos arts. 215.º a 218.º da Lei Fundamental. O art. 3.º, n.º 2, do Estatuto dos Magistrados Judiciais⁽¹³⁸⁾ é a este título inequívoco, ao consagrar que “[n]a administração da justiça, os magistrados judiciais asseguram a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos, reprimem a violação da legalidade democrática, dirimem os conflitos de interesses públicos e privados e garantem a igualdade processual dos interessados nas causas que lhes são submetidas”. Este é um estatuto inegavelmente distinto do dos árbitros, que é conformado pela autonomia privada das partes e com um grau de ligação à ordem pública menos intenso, por não se poder ver neles um verdadeiro órgão de soberania ainda que exerçam a função jurisdicional. Mesmo que se lhes reconheça um dever de produzir sentenças exequíveis nos diversos ordenamentos jurídicos nacionais e de atender à ordem pública para decidir os litígios que lhes são cometidos, a competência dos árbitros não vai para além disso.

A arbitragem cumpre um propósito próprio no sistema institucional de resolução de conflitos nacional e internacional, com uma marcada genética de autonomia privada e liberalismo, servindo como lubrificante da economia de transações e de investimento que valoriza a credibilidade, a confiança, a celeridade, a especialização e a privacidade na solução de litígios. Sem a correspondente obrigação de segredo, quando as partes assim o decidiram ou quando escolheram uma lei de regulação da disputa que lhes garantia confidencialidade, é impossível estabelecer uma relação de confiança entre o titular do segredo e o árbitro, que passa a não estar habilitado para cumprir cabalmente a função que lhe está destinada pelas partes⁽¹³⁹⁾. Como é de fácil observação, sem o segredo ou confidencialidade dos árbitros, os operadores económicos deixariam de ter incentivos para atuar globalmente no mercado, passando a escolher apenas os Estados onde negociar e investir pela garantia de segredo das leis penais e de arbitragem aplicáveis.

Em terceiro lugar, a violação de segredo pelos árbitros não pode ver a sua ilicitude sempre dirimida em casos de crimes económico-financeiros

(137) Neste sentido, JOSÉ ANTÓNIO FICHTNER/SERGIO NELSON MANNHEIMER/ANDRÉ LUÍS MONTEIRO, “A confidencialidade na arbitragem...”, p. 261.

(138) Aprovado pela Lei n.º 21/85, de 30 de Julho.

(139) Assim, NIKOLAUS BOSCH, “Der Schutz...”, p. 780.

quando se pretenda atender aos interesses de uma justiça penal repressiva. É que entre o prevenir e o punir não existem apenas diferenças formais e orgânicas, mas também uma distinção material situada ao nível supralegal. Como escrevem RUI PATRÍCIO/NUNO IGREJA MATOS, “*os expedientes repressivos surgem comparativamente mais estrangidos na sua liberdade de conformação e aplicação, sujeitos a maior escrutínio à luz da sua necessidade, adequabilidade e proporcionalidade, consequência natural da projecção imediata de princípios basilares de Direito Penal como os princípios da legalidade, da tipicidade, da culpa e da igualdade*”⁽¹⁴⁰⁾.

7.5. Como vimos, a doutrina admite que, nos casos em que o objetivo é a administração da justiça penal póstuma, possa haver exclusão da ilicitude quando estiverem em causa casos extremados dos crimes mais graves que ponham em causa a paz jurídica ou haja o perigo de novas infrações. Mas apenas nestes. E se devemos rotular a criminalidade económico-financeira como um tipo de criminalidade grave que cada vez mais põe em sobressalto a paz jurídica, também temos o dever de sublinhar que muito dificilmente poderá aquela criminalidade cair na categoria de autêntico caso extremado. A verdade é que não estamos perante crimes da competência material do Tribunal Penal Internacional — de genocídio, contra a humanidade, de guerra ou de agressão — nem em face dos crimes mais graves contra a vida, a liberdade, a autodeterminação sexual ou a soberania. Nestes casos, seria ponderável que os valores em conflito pudessem justificar uma prevalência dos deveres de denúncia face à tutela do sigilo, dependendo sempre, naturalmente, dos contornos do caso concreto. Os bens jurídicos protegidos pelas incriminações correspondentes aos crimes de colarinho branco possuem uma ressonância ética distinta, corroborada pela menor severidade das penas neles previstas. O que não significa que não seja uma criminalidade com consequências sistémicas. Mas que só as terá se praticada, também ela, de forma sistemática e não numa hipótese isolada e a nível local, ao contrário das hipóteses acabadas de referir.

Importante é não perder de vista que, como assinala NIKOLAUS BOSCH, a necessidade de proteção depende de o interessado poder ter um interesse

⁽¹⁴⁰⁾ RUI PATRÍCIO/NUNO IGREJA MATOS, “Corrupção...”, pp. 54 e 62. Sobre a corrupção e o branqueamento, entendem os autores que: “[i]gualmente duvidosa, ou mesmo equívoca, é especificamente a constatação de que este novo paradigma unitário, assente na percepção conjunta da corrupção e do branqueamento, vem também contaminando o quadro legal repressivo, isto é, o momento em que se visa a censura do agente através da instauração de um procedimento criminal, em parte devido à articulação promovida pelos instrumentos internacionais e pela soft law no sentido da complementaridade, e mesmo confusão, entre medidas preventivas e medidas repressivas”.

compreensível no sigilo, sem que se trate, no entanto, de uma aprovação legal ou de um reconhecimento moral dos factos relevantes, uma vez que também pode haver um interesse digno de proteção no sigilo da má conduta ou de infrações penais⁽¹⁴¹⁾. Esta ideia é, aliás, confirmação da existência de um Estado de Direito: ainda que o segredo incida sobre uma prática criminal e que o sujeito que dele conhecer o denunciar, a necessidade de proteção do segredo pode fazer com que, em concreto, haja de se dar prevalência a esta, à luz da tutela da privacidade. Devendo, em princípio, responder criminalmente o árbitro que violar o segredo, a confidencialidade ou o sigilo da arbitragem para comunicar uma infração já consumada que conheceu através da intervenção num determinado processo arbitral.

De opinião contrária são os autores que, no fundo, entendem que o Direito Penal não pode compactuar com uma violação das suas próprias normas⁽¹⁴²⁾. Contudo, julgamos que o Direito Penal ao proteger o segredo não aceita de bom grado uma violação das suas próprias normas, antes pesa os interesses em jogo e, além de escolher o segredo e a privacidade nesses casos através de lei especial⁽¹⁴³⁾, não tolera uma violação de segredo que põe em causa os interesses reflexos da confiança no sigilo de determinadas atividades. Aliás, a literatura criminológica já demonstrou que a tolerância zero — como a que é pretendida pelos paladinos da luta contra a corrupção a todo o custo, cavalgando na desconfiança deixada pelas mais recentes crises financeiras — é recorrentemente uma má política tanto para crimes dos pouco como dos muito poderosos⁽¹⁴⁴⁾.

Na era contemporânea do “combate” à corrupção, os esforços dos legisladores e das instituições têm sido — e bem — direcionados para uma atuação preventiva, nomeadamente através da implementação de programas de cumprimento normativo (*compliance*) e de outros sistemas de reporte dentro de organizações. Estes, por um lado, permitem uma maior

⁽¹⁴¹⁾ NIKOLAUS BOSCH, “Der Schutz...”, p. 781.

⁽¹⁴²⁾ Assim, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...*, p. 770, fazendo apelo à natureza de *ultima ratio* do Direito Penal e ao princípio da proporcionalidade; e EDUARDO MAIA COSTA, *Código de Processo...*, p. 883, apoiando-se em interesses de ordem pública, ainda que estes autores tenham tais considerações de forma geral, sem ter em conta as idiosincrasias do sistema arbitral e da função dos árbitros.

⁽¹⁴³⁾ Neste sentido, MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código de Processo...*, p. 590. O autor alerta também para a necessidade de os agentes do Estado obrigados procederem de harmonia com os seus próprios estatutos, os quais frequentemente contêm dispositivos sobre segredo profissional que, quando constantes de lei, serão prioritariamente cumpridos.

⁽¹⁴⁴⁾ Por todos, cf. JOHN BRAITHWAITE, “Zero Tolerance, Naming and Shaming: Is There a Case for it with Crimes of the Powerful?”, in *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 2002, 35, p. 272, ss.

eficácia na prevenção de delitos no seio da empresa e, por outro lado, nalguns ordenamentos jurídicos, são um autêntico fator de atenuação ou isenção da responsabilidade da pessoa coletiva⁽¹⁴⁵⁾. Mas se os árbitros não podem ser equiparados a autênticos magistrados judiciais, também não se poderá forçar uma sua categorização — como parece sugerir quem defende o cumprimento irrestrito do dever de denúncia — como *whistle-blowers*. Na verdade, a equiparação ilegítima entre árbitros e denunciantes é também, porventura, um dos eixos essenciais da questão de que tratamos e que importa clarificar.

7.6. Antes, porém, é necessário questionar: se a administração da justiça penal a título póstumo, quando o crime já se encontra consumado, só pode justificar a violação de segredo para efeitos de dever de denúncia nos casos de criminalidade de extrema gravidade, pode a denúncia preventiva de crimes justificar a quebra de sigilo? Aqui, tem-se em vista a denúncia de crimes por parte dos árbitros ainda antes da sua consumação ou em estado de preparação. Podemos dizer que o enunciado de princípio deve inclinar-se no sentido da justificação, ainda que com duas particularidades.

Em primeiro lugar, se a denúncia visa uma atuação da justiça no sentido da prevenção de ilícitos criminais, o conflito entre o dever de colaboração e o dever de sigilo deve resolver-se nos termos gerais da ponderação do peso dos interesses. Para a doutrina, o interesse da preservação do segredo apenas deverá ceder perante a denúncia quando visar impedir, por um lado, a prática de crimes planeados e, por outro, quando exista já um perigo atual para os bens jurídicos ameaçados⁽¹⁴⁶⁾. Porém, somos ainda da opinião que a quebra do segredo não poderá ter como fundamento o perigo

(145) A experiência norte-americana tem tido uma grande influência na estruturação dos restantes ordenamentos jurídicos mundiais que se têm aberto a soluções de cooperação entre as sociedades e as autoridades de investigação. Nos Estados Unidos da América, o *Department of Justice* implementou uma *Corporate Enforcement Policy* que recompensa as sociedades por comunicações espontâneas de violações do *Foreign Corrupt Practices Act*. Em apertada síntese, o abrigo daquela política, na ausência de circunstâncias agravantes, existe uma presunção de que o *Department of Justice* recusará a persecução de violações do *Foreign Corrupt Practices Act* por parte das sociedades, se estas voluntariamente comunicarem as irregularidades, se cooperarem integralmente e cuidarem de corrigir a situação apropriada e atempadamente. Assim, os promotores públicos têm a possibilidade de acordar, ou recomendar a um tribunal, uma redução de 50% do mínimo da moldura da multa das *Sentencing Guidelines* (exceção no caso de reincidência). E a possibilidade de, genericamente, não requerer a nomeação de um monitor se a sociedade tiver, no momento da decisão, implementado um autêntico programa de *compliance*. Cf. MATTHEW AXELROD/DOUG DAVIDSON/ADAM LURIE/DOUGLAS TWEEN, “Law and Practice USA”, in *Chambers Global Practice Guide — Anti-Corruption* (Contributing Editor KIRIL BOUGARTCHEV), Chambers & Partners, 2019, p. 268.

(146) MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 1162.

de toda e qualquer infração, mas apenas as que revelarem uma gravidade que permita, numa ponderação de interesses e valores, conceder que o árbitro atuou em conformidade com o Direito. Basicamente, requer-se uma sensível superioridade do interesse a salvaguardar, *rectius* uma superioridade clara e inequívoca, na linha da melhor interpretação daquele requisito do art. 34.º, alínea *b*), do Código Penal⁽¹⁴⁷⁾. E a ponderação terá, naturalmente, de ser casuística e dependente da dignidade do interesse e do bem jurídico do crime a denunciar. Ademais, pensamos não ser descabido tomar os § 138 e § 139 do Código Penal alemão — apesar de serem normas sem paralelo no Direito Penal português, que incriminam a omissão da comunicação de crimes graves planeados às autoridades⁽¹⁴⁸⁾ — como auxiliar de interpretação, para lá dos casos extremados de criminalidade referidos nos parágrafos antecedentes. Esta norma tipifica a omissão de denúncia do planeamento ou comissão de actos de guerra de agressão, de alta traição, de contrafação de moeda, títulos de valores mobiliários, cartões de débito e cheques, de homicídio, genocídio, crimes contra a humanidade ou crimes de guerra, de crimes graves contra a liberdade pessoal como o tráfico de seres humanos ou a prisão ilegal, de roubo ou coação com uso da força ou ameaça para a vida e integridade física, de incêndio, envenenamento, explosão ou disrupção do tráfego, de criação de organizações criminosas ou terroristas e de ofensas violentas contra o Estado. Uma bengala interpretativa bem mais robusta e adequada (ainda que de um ordenamento jurídico estrangeiro) do que aquela que se poderia tentar fazer valer a partir do catálogo do art. 2.º da Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto⁽¹⁴⁹⁾.

Em segundo lugar, cumpre ter presente que, no contexto da violação de segredo para a prevenção de lesões graves de bens jurídicos de sensível superioridade se pode admitir a justificação do facto, também não há um expresso dever legal de denúncia para crimes ainda não consumados. Diferentemente do que consagram, por exemplo, os arts. 43.º e seguintes da Lei do Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo ao impor às entidades obrigadas a comunicação de operações suspeitas. No caso de uma denúncia preventiva, portanto, o árbitro tam-

(147) Sobre este requisito do estado de necessidade justificante, cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 536, ss.

(148) Recorde-se que o Código Penal português apenas criminaliza, através do art. 245.º, a omissão de denúncia do superior hierárquico tiver conhecimento da prática, por subordinado, de tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes e desumanos.

(149) Ainda que haja entre as duas normas alguns (poucos) crimes coincidentes.

bém não pode ser obrigado por um dever legal, apenas podendo ter atuado com a consciência de salvaguarda do interesse preponderante. Ainda que aqui, esta atuação tenha maior relevância justificativa do que a denúncia de crimes já consumados.

8. A distinção entre árbitros e denunciantes

8.1. Por fim, o “princípio” da proteção dos denunciantes. Este princípio tem-se progressivamente consolidado no direito internacional, com evidentes reflexos na consciência jurídica nacional. Tem-se entendido que a deteção do crime organizado e a respetiva produção de prova se torna extremamente difícil sem que um *insider* ou *whistleblower* o comunique às autoridades. A proteção do *whistleblowing* tem como âmbito de aplicação pessoal original os funcionários que denunciam indícios de crimes de que tenham conhecimento no exercício das suas funções profissionais e, como âmbito funcional, a proteção contra represálias sancionatórias por quaisquer infrações de segredo profissional ou outros deveres de natureza disciplinar. Todavia, no âmbito da criminalidade económico-financeira, muito se tem reclamado uma atuação semelhante por parte dos árbitros, com o argumento de que, conhecendo os negócios das partes em detalhe, aqueles poderão estar em melhor posição para levar ao conhecimento das autoridades as práticas criminais que lhes estão subjacentes. No entanto, como veremos, não deverá ser assim.

Já com alguma tradição no horizonte jurídico norte-americano com o *Whistleblower Protection Act* (de 1989), a proteção dos denunciantes é um *princípio* que tem vindo a merecer consagração continental em textos legais e em instrumentos de direito internacional: veja-se o art. 4.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2008, de 21 de abril⁽¹⁵⁰⁾, o art. 33.º da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção⁽¹⁵¹⁾, o art. 5.º da Convenção da OCDE sobre luta contra a corrupção de agentes públicos estrangeiros em transações

⁽¹⁵⁰⁾ “Os trabalhadores da Administração Pública e de empresas do sector empresarial do Estado, assim como os trabalhadores do sector privado, que denunciem o cometimento de infrações de que tiverem conhecimento no exercício das suas funções ou por causa delas não podem, sob qualquer forma, incluindo a transferência não voluntária ou o despedimento, ser prejudicados”.

⁽¹⁵¹⁾ “Cada Estado Parte deverá considerar a incorporação no seu sistema jurídico interno de medidas adequadas para assegurar a protecção contra qualquer tratamento injustificado de quem preste, às autoridades competentes, de boa fé e com base em suspeitas razoáveis, informações sobre quaisquer factos relativos às infrações estabelecidas em conformidade com a presente Convenção”.

fixar um âmbito pessoal e ao revelar a sua teleologia de proteção normativa, de modo mais restrito do que o modelo norte-americano.

8.2. A Diretiva começa por definir como denunciante qualquer pessoa singular que comunique ou divulgue publicamente informações sobre violações do Direito da União Europeia, obtidas no âmbito das suas atividades profissionais⁽¹⁵⁹⁾. Acrescentando que as atividades profissionais seriam aquelas através das quais as pessoas obtêm informações sobre violações do Direito da União Europeia e no âmbito das quais essas pessoas possam ser alvo de atos de retaliação se comunicarem essas informações⁽¹⁶⁰⁾. Depois, define como âmbito pessoal os denunciantes que, trabalhando no sector público ou privado, tenham obtido informações sobre violações em contexto profissional e os denunciantes que comuniquem ou divulguem publicamente informações sobre violações obtidas numa relação profissional que tenha, entretanto, terminado⁽¹⁶¹⁾. Em síntese, e atendendo aos considerandos da Diretiva, esta aplica-se a pessoas que trabalham numa organização pública ou privada ou que com ela estão em contacto no contexto de atividades profissionais e que denunciem violações do Direito da União que podem lesar gravemente o interesse público e que criam riscos significativos para o bem-estar da sociedade. Mas a marca teleológica deste regime, que auxilia na circunscrição das pessoas alvo da regulação europeia, é precisamente o risco de retaliação relacionados com as funções desempenhadas pelo denunciante. Como se pode ler no instrumento normativo em análise, “[a] razão subjacente à proteção destas pessoas é a sua posição de vulnerabilidade económica relativamente à pessoa de quem dependem de facto para trabalhar. Se não existir esse desequilíbrio de forças na relação de trabalho, [...] não é necessária proteção contra atos de retaliação”⁽¹⁶²⁾.

Na mesma linha segue o Regime Geral de Proteção de Denunciantes português, que, além das violações do Direito da União, dos seus interesses financeiros e das regras do mercado interno, inclui ainda no seu âmbito de proteção os denunciantes de criminalidade violenta, especialmente violenta e altamente organizada, bem como os crimes previstos na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, entre os quais se encontram a corrupção e o

⁽¹⁵⁹⁾ Cf. art. 5.º, alínea 7), da Diretiva (UE) 2019/1937.

⁽¹⁶⁰⁾ Cf. art. 5.º, alínea 9), da Diretiva (UE) 2019/1937.

⁽¹⁶¹⁾ Cf. art. 4.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva (UE) 2019/1937.

⁽¹⁶²⁾ Cf. Considerando n.º 36. A mesma marca não deixa de ser vinculada pela Directiva relativamente a pessoas que fazem uma denúncia pública diretamente, independentemente dos canais de denúncia internos de uma organização, como se encontra expresso no Considerando 81 da Directiva.

branqueamento de capitais⁽¹⁶³⁾. De acordo com a lei portuguesa, é considerada denunciante a pessoa singular que denuncie ou divulgue publicamente uma infração com fundamento em informações obtidas no âmbito da sua atividade profissional, independentemente da natureza desta atividade e do setor em que é exercida⁽¹⁶⁴⁾. E tem-se como ato de retaliação contra o denunciante o ato ou omissão que, direta ou indiretamente, ocorrendo em contexto profissional e motivado por uma denúncia interna, externa ou divulgação pública, cause ou possa causar ao denunciante, de modo injustificado, danos patrimoniais ou não patrimoniais⁽¹⁶⁵⁾.

Na verdade, diversamente dos funcionários do sector público, dos trabalhadores do sector privado e dos normais prestadores de serviços, o árbitro não se encontra ligado por um vínculo laboral, de trabalho no exercício de funções públicas, de uma comum prestação de serviços ou de gestão de uma pessoa coletiva que pudesse justificar a extensão da proteção de denunciante no domínio organizacional da Diretiva e da Lei n.º 93/2021 para os árbitros como membros de um sistema de resolução alternativa de litígios⁽¹⁶⁶⁾. Isto é: a tutela do denunciante visa a descoberta de violações do Direito da União Europeia ou de criminalidade económico-financeira no seio da organização em que aquele se insere e a correspondente proteção contra sanções impostas pela organização ou pelos superiores que denunciou. O árbitro nem é um *insider* relativamente a uma qualquer organização empresarial, nem, conseqüentemente, poderá sofrer qualquer repercussão daquela quando seja parte num processo a seu cargo e que, hipoteticamente, denunciaria. Aliás, os exemplos que a Diretiva e a lei nacional apresentam e que indicam merecerem proteção, ainda que não possam considerar-se como trabalhadores, estão longe de poderem ser comparáveis ou sugerir sequer a inclusão dos árbitros. São eles: fornecedores, consultores, não assalariados que prestam serviços, os trabalhadores independentes, os contratantes, subcontratantes, titulares de participações sociais, membros de órgãos de gestão, pessoas cuja relação profissional tenha terminado e can-

⁽¹⁶³⁾ Cf. art. 2.º, n.º 1, alínea *d*), da Lei n.º 93/2021 e o art. 1.º, n.º 1, alíneas *f*) e *i*), da Lei n.º 5/2002.

⁽¹⁶⁴⁾ Cf. art. 5.º, n.º 1, da Lei n.º 93/2021.

⁽¹⁶⁵⁾ Cf. art. 21.º, n.º 2, da Lei n.º 93/2021.

⁽¹⁶⁶⁾ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal...*, p. 665, recorre à consolidação do *whistleblowing* no panorama internacional como argumento para justificar a prevalência do dever de denúncia. Do texto do autor, contudo, retira-se que não foi considerada a hipótese de alguém ser funcionário para a lei penal, mas não ser trabalhador em sentido próprio, nem do sector público, nem do sector privado. O juiz árbitro cai fora daquele conceito que pressupõe subordinação jurídica no exercício da profissão e, conseqüentemente, do âmbito pessoal de aplicação do art. 4.º da Lei 19/2008 e do art. 5.º da Lei n.º 93/2021.

didatos a emprego ou pessoas que desejem prestar serviços a uma organização, voluntários e estagiários remunerados ou não remunerados. E o árbitro, pelo menos em arbitragem privada e voluntária, é intrínseca e funcionalmente distinto de todas estas categorias de pessoas.

Por outro lado, há que salientar ainda três aspetos da proteção de denunciante que decorrem da Diretiva e da lei nacional. O primeiro é ser condição do benefício da proteção não só a denúncia de atos ou omissões ilícitos, mas também atos ou omissões que contrariam o objetivo ou a finalidade das regras dos atos e domínios da União abrangidos pelo âmbito de aplicação material da Diretiva. O segundo é a exigência de proteção relativamente a violações consumadas, àquelas que ainda nem ocorreram e mesmo a tentativas de ocultar violações. E o terceiro é a indicação de a proteção dos denunciante enquanto fontes jornalísticas ser crucial para salvaguardar o papel de “vigilante” do jornalismo de investigação nas sociedades democráticas⁽¹⁶⁷⁾.

Destas três linhas do regime da proteção de denunciante, nenhuma poderia ser transposta para os árbitros, mesmo cumprindo um dever de denúncia obrigatória. É inimaginável que a função de árbitro, legitimada pela lei, por inúmeros instrumentos normativos internacionais e pela vontade das partes, pudesse sobreviver se também lhe fosse exigido que denunciase atos ou omissões não formalmente ilegais-criminais, mas apenas que contrariassem o escopo ou o fim das regras dos atos e domínios da União abrangidos pelo âmbito de aplicação material da Diretiva⁽¹⁶⁸⁾, tal como se denunciase tentativas de ocultar este tipo de violações que podem já ou ainda não ter sido consumadas⁽¹⁶⁹⁾. Sendo também incogitável que o interesse da liberdade de informação e investigativa dos jornalistas pudesse sobrepor-se à confidencialidade na arbitragem como meio

⁽¹⁶⁷⁾ Cf. considerando n.º 36 da Diretiva (UE) 2019/1937.

⁽¹⁶⁸⁾ Nos casos em que o interesse normativo da União Europeia extravasa a competência penal identificada limitada aos domínios de criminalidade identificados no art. 83.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, é através da previsão da obrigação de criar tipos de infrações contraordenacionais que conduz a sua política sancionatória. Estas contraordenações podem tutelar bens jurídicos de grande importância para o interesse público, em setores como a concorrência, o sistema financeiro, os seguros, a auditoria, e os valores mobiliários. E nem por isso se discute a obrigação dos árbitros de denunciar atentados ao interesse público que apenas são punidos a título contraordenacional. De onde resulta que o interesse público não pode servir, por si só, para legitimar acriticamente a denúncia dos árbitros.

⁽¹⁶⁹⁾ Porque, como vimos, só as mais graves violações de direito criminal e em ponderadas circunstâncias concretas é que, em certos casos, podem as denúncias estar cobertas por uma justificação de ilicitude a título de estado de necessidade, não sendo recomendável alargar a qualquer crime essa justificação, muito menos a infrações não criminais.

alternativo de resolução de litígios, como também não se deverá, em princípio, sobrepor ao segredo de justiça⁽¹⁷⁰⁾.

8.3. Em apertada síntese, a teleologia da tutela da Diretiva de proteção dos denunciadores ou *whistleblowers* parece projetar os árbitros para fora do seu âmbito pessoal, dando suporte à ideia de a legitimação da violação de segredo que regula é incompatível com a confidencialidade adstrita à função arbitral imposta pela teleologia deste mecanismo de resolução alternativa de conflitos⁽¹⁷¹⁾. E o TEDH, tanto quanto observámos, nunca se debruçou sobre o problema da denúncia por parte de árbitros, mas insiste, nos vários acórdãos sobre denunciadores, no juízo de necessidade das denúncias numa sociedade democrática⁽¹⁷²⁾.

Se numa sociedade liberal e democrática, se compreende que sejam protegidos os denunciadores, não só de represálias laborais ou atinentes às

⁽¹⁷⁰⁾ Além disso, há algumas outras notas do Regime Geral de Proteção de Denunciadores português que aconselham uma interpretação exigente relativamente a quem pode ser considerado denunciante. Entre muitas outras, poderemos salientar a circunstância de este regime apenas ressaltar, quanto à proteção do segredo, o direito nacional ou da União sobre informações classificadas, segredo religioso, segredo profissional do médico, dos advogados e dos jornalistas e o segredo de justiça. Trata-se de uma escolha de tipologias de segredo muito discutível, sem paralelo, por exemplo, no regime do art. 135.º, n.º 1, do Código de Processo Penal que se refere às “*demais pessoas a quem a lei permitir ou impuser que guardem segredo*” e na decisão legislativa da incriminação de violação de segredo do art. 195.º do Código Penal não seguir o modelo alemão de descrição exaustiva dos tipos de segredo criminalmente tutelados.

⁽¹⁷¹⁾ O mesmo devendo valer relativamente à denúncia de irregularidades consagrada no art. 108.º da Lei do Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo.

⁽¹⁷²⁾ Num breve olhar sobre a jurisprudência do TEDH sobre o tema, quanto à inserção do denunciante numa organização, destaca-se o caso *Guja v. Moldávia*, em que o Tribunal protege um denunciante que fazia parte de uma organização pública, tal como o caso *Heinisch v. Alemanha*, no qual a denunciante trabalhava numa empresa cujo capital era maioritariamente detido por uma pessoa coletiva pública. Já no caso *Marchenko v. Ucrânia*, o Tribunal não censurou a condenação, pelos tribunais ucranianos, de um sindicalista que fez uma denúncia pública de peculato alegadamente cometido por uma professora numa escola pública, apenas tendo julgado que a pena de prisão (ainda que suspensa) foi para lá do necessário na proteção da reputação como limite à liberdade de expressão do denunciante. E, no relativamente recente acórdão *Paixão Moreira Sá Fernandes v. Portugal*, o TEDH considerou ter havido violação do art. 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, pelo facto de o Tribunal da Relação de Lisboa não se ter pronunciado sobre a imprescindibilidade de uma gravação feita por um advogado, que levou à condenação de quem lhe pretendia oferecer dinheiro em troca do exercício de influência sobre um funcionário público — e seu irmão — relativamente à legalidade de um contrato, tendo acabado por condenar o advogado pelo crime de gravações ilícitas. Porém, atente-se no facto de que, aqui, o TEDH não julgou ser necessária uma proteção absoluta dos denunciadores de corrupção. Aquilo que o TEDH verdadeiramente censurou ao Estado português foi a falta de uma ponderação sobre os valores da ordem jurídica na sua globalidade, em especial face ao direito de necessidade, prosseguidos pelo advogado associado à investigação e que tal ausência influenciou de forma determinante o juízo de culpa que sobre ele acabou por recair.

funções exercidas, mas também relativamente ao crime de violação de segredo, quando aqueles se insiram numa organização pública ou privada no seio da qual detetaram práticas criminais suficientemente graves, o mesmo não pode ser dito quando o denunciante seja um árbitro obrigado ao sigilo inerente a um processo arbitral. Porque é preciso não perder de vista que o seu lugar no sistema de justiça é diferente.

A propósito, recordamos JOSÉ DE FARIA COSTA, quando defende que a heroicização dos denunciantes representa uma “*medievalização da justiça*”⁽¹⁷³⁾, devendo ter-se as maiores cautelas nas soluções jurídicas e decisões a eles respeitantes onde se joga verdadeiramente o Estado de Direito. E, neste tema, não podemos senão lembrar também a síntese de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, a propósito da Lei da Arbitragem Voluntária, através da qual alerta: o dever de denúncia “*é uma velha queda lusitana, que remontará à Inquisição, a Pina Manique e às polícias republicanas. Temos protestado em diversas obras: existem autoridades devidamente habilitadas, não cabendo a cada um arvorar-se em (pequeno) polícia*”⁽¹⁷⁴⁾.

9. Conclusão

Numa palavra, a confidencialidade não é *conditio sine qua non* de toda e qualquer arbitragem, mas, quando existe — designadamente em arbitragem privada e voluntária — deve ser respeitada. São criminalmente relevantes as denúncias de árbitros que quebrem o sigilo para participar na luta contra a criminalidade económico-financeira. Mesmo quando possam estar cobertas pela exclusão da ilicitude a título de estado de necessidade, devem limitar-se ao absolutamente necessário só sendo legítima a prestação de informações detalhadas quando as autoridades já se encontram a desenvolver investigações, suposto sempre o respeito de todos os princípios de processo penal, incluindo os relativos à obtenção de prova e o *nemo tenetur*.

Não deve fazer valer-se a ideia de que relativamente aos juízes árbitros, em arbitragem privada e voluntária, as obrigações legais ou contratuais de confidencialidade não são fonte de imputação de qualquer respon-

⁽¹⁷³⁾ Intervenção de JOSÉ DE FARIA COSTA, no colóquio “Prevenção da Corrupção no Estado de Direito: valor e limites dos regimes de *compliance* e das soluções de colaboração premiada”, no dia 4 de Março de 2020, na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

⁽¹⁷⁴⁾ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem...*, p. 307.

sabilidade pela violação de segredo quando estes façam uma denúncia. Não estando o árbitro inserido numa organização e não havendo exclusão da ilicitude para a denúncia de factos de potencial relevo jurídico-penal, como sucede nos casos de administração repressiva da justiça penal que explicitámos, os árbitros não poderão invocar (*i.e.* com sucesso), como meio de defesa, a simples necessidade da denúncia para revelar a violação da confidencialidade. O intérprete terá sempre de fazer a distinção entre denúncia preventiva e denúncia póstuma, atestar a gravidade do crime denunciado e, ainda, a possibilidade de, nos casos em que não foi o tribunal arbitral que espontaneamente descobriu o(s) ilícito(s) criminal(is), a parte que invoca a prática do crime por parte da sua contraparte poder fazer, por si mesma, a denúncia.

É evidente que os tribunais arbitrais não têm competência para aplicar normas de direito penal, não podendo aplicar sanções penais, competência que pertence exclusivamente aos tribunais estaduais. Ainda assim, estarão habilitados a retirar as consequências de direito privado decorrentes da descoberta de um ilícito penal. O tribunal arbitral pode e deve retirar efeitos civis da prática de crimes no âmbito da relação contratual que delimita a sua competência, de forma a garantir que as suas decisões respeitam a ordem pública internacional do Estado onde irão ser executadas. Porém, tal não significa que os tribunais arbitrais possam aplicar lei penal ou que devam cumprir funções de política criminal, incompatíveis com a natureza da função jurisdicional que desempenham. Que manifestamente não é de soberania nem de investigação criminal.

Bibliografia

- ADÁN NIETO MARTÍN, “La lucha contra la corrupción en la Constitución Europea”, in *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude* (Coord. LUIS ARROYO ZAPATER/ADÁN NIETO MARTÍN), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 79-88.
- _____, “El Concepto de Funcionario Público (art. 1)”, in *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude* (Coord. LUIS ARROYO ZAPATER/ADÁN NIETO MARTÍN), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 89-101.
- ANÍBAL SABATER, LÍDIA REZENDE, “An Arbitrator’s Obligation to Use Reasonable Efforts to Issue an Enforceable Award and Its Interaction with the New York Convention”, *Spain Arbitration Review/Revista del Club Español del Arbitraje* (Wolters Kluwer España 2019, Volume 2019 Issue 34), 33-45.
- ANTÓNIO MANUEL ALMEIDA COSTA, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Tomo III (artigos 308.º a 386.º), Coimbra Editora, 2001.
- ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem em Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina, 2015.
- ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Condução do Processo Arbitral. Comentários aos Artigos 30.º a 38.º da Lei da Arbitragem Voluntária”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, Tomo II/III, Abril-Setembro, 2013, pp. 669-742.
- ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada* (coord. DÁRIO MOURA VICENTE), Almedina, 2015, 2.ª ed. revista e atualizada, pp. 83-86.
- ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. Confidencialidade na Arbitragem Desportiva Transnacional”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, Vol. 50, ano 13, Jul.-Set., 2016, pp. 428-448.
- ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, DANIELA MIRANTE, “Da constitucionalidade da arbitragem necessária: o caso da arbitragem no Direito do Consumo”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. XIII, 2020, p. 91.
- AUGUSTO SILVA DIAS, “O Direito à Não Auto-Inculpação no Âmbito das Contra-Ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, Número 1, Janeiro-Março, 2010, pp. 238-265.
- CARLOS BLANCO DE MORAIS, “Problemas Constitucionais da Arbitragem Necessária em Portugal”, *Arbitragem em Direito Público* (org. Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira), FGV Projetos, pp. 39-46, disponível em https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/fgv_publicacao_arbitragem_miolo.pdf.
- CLÁUDIA CRUZ SANTOS, “O Crime Ambiental: crime organizacional ou crime organizado?”, in *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, 2/3, 2000, pp. 81-89.
- _____, “Considerações Introdutórias (ou algumas Reflexões Suscitadas pela «Expansão» das Normas Penais sobre Corrupção)”, in CLÁUDIA CRUZ SANTOS/CLAUDIO BIDINO/ DÉBORA THAÍS DE MELO, *A Corrupção: Reflexões (a Partir da Lei, da Doutrina e da*

- Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, 2009, pp. 7-40.
- _____, “A Corrupção de Agentes Públicos em Portugal: Reflexões a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência”, in CLÁUDIA CRUZ SANTOS/CLAUDIO BIDINO/DÉBORA THÁIS DE MELO, *A Corrupção: Reflexões (a Partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, 2009, pp. 99-152.
- CLAUDIO BIDINO, “O problema específico da corrupção no setor privado (no Brasil e em Portugal)”, in CLÁUDIA CRUZ SANTOS/CLAUDIO BIDINO/DÉBORA THÁIS DE MELO, *A Corrupção: Reflexões (a Partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, 2009, pp. 203-256.
- DAVID SILVA RAMALHO, *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*, Almedina, 2017.
- DERAINS, SCHWARTZ, *A Guide to ICC Rules of Arbitration*, p. 385
- DOMITILLE BAIZEAU/JULIETTE RICHARD, “Addressing the Issue of Confidentiality in Arbitration Proceedings: How Is This Done in Practice?”, in *Confidential and Restricted Access Information in International Arbitration*, Association Suisse de l’Arbitrage Special Series, n.º 43, 2016, pp. 53-78.
- DOMITILLE BAIZEAU/TESSA HAYES, “The Arbitral Tribunal’s Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte”, in *International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity*, ICCA Congress Series, Volume 19 (Kluwer Law International 2017), pp. 225-265.
- DRAGOR HIBER, VLADIMIR PAVIĆ, “Arbitration and Crime”, *Journal of International Arbitration*, Volume 25, Issue 4, Kluwer Law International, 2008, pp. 461-478
- EDUARDO MAIA COSTA, *Código de Processo Penal Comentado* (HENRIQUES GASPAR, SANTOS CABRAL, MAIA COSTA, OLIVEIRA MENDES, PEREIRA MADEIRA, HENRIQUES DA GRAÇA), Almedina, 2.ª ed. revista, 2016.
- EDWIN SUTHERLAND, “White-Collar Criminality”, in *American Sociological Review*, Vol. 5, February 1940, Number 1, pp. 1-12.
- ELISA RANGEL NUNES, “A confidencialidade na arbitragem voluntária: uma questão de preservação de valores éticos?”, in *Arbitragem Comercial: Estudos Comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa* (Coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO), Almedina, 2019, pp. 331-352
- GUILHERME RECENA COSTA, “Integração contratual, confidencialidade na arbitragem e segredo de justiça”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, Vol. 48, ano 13, Editora Revista dos Tribunais, jan-mar (2016), pp. 69-89.
- HELENA MONIZ, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Dirigido por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS), Tomo III (artigos 308.º a 386.º), Coimbra Editora, 2001.
- J.J. GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa*, Anotada, II, 2010, p. 551.
- JOHN BRAITHWAITE, “Transnational Corporations and Corruption: Towards Some International Solutions”, in *International Journal of the Sociology of Law*, 1979, 7, pp. 125-142.

- _____, “Poverty, Power, White-Collar Crime and the Paradoxes of Criminological Theory”, in *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 1991, 24, pp. 40-50.
- _____, “Zero Tolerance, Naming and Shaming: Is There a Case for it with Crimes of the Powerful?”, in *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 2002, 35, pp. 269-288.
- JORGE ALVES MORAIS/JOANA MATOS LIMA, *Código dos Valores Mobiliários Anotado*, Quid Juris — Sociedade Editora, 2015.
- JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, reimpressão, 2004.
- _____, *Direito Penal*, Parte Geral, Tomo I, Gestlegal, 3.^a ed., 2019.
- JOSÉ ANTÓNIO FICHTNER/SERGIO NELSON MANNHEIMER/ANDRÉ LUÍS MONTEIRO, “A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções”, in *Revista de Direito Privado*, ano 13, Vol. 49, jan-mar (2012), Editora Revista dos Tribunais, pp. 227-285.
- JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Dirigido por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS), Tomo III (artigos 308.^o a 386.^o), Coimbra Editora, 2001, pp. 808-823.
- _____, *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção — uma análise crítica das leis n.ºs 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro*, Coimbra Editora, 2011.
- JUAN FERNÁNDEZ-ARMESTO, “The time has come. A Plea for Abandoning Secrecy in Arbitration”, in *Les Cahiers de l’Arbitrage/The Paris Journal of International Arbitration*, 2012-3, pp. 583-588.
- KATHRIN BETZ, “Arbitration and Corruption: A Toolkit for Arbitrators”, in *Journal of Anti-Corruption Law*, Volume 2, Number 2, 2018, pp. 183-195.
- KNUT AMELUNG, “El concepto de «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, in *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 221-257.
- MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado*, Almedina, 17.^a ed., 2009.
- MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Dirigido por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS), Tomo I (artigos 131.^o a 201.^o), Coimbra Editora, 2.^a ed., 2012.
- _____, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2004.
- MARGARET L. MOSES, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, p. 79.
- MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Breves Apontamentos sobre a Arbitragem de Direito Administrativo em Portugal”, *Arbitragem em Direito Público* (org. Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira), p. 50.
- MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Almedina, 2014.
- MARLON MEZA-SALAS, *Confidentiality in International Commercial Arbitration: Truth or Fiction?*, Kluwer Arbitration Blog, 2018, disponível em <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/09/23/confidentiality-in-international-commercial-arbitration-truth-or-fiction/>>.
- MÁRIA ALMEIDA E SILVA, “Jogar às escondidas: quando a não produção de documentos pode resultar em inferências negativas”, in *Lisbon Arbitration by Morais Leitão*, 2019,

disponível em <<https://lisbonarbitration.mlgs.pt/pt/artigos/jogar-as-escondidas-quando-a-nao-producao-de-documentos-pode-resultar-em-inferencias-negativas/89/>>.

MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, Almedina, 2.^a ed., 2018.

MARIANA SOARES DAVID, “Os poderes do tribunal arbitral em matéria de prova, no âmbito da actual lei de arbitragem voluntária”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 9, 2016, pp. 57-85.

MATTHEW AXELROD/DOUG DAVIDSON/ADAM LURIE/DOUGLAS TWEEN, “Law and Practice USA”, in *Chambers Global Practice Guide — Anti-Corruption* (Contributing Editor KIRIL BOUGARTICHEV), Chambers & Partners, 2019, p. 264-272.

MAYANK SAMUEL, *Confidentiality in International Commercial Arbitration: Bedrock or Window-Dressing*, Kluwers Arbitration Blog, 2017, disponível em <<http://arbitration-blog.kluwerarbitration.com/2017/02/21/confidentiality-international-commercial-arbitration-bedrock-window-dressing/>>.

MICHAEL HWANG S.C./KATIE CHUNG, “Defining the Indefinable: Practical Problems of Confidentiality in Arbitration”, in *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law international, 26(5), 2009, pp. 609-645.

NIKOLAUS BOSCH, “Der Schutz vor Verletzung von Privatgeheimnissen durch § 203 StGB”, in *JURA — Juristische Ausbildung*, 2013(8), pp. 780-791.

NUNO BRANDÃO, “Bens Jurídicos Colectivos e Intervenção Penal Cumulativa”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 25, n.ºs 1 a 4, Janeiro-Dezembro, 2015, pp. 9-94.

PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, Almedina, 2018.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 4.^a ed. actualizada, 2018.

_____, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 3.^a ed. actualizada, 2015.

PEDRO CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado*, Coimbra Editora, 2010, 1.^a ed.

RUI TAVARES LANCEIRO, “A jurisprudência constitucional e a arbitragem necessária”, *Estudos em Homenagem ao Conselho Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Almedina, 2019, 401-436, p. 436.

RUI PATRÍCIO, *A presunção da inocência no julgamento em processo penal — Alguns problemas*, Almedina, 2019.

RUI PATRÍCIO/NUNO IGREJA MATOS, “Corrupção e Branqueamento: das Relações Incestuosas às (A)Tipicidades”, in *Estudos Projeto Ethos: Corrupção e Criminalidade Económico Financeira*, Procuradoria-Geral da República, 2018, pp. 51-79.

SUSANA AIRES DE SOUSA, “Ações encobertas (e outras figuras próximas) na investigação da criminalidade económico-financeira”, in *Julgar*, n.º 38, Maio-Agosto, 2019, pp. 31-44.

TIAGO DA COSTA ANDRADE, “Nemo tenetur se ipsum accusare: um novo olhar a partir do Direito da Concorrência, no sentido da sua extensão ao processo contra-ordenacional e às

- “pessoas colectivas”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VII, Número 31, Julho-Setembro, 2017, pp. 179-214.
- _____, *O Crime de Burla: Bem Jurídico e Imputação Objectiva*, Almedina, 2019.
- VÂNIA COSTA RAMOS, “Nemo tenetur se ipsum accusare e Concorrência: Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, Número 1, Janeiro-Março, 2010, pp. 175-198.