

## A publicação das decisões arbitrais no contencioso administrativo

O Código do Processo dos Tribunais Administrativos (CPTA), cujo título VIII se refere a tribunais arbitrais e centros de arbitragem, contém um artº 185-B com a epígrafe “Publicidade das decisões arbitrais”, cujo nº 1 determina que “ as decisões arbitrais proferidas por tribunais transitadas em julgado são obrigatoriamente publicadas por via informática, numa base de dados organizada pelo Ministério da Justiça”.

Esta disposição foi inserida pelo Decreto Lei 214-G/2015 de 2 de Outubro, com entrada em vigor 60 dias após a sua publicação e correspondeu a um pedido veiculado pela Associação Portuguesa de Arbitragem, que reconheceu que a arbitragem em matéria administrativa não devia ser confidencial, dada a natureza pública dos interesses envolvidos nos litígios abrangidos por estas decisões arbitrais, ao contrário do que sucede com as arbitragens em matéria civil ou comercial, que a Lei de Arbitragem Voluntária de 2011 submeteu ao princípio da confidencialidade.

Apesar da expectativa que se criou desde 2015, a verdade é que desde então se vinha aguardando, quer a portaria de que dependia a operacionalização do novo regime, quer a organização da base de dados para que remetia o preceito legal, sem as quais a eficácia do preceito legal ficava reduzida a zero. Aparentemente o Governo não reconhecia a urgência desta matéria.

Entendeu o Governo em 2019 dever fazer preceder a emanação dessa portaria e a criação dessa base de dados de um novo acrescento ao regime legal, inserindo um novo número 2 no artº 185-B do CPTA com o seguinte teor. “As decisões arbitrais apenas podem ser executadas depois de depositadas pelo tribunal arbitral, devidamente expurgadas de quaisquer elementos susceptíveis de identificar a pessoa ou pessoas a que dizem respeito, junto do Ministério da Justiça para publicação informática, nos termos a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área da Justiça”. (sublinhado nosso).

Esta nova redação, que foi dada pela Lei 118/2019 de 17 de Setembro, com entrada em vigor 60 dias após a sua publicação, suscitou uma profunda perplexidade, já que aparentemente veio limitar e até destruir quase por completo o objectivo da publicidade das decisões arbitrais que fora consagrado 4 anos antes no CPTA.

De facto, podemos interrogar-nos sobre qual o sentido da publicidade das decisões arbitrais em matéria administrativa quando deveriam ficar ocultos, por imperativo legal, os elementos que permitiriam identificar as Partes envolvidas e o caso concreto decidido.

De facto, tomado à letra e aplicada à generalidade dos casos, ou seja à generalidade das Partes, um tal regime legal sobre a publicidade das decisões arbitrais administrativas acabaria por quase coincidir com a confidencialidade das decisões arbitrais civis e comerciais, já que a Lei da Arbitragem Voluntária de 2011 (LAV) já permitia que as decisões arbitrais civis e comerciais, apesar de confidenciais, fossem objecto de publicação, expurgadas de elementos de identificação das Partes. A única diferença seria que a LAV permitiria a uma das partes opor-se a essa publicação ainda que descaracterizada, ao passo que o CPTA não permitiria essa oposição.

Mas para além da confusão de conceitos envolvida nesta comparação de regimes, torna-se evidente que o princípio da administração aberta, que está na origem do movimento que levou a consagrar a publicidade das decisões arbitrais administrativas, ficaria por completo frustrado se as decisões arbitrais que resolvam diferendos de grande expressão e impacto, como por exemplo litígios envolvendo valores mais ou menos elevados, entre o Estado e empresas privadas, em domínios tão sensíveis à opinião pública como o das empreitadas de obras públicas ou o das parcerias público-privadas, só pudessem ser publicadas em termos tais que não permitissem identificar os casos concretos que são resolvidos. Certamente não se conseguiria atingir o controlo público da fundamentação e da justiça das decisões arbitrais, apesar de o mesmo ser reconhecidamente essencial para credibilizar a justiça arbitral.

Uma manifestação concreta desta consequência infeliz da redação do artº 185-B nº 2 do CPTA encontra-se no próprio site do Ministério da Justiça destinado a acolher e divulgar publicamente as decisões arbitrais em matéria administrativa (<http://serviços.tribunais.org.pt> ou <http://tribunais.org.pt>).

De facto, a par de muitas decisões arbitrais proferidas no âmbito do Centro de Arbitragem Administrativa sobre diferendos envolvendo pessoas singulares, encontramos 3 recentes decisões arbitrais proferidas em arbitragens “ad hoc”: duas reportam-se a empreitadas de obras públicas e uma refere-se a um contrato de subconcessão rodoviária em regime de parceria público-privada.

Ora a consulta de tais decisões publicadas, graças à anonimização adoptada quanto à identidade das Partes, certamente baseada na interpretação literal deste preceito legal, impede de facto que se conheça de forma integral o contexto em que surgem as decisões, dado que nem se conhece a entidade pública envolvida nem as empresas privadas contratantes.

Será que este é o resultado que os legisladores pretendem atingir quando consagraram o princípio da publicidade das decisões de arbitragem do contencioso administrativo?

Face a esta perplexidade, compreende-se que se justifique uma análise mais aprofundada da questão, tendo em consideração também a portaria governamental para que remete o nº 2 do citado artº 185-B do CPTA.

Ao analisarmos a portaria para que remete o artº 185-B do CPTA, constatamos que a mesma veio a ser a portaria 165/2020 de 7 de Julho, a qual, de acordo com o seu Preâmbulo, “veio regulamentar o regime de depósito das decisões arbitrais em matéria administrativa e tributária, incrementando a segurança jurídica a estabilidade dos títulos executivos neste domínio”, embora no seu artº 1º se corrija a estreiteza do âmbito definido, indicando que a portaria regula, não só os termos do depósito, mas também a publicação das decisões arbitrais em matéria administrativa e tributária.

Por outro lado a Portaria indica como normas legais habilitadoras, não só o artº 185-B do CPTA como também no artº 16 do Regime Jurídico de Arbitragem em matéria tributária aprovado pelo Decreto Lei 10/2011 de 20 de Janeiro. Este n.º 16 enuncia os princípios do processo arbitral em matéria tributária e em especial na sua alínea g), impõe o princípio da “publicidade, assegurando-se a divulgação e publicação das decisões arbitrais, nos termos do artº 185-B do Código do Processo dos Tribunais

Administrativos, devidamente expurgados de quaisquer elementos susceptíveis de identificar a pessoa ou as pessoas a que dizem respeito”. A redação desta alínea g) foi introduzida pelo artº 9º da Lei 118/2019 de 17 e Setembro, a mesma Lei afinal que introduziria o nº 2 do artº 185-B do CPTA a que atrás aludimos, usando precisamente a mesma terminologia.

Regressando ao texto da Portaria, verificamos que o Governo pretendeu impor ao Presidente do Tribunal Arbitral ou Árbitro único a obrigação de requerer o depósito da decisão arbitral (artº 4º, nº 1) devendo este requerimento observar um determinado formulário, identificando perante o Ministério da Justiça as Partes envolvidas “com indicação dos respectivos nomes” (artº 4º, nº 2, alínea e) e enviando “cópia da decisão devidamente assinada e datada” (artº 4º nº 3, al. b) e “texto da decisão com conteúdo pesquisável, expurgado de todos os elementos susceptíveis de identificar as pessoas a que diz respeito” (artº 4, 3 al. c).

A referência à comunicação ao Ministério da Justiça da identificação das Partes por indicação dos respectivos nomes revela no entanto que o legislador tem em mente apenas decisões arbitrais sobre pessoas singulares, pois se as Partes em causa fossem pessoas colectivas, públicas ou privadas, a exigência adequada seria de indicar as respectivas denominações ou firmas.

Por outro lado esta suspeita confirma-se quando a portaria revela no seu artº 6 – sob a epígrafe “Tratamento de Dados Pessoais” - qual é o fundamento legal das exigências da “anonimização” impostas aos textos publicados das decisões arbitrais. De facto o nº 1 deste artº 6º determina que é aplicável ao tratamento de dados pessoais realizado no âmbito da presente portaria, a Lei 58/2019 de 8 de Agosto e o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, e declara, como consequência das proibições contidas nestes diplomas, a exigência de anonimização das decisões publicadas, na alínea c) do nº 2 do artº 4 e na alínea a) do nº 4, impondo o cumprimento dessa obrigação ao Tribunal Arbitral que deverá para o efeito preparar o texto a publicar, eliminando tudo o que permita identificar as Partes .

Isto significa que o fundamento da anonimização prevista pela Portaria, e pela lei, se reconduz exclusivamente à garantia de proteção de dados pessoais que veio a ser imposta em toda a União Europeia pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais, citado expressamente pelo artº 6º da Portaria.

Sucede, no entanto, que a proteção de dados pessoais apenas se aplica a pessoas singulares, nos termos do referido Regulamento Geral, conforme se infere de modo claríssimo da sua leitura.

De facto, logo no nº 1 do Preâmbulo deste Regulamento se consigna que “A proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento dos dados pessoais é um direito fundamental.

O artº 8º nº 1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o artº 6, nº 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia estabelecem que todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito” E por isso logo no artº 1º do Regulamento, se determina no nº 1 que “o presente Regulamento estabelece as regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados”. E pela mesma razão se

restringe às pessoas singulares a proteção de dados pessoais como consta o art.º 1º n.º 2 do Regulamento: “O presente Regulamento defende os direitos e as liberdades fundamentais das pessoas singulares nomeadamente o seu direito à protecção dos dados pessoais”.(sublinhados nossos)

A limitação da proteção dos dados pessoais às pessoas singulares é de tal modo evidente que não aparece tão explícita na Lei 58/2019 de 8 de Agosto, que emprega a expressão dados pessoais e proteção de dados pessoais, sem determinar com rigor o seu âmbito. No entanto, logo no artº 1º a Lei define o seu âmbito e a protecção que visa conceder restringindo um e outra às pessoas singulares : “A presente lei assegura a execução na ordem jurídica interna do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27/4/2016 relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados “. Obviamente esse âmbito da protecção dos dados pessoais é o mesmo que foi definido pelo Regulamento da União Europeia que consagrou essa protecção e que as leis portuguesas vêm depois desenvolver. Dados pessoais é um conceito que se reporta apenas a pessoas singulares e por isso a anonimização para protecção de dados pessoais só faz sentido no caso de decisões sobre pessoas singulares.

A falta desta explícita definição nas leis portuguesas que visam concretizar a protecção de dados pessoais como sucede como o n.º 2 do art. 185 B do CPTA pode gerar equívocos, dada a polissemia da palavra “pessoa”, já que na ordem jurídica portuguesa esta palavra tanto designa pessoas singulares ou físicas, como pessoas colectivas, de direito privado ou de direito público.

E se faz todo o sentido a protecção de dados pessoais das pessoas singulares, no caso de as mesmas serem partes num processo arbitral do contencioso administrativo, já não faz sentido nenhum estender essa protecção a pessoas colectivas publicas como o Estado, Institutos Públicos, Autarquias, etc. como não o faz, de modo nenhum, estender essa protecção a pessoas colectivas privadas sejam elas empresas, associações, fundações, etc.

A exigência da “anonimização” das Partes imposta por lei no artº 185-B do CPTA e na Portaria 165/2020 só se justifica juridicamente relativamente a Partes que sejam pessoas singulares, enquanto meio de protecção dos dados pessoais dessas Partes.

Isto significa que o nº 2 do artº 185-B do CPTA deve ser objecto de uma interpretação restritiva, devendo entender-se que anonimização que nele se impõe, apenas se aplica à pessoa ou pessoas singulares a que dizem respeito e nunca por nunca, às pessoas colectivas públicas e privadas envolvidas.

Só através de uma tal interpretação restritiva se pode compatibilizar este preceito legal com o princípio da administração aberta consagrado como princípio fundamental de todo o processo administrativo e com os objectivos de transparência e publicidade que em boa hora o Governo em 2015 consagrou, ao aprovar o artº 185-B do CPTA.

Semelhante restrição às pessoas singulares existe aliás no regime legal de administração aberta consagrado pela Lei 26/2016 de 22/8: Esta lei, que regula o regime de acesso à informação administrativa transpondo a Directiva 2003/4/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 28/1 2003/98/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 17/11 também reconhece restrições de acesso no caso de documentos nominativos, mas define de modo restritivo estes documentos, limitando-os aos documentos

administrativos que contenham dados pessoais, tal como definidos nos termos do regime legal de protecção de dados pessoais (art. 12 n.º1 al.b). Face a tal definição, e porque os dados relativos às pessoas colectivas não são objecto da protecção de dados pessoais, os mesmos não podem ser qualificados como nominativos, e não se justificam nesse caso restrições ao acesso aos mesmos, tal como é facultado pelo princípio da administração aberta.

Não se compreenderia aliás por que razão a publicação das decisões arbitrais em matéria administrativa ficaria sujeita a um regime de anonimização, apesar de as Partes envolvidas serem unicamente pessoas colectivas, públicas ou privadas, quando a publicação quotidiana da generalidade dos acórdãos dos Tribunais Estaduais em matéria cível, comercial ou administrativa no “site” do Ministério da Justiça em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) contem normalmente a identificação das Partes quando as mesmas são pessoas colectivas, públicas ou privadas.

Como atrás salientámos, o modo como a lei está a ser entendida e aplicada, como se pode observar no “site” do Ministério da Justiça que contem a publicação de decisões arbitrais administrativas, conduz a uma injustificada ocultação do conteúdo e significado das decisões arbitrais em matéria administrativa e impede o controlo público da justiça das decisões, como era objectivo da lei. Só se explica tal prática devido à utilização de uma linguagem manifestamente infeliz e equívoca na lei e na portaria que a regulamentou, ao consignar a “necessidade de evitar a identificação das pessoas a que diz respeito” com a consequência de os aplicadores da lei julgarem erroneamente estar a abranger-se na proibição quer pessoas singulares, quer pessoas colectivas.

Espera-se que o Governo se aperceba rapidamente do erro cometido e clarifique a Portaria emitida, tornando claro aquele que é o verdadeiro regime em vigor, a saber que anonimização imposta por lei apenas se reporta às Partes que sejam pessoas singulares, e que as pessoas cujos nomes devem ser ocultados são unicamente as pessoas singulares.

Lisboa, 15 de Junho de 2021

José Robin de Andrade