

**ORGANIZADORES**

Francisco José Cahali  
Thiago Rodovalho  
Alexandre Freire

# ARBITRAGEM

**ESTUDOS SOBRE A LEI N. 13.129, DE 26-5-2015**

Alexandre Freire • Ana Carolina Dall'Agnol • Ana Gerda de Borja • Ana Lúcia Pereira • Ana Tereza Basilio • André Chateaubriand Martins • Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy • Arnaldo Wald • Arruda Alvim • Daniel Bushatsky • Diogo L. Machado de Melo • Eduardo Silva da Silva • Elias Marques de Medeiros Neto • Fábio Zech Sylvestre • Fernanda Rocha Lourenço Levy • Flaviana Bissoli • Flávio Luiz Yarshell • Francisco José Cahali • Fredie Didier Jr. • Heitor Vitor Mendonça Sica • José Luiz de Almeida Simão • José Miguel Júdice • Júlia Schledorn de Camargo • Leandro Aragão • Leandro Tripodi • Lucas Britto Mejias • Luis Fernando Guerrero • Marcelo Barbosa Araújo • Marcelo Fonseca Santos • Marcus Valverde • Maristela Basso • Mauro Cunha Azevedo Neto • Nathalia Mazzonetto • Paulo Magalhães Nasser • Paulo Osternack Amaral • Pedro C. de Castro e Martini • Pérsio Thomaz Ferreira Rosa • Rachel Sztajn • Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro • Thiago Marinho Nunes • Tiago Asfor Rocha Lima • Thiago Rodovalho • Vera Cecília Monteiro de Barros

 **Editora  
Saraiva**

## Confidencialidade e publicidade. Reflexão a propósito da Reforma da Lei de Arbitragem (Lei n. 13.129, de 25 de maio de 2015)

José Miguel Júdice\*

### A. A TENSÃO ENTRE CONFIDENCIALIDADE E TRANSPARÊNCIA

Durante muito tempo a questão da confidencialidade na arbitragem foi considerada como um facto evidente e inquestionável<sup>1</sup>, ao ponto de alguns autores considerarem que ela era uma característica imanente e nuclear do sistema<sup>2</sup>, e de certas sondagens feitas a utilizadores terem revelado ser uma das principais (se não mesmo a principal) razões para o recurso a este método de resolução alternativa de litígios<sup>3</sup>.

No entanto nos últimos anos a confidencialidade começou a ser questionada e suscitada a dúvida se constitui uma boa regra, ou tem passado a ser

---

\* Sócio Fundador e Coordenador de PLMJ Arbitragem, membro da Corte Internacional de Arbitragem da CCI (2009-2015), Professor Associado Convidado da Universidade Nova de Lisboa e Presidente do Centro de Arbitragem da CCIP (Lisboa).

1 "Prior to this symposium, there was not a single law review article dedicated to the discussion of arbitration confidentiality", escreveu em 2006 – talvez exagerando um pouco... – Richard C. Reuben em *Confidentiality in Arbitration: Beyond the Myth*, Kansas Law Review, 2005-6, p. 1256.

2 Nas expressivas palavras de Serge Lazareff, a confidencialidade é a irmã gêmea da arbitragem (ICC Bulletin 2009 Special Supplement, Confidentiality in Arbitration, article par Serge Lazareff: *Confidentiality and Arbitration: theoretical and philosophical Reflections*, p. 81-93).

3 Segundo um inquérito realizado em 2010 (International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration, White & Case, Queen Mary University of London et School of International Arbitration) 62% dos utilizadores da arbitragem consideram a confidencialidade muito importante e 35% declararam que se não fosse confidencial não a utilizariam (ver Alice Remy, *L'Arbitrage International, entre Confidentialité et Transparence*, in Master 2 de Droit Européen Comparé, dirigé par M. Louis Vogel, 2013, p. 16.

considerado por muitos que deve passar a ser a exceção<sup>4</sup>, pelo menos nas arbitragens de protecção de investimentos ou em todas as que no plano internacional tem um Estado como parte.

A tese favorável à confidencialidade como regra fundamenta-se num conjunto de argumentos que a doutrina tem sido capaz de valorizar. Entre eles podem ser realçados:

- a) A caracterização ontológica da arbitragem como uma justiça de partes, privada e discreta, que tem por isso como corolário a confidencialidade.
- b) A vontade presumida das partes, que preferirão evitar que a tensão litigiosa e a necessidade de extremar pontos de vista venham a dificultar a viabilidade de futuros acordos.
- c) O risco de que concorrentes de qualquer das partes – se conhecedores das acusações mútuas – possam usá-las contra elas.
- d) O carácter confidencial dos documentos contratuais que muitas vezes sustentam o conflito arbitral (*shareholders agreements*, patentes, contratos de transferência de tecnologia, etc.).
- e) O acesso, que em certos litígios se torna inevitável autorizar, a documentos estratégicos de empresas, contas não divulgadas, segredos comerciais, etc.
- f) A convicção de que a justiça feita sem os holofotes e as pressões do mundo exterior pode revelar-se mais rigorosa, serena e ponderada.

Mas também é possível elencar argumentos no sentido oposto, o da transparência como regra do sistema arbitral<sup>5</sup>. Entre eles:

- a) A transparência é um corolário do carácter jurisdicional da arbitragem devendo ser a esse título tratada como se de um tribunal estatal se tratasse<sup>6</sup>.

---

4 Por exemplo, e já em 2003, Cindy Buys, uma professora em Illinois, defendia “the adoption of a presumption that arbitral Awards should be made publicly available, unless both parts object” (The tensions between confidentiality and transparency in international arbitration, *The American Review of International Arbitration*, v. 14, 2003, p. 121).

5 Como exemplo de um excelente argumentário, veja-se Juan Fernandez-Armesto, *The Time has come: a plea for abandoning secrecy in arbitration*: CAPJA2012-3-002 *Cahiers de l'Arbitrage*, 1er Juillet 2012 n. 3. No sentido oposto e aliás em resposta, veja-se Paula Hodges, *The Perils of complete transparency in international arbitration – should parties be exposed to the glare of publicity?* *Cahiers de l'Arbitrage*, 01 Juillet 2012 numero 3, p. 589.

6 Por exemplo Jorge Miranda e Rui Medeiros e com base no art. 206<sup>a</sup> da Constituição (in *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, p. 119) afirmam que as “as audiências dos tribunais arbitrais são, em princípio, públicas, salvo quando o tribunal decidir o contrário,

b) A transparência é conatural ao princípio democrático e permite aumentar fortemente as garantias de imparcialidade.

c) A transparência é a regra das sociedades de informação, não sendo viável tentar contrariar essa tendência.

d) A credibilidade do sistema arbitral fica reforçada desse modo, evitando-se que suspeições sobre cobertura a negócios menos ilícitos e conducentes a prejuízo para o interesse geral se acentuem em detrimento do sistema.

e) A publicidade contribuirá para a melhoria do sistema arbitral, permitindo criar sistemas de precedentes e evitar sentenças arbitrais de muito má qualidade que não são recorríveis.

Perante estas duas tendências é possível afirmar, como a seguir se verá, que a generalidade dos autores se inclinam para soluções intermédias, em todo o caso com a tese da transparência a ganhar terreno nas últimas décadas.

Tem por isso razão Alice Remy quando escreve<sup>7</sup> que

L'affirmation d'un principe de confidentialité en arbitrage est incertaine et risquée, au regard de la diversité des opinions et des solutions juridiques sur ce sujet. Le débat quant à son existence a néanmoins pour point de départ la consécration de ce principe, même si elle n'est que relative et d'une efficacité pratique modérée.

## B. AS SOLUÇÕES NORMATIVAS

Confrontados com esta tensão intelectual entre duas forças que se orientam em direcções opostas, não é de estranhar que não seja possível definir uma tendência uniforme entre a generalidade das regras arbitrais internacionais, das legislações nacionais e dos regulamentos dos principais centros de arbitragem internacional.

Conforme desenvolve com grande detalhe Michael Hwang<sup>8</sup>, várias situações se conseguem encontrar. Há casos em que as normas legais e regulamentos nada dizem sobre o problema de confidencialidade, deixando a decisão para a vontade das partes ou para a decisão do tribunal arbitral<sup>9</sup>, as que se

---

em despacho fundamentado, para salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública ou para garantir o seu normal funcionamento", aplicando assim *ipsis verbis* o regime dos tribunais judiciais aos arbitrais.

7 Ob. cit. p. 5.

8 In *Selected Essays on International Arbitration*, SIAC 2013, e quanto aos centros de arbitragem em especial no gráfico das p. 142-143, obra disponível em: <[http://www.transnational-dispute-management.com/downloads/MH\\_Selected-Essays\\_on\\_IA.pdf](http://www.transnational-dispute-management.com/downloads/MH_Selected-Essays_on_IA.pdf)>.

9 Como acontece com a Lei Modelo e as Regras UNCITRAL.

orientam no sentido de considerar a confidencialidade como a regra dos procedimentos arbitrais, mas admitindo exceções ou abrindo a possibilidade de ser decidido de forma diversa<sup>10</sup>, e as que pelo contrário tendem a valorizar a transparência e a publicidade, considerada como regra excepto se as partes decidirem de modo diverso<sup>11</sup>. No entanto, não se encontram soluções que se possam designar por extremas, ou seja que não admitam exceções à regra da confidencialidade ou que imponham uma total e absoluta publicidade, sem exceções e sem dar à vontade comum das partes e aos poderes do tribunal nenhuma capacidade de conformação<sup>12</sup>.

A regra da confidencialidade, mesmo quando existe, coabita assim com exceções, como sejam as situações em que normas legais impõem alguma revelação de elementos dos litígios<sup>13</sup>, quando uma das partes exerce o direito de recurso aos tribunais judiciais<sup>14</sup>, ou se as partes por comum acordo determinam que não deva existir confidencialidade no todo ou em parte.

Por outro lado, mesmo quando a regra é a publicidade, existem alguns aspectos que não são passíveis de revelação (ou pelo menos em que o tribunal arbitral a pedido de uma das partes assim o determine)<sup>15</sup>.

No mundo da *common law*, *John Forster Emmott v Michael Wilson & Partners Ltd*<sup>16</sup> é sem dúvida uma decisão a analisar com detalhe pois influenciou tribunais e doutrina em vários países, criando de certa forma um modelo normativo<sup>17</sup>.

---

10 É o caso da Nova Zelândia e do Dubai International Financial Centre.

11 É o caso da Suécia, Austrália e Estados Unidos.

12 Em todo o caso a generalidade das instituições arbitrais valorizam a confidencialidade: "Based on the scorecard in the figure above, most institutions had rules to cover three or four of the first author's designated aspects of confidentiality and virtually all institutions recognised confidentiality in some way" (Michael Hwang, *ob cit.*, p. 143-4). Ver também Alice Remy, *ob. cit.* p. 22 e s. que descreve as soluções de alguns dos mais importantes centros de arbitragem mundiais que de uma forma ou de outra, mais ou menos mitigada, consagram a regra da confidencialidade.

13 Por exemplo nos litígios em que seja parte uma sociedade listada numa bolsa de valores.

14 Como ocorre em acções de anulação de sentenças arbitrais ou de reconhecimento e confirmação de sentenças arbitrais estrangeiras ou em requerimento de medidas liminares.

15 Situações desse tipo podem cobrir casos de documentos confidenciais por motivos legais ou técnicos, segredo de Estado, relações sujeitas a privilégio de relação entre advogado e cliente.

16 [2008] EWCA Civ 184; [2008] Bus LR 1361.

17 Segundo Michael Hwang (*ob. cit.* p. 97) "a definitive statement has now emerged from the English Court of Appeal in *Emmott*, which seems to have settled the juridical basis for the duty. Judicial opinion in other parts of the world remains divided. *Emmott* has laid down the following principles.

(a) The obligation of confidentiality in arbitration is implied by law and arises out of the nature of arbitration.

Já no mundo da *civil law* merece realce o sistema da lei francesa depois da recente alteração de 2011 (Décret 2011-48 de 13 Janeiro) que estabelece o princípio da confidencialidade para as arbitragens internas, mas não faz o mesmo para as internacionais.

O caso do Regulamento da CCI é também de grande importância, visto que esta instituição é a entidade administradora de arbitragens que detém o palmarés de ser a líder do mercado mundial. Ora a mais recente versão do Regulamento (2012) continua a optar por não considerar as arbitragens que administra como sujeitas por defeito à regra da confidencialidade<sup>18</sup>, antes atribuindo à discricção do tribunal as decisões sobre confidencialidade. De facto, o art. 22 (3) determina que “... upon the request of any party, the arbitral tribunal may make orders concerning the confidentiality of the arbitration proceedings or of any other matters in connection with the arbitration and may take measures for protecting trade secrets and confidential information”<sup>19</sup>. Em todo o caso, o sistema ICC preocupa-se com a eficácia dos tribunais arbitrais e nesse sentido o art. 21 (3) determina que as audiências devem realizar-se em privado.

É neste contexto que se justifica realçar o caso português. A Lei de Arbitragem Voluntária, de Dezembro de 2011, determina a existência de um dever

---

(b) This obligation is a substantive rule of law masquerading as an implied term.

(c) It imposes an obligation on both parties not to disclose or use for any other purpose any documents prepared for and used in the arbitration, or disclosed or produced in the course of the arbitration, or transcripts or notes of the evidence in the arbitration or the award, and not to disclose in any other way what evidence has been awarded, and not to disclose in any other way what evidence has been given by any witness in the arbitration.

(d) The content of the obligation may depend on the context in which it arises and on the nature of the information or documents in question; the limits of the obligation are still in the process of development on a case-by-case basis.

(e) The principal cases in which disclosure will be permissible are where:

(i) there is consent (express or implied) of the parties;

(ii) there is an order or leave of the court;

(iii) it is reasonably necessary for the protection of the legitimate interests of an arbitrating party; and

(iv) the public interest or the interests of justice require disclosure”.

18 Merece realce a este título uma recente decisão arbitral CCI (*The Louis Berger Group Inc/ Black & Veatch Special Projects Corp, Joint Venture v Symbion Power, LLC*, ICC No. 16383/VRO) que refere não existir uma presunção de confidencialidade no direito arbitral internacional francês (apud. Alice Remy, cit, p. 28).

19 “The Rules take a more flexible and tailored approach, leaving the matter for the parties or the arbitral tribunal to address in light of the specific circumstances of the case”. Jason Fry, Simon Greenberg & Francesca Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration* (ICC, 2012) at para 3-807.

de sigilo que tem como sujeito passivo os árbitros, as partes e as entidades que promovam de forma institucional a realização de arbitragens, “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”<sup>20</sup>. E o número seguinte expressamente refere que isso não impede “a publicação de sentenças e outras decisões do tribunal arbitral, expurgadas de elementos de identificação das partes, salvo se qualquer destas a isso se opuser”.

Entretanto entrou em vigor em 1 de Março de 2014 o novo Regulamento do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (a instituição líder em Portugal), que vai mais longe do que a Lei e no seu art. 41º, com a epígrafe “publicidade da sentença”, torna como regra que são públicas as sentenças arbitrais em que uma parte seja o “Estado ou outra pessoa colectiva de Direito Público”<sup>21</sup>.

Num ambiente de enorme diversidade de soluções, em todo o caso é possível afirmar que existe uma maior tendência nas arbitragens comerciais para dar relevo à regra da confidencialidade e uma regra oposta para favorecer a publicidade nas arbitragens em que são partes Estados, designadamente nas arbitragens de protecção de investimentos.

A explicação para esta tendência é compreensível. As arbitragens comerciais têm, em regra, apenas partes privadas e as arbitragens de investimentos têm inevitavelmente pelo menos uma parte que é uma entidade pública. Quando existe uma parte pública numa arbitragem, os factores que fundamentam a transparência ficam mais em realce, também por um conjunto de razões:

- a) A opinião pública e a liberdade de informação são elementos constituintes das sociedades modernas.
- b) Os governos, na generalidade dos países, estão sujeitos ao controlo político de parlamentos e outras entidades que representam os cidadãos.
- c) A administração pública está, em muitas jurisdições, sujeita a princípios de publicidade dos seus processos decisórios.
- d) As preocupações quanto aos riscos que a falta de transparência pode suscitar, atrás mencionadas, são mais patentes e disruptivas no caso de arbitragens em que são parte Estados.

---

20 Art. 30, n. 5.

21 1 – A sentença arbitral sobre litígios em que uma das partes seja o Estado ou outra pessoa colectiva de direito público é, salvo disposição das partes em contrário, pública. 2 – As restantes sentenças arbitrais são igualmente públicas, expurgadas de elementos de identificação das partes, salvo se qualquer destas se opuser à publicidade.

A realidade actual, tal como definida por Michael Hwang<sup>22</sup>, pode assim definir-se do seguinte modo:

*"The authors' conclusions are therefore as follows:*

*(a) We need to clear our minds when addressing the question of confidentiality in arbitration to understand the different facets of that concept in order to understand the difficulty in defining the rules and the exceptions to those rules.*

*(b) The most promising attempt to establish a complete code of confidentiality is the current New Zealand model, but it is still an imperfect code.*

*(c) The Robertson Report itself acknowledged that it was not able to provide for all the exceptions to confidentiality in section 14C, and the committee did not think it desirable or practical to set out a detailed code. In short, the most recent authoritative investigation into the problem of confidentiality has conceded that it is not possible to provide a comprehensive list of all the exceptions to confidentiality. It follows from this that the categories of exceptions are never closed.*

*(d) It also follows that all the existing statutory provisions and institutional rules providing for confidentiality are imperfect.*

*(e) Nevertheless, the New Zealand approach has introduced a practical solution to the problem of the constant discovery of new classes (as well as the modification of accepted exceptions) to suit the circumstances of the particular case. This solution is to allow the tribunal to determine on an ad hoc basis whether or not there should be an exception to the principle of confidentiality and the exact scope of that exception tailored to the case in question. The guidelines developed in the New Zealand legislation for the exercise of the tribunal's decision are useful in identifying the common situations where exceptions will be recognised. However, there should be residual discretion reserved to the tribunal to permit exceptions to confidentiality where the justice of the case requires or where it is otherwise appropriate to do so. This will allow the statutory exceptions to be extended or restricted or otherwise modified by individual tribunals. In short, there cannot be a "one-size-fits-all" definition of the rule or its exceptions.*

*(f) Where the tribunal cannot perform this function (eg, after it has become functus officio) then that function should be performed by the appropriate curial court.*

---

22 E no mesmo sentido, ainda que transpirando alguma preocupação, veja-se por exemplo Michael Pryles (in *Leading Arbitrator's Guide*, p. 467-8): "1. Confidentiality in arbitration derives from: the applicable national law; arbitration rules selected by the parties; contractual provisions. 2. As far as the applicable national law is concerned there is no uniformity. (...) 3. In these circumstances, parties desiring confidentiality in arbitration should designate a particular set of arbitration rules which contain appropriate confidentiality provisions (but these are limited) or conclude a confidentiality agreement in the arbitration clause or elsewhere. (...) 4. However there are limits to the effectiveness of confidentiality agreements. (a) In the first place both parties must agree to the terms of the agreement. (b) A confidentiality agreement only binds the parties to it. (c) Special provision is therefore required for: the arbitrators; an administering arbitral centre; witnesses. (d) Mandatory provisions of law, providing for disclosure of information, will override confidentiality agreements".

(g) It may be thought that the remarks of Thomas and Collins LJJ, quoted earlier, about the lack of jurisdiction of a court to determine whether an exception to confidentiality exists and applies could be an impediment to developing the proposed solutions. However, these remarks (i) only apply to the English Arbitration Act 1996; (ii) only apply to preclude such jurisdiction as an implied term; and (iii) do not therefore preclude an express adoption of an independent third party to resolve difficulties in identifying and defining the exceptions to confidentiality”.

Basta uma leitura rápida para se concluir, parafraseando uma célebre frase de Oscar Wilde sobre a sua própria morte que fora anunciada pela imprensa, que as notícias da morte do princípio da confidencialidade são exageradas. Mas o que já não é exagerado é concluir que o princípio da transparência, em todo o caso, está de muito boa saúde<sup>23</sup>.

Como referiu Ruth Teitelbaum<sup>24</sup>, “The transparency movement has been tremendously successful. The 2006 amendments to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Arbitration Rules and the transparency-enhanced procedures of new investment treaties are demonstrative of this success”.

E se dúvidas houvesse sobre isso bastaria ler as *UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*, aprovadas em 16 de Dezembro de 2013 na Assembleia Geral das Nações Unidas, e em especial os arts. 1º, n. 2, 4 e 7, o art. 3º, n. 1 a 3, o art. 4º, n. 1, o art. 6º, n. 1 a 3 e o art. 7º n. 1 e 2, que pela sua importância se reproduzem<sup>25</sup>. Mais uma vez a UNCITRAL

23 “Donc le principe de confidentialité n'est pas absolu et est appliqué de manière hétérogène en droit comparé. Une évolution homogène en faveur de la transparence se fait sentir sous l'influence de l'arbitrage d'investissement et de la société d'information. Le débat est vif entre les partisans et détracteurs de la confidentialité. La solution semble se trouver dans les mains des parties à l'arbitrage. Leur volonté doit primer si cela ne contrevient pas à un impératif d'ordre public. Il faut donc dans ce contexte incertain et de controverse informer les parties de cet enjeu et les inciter à adopter des clauses complètes et adaptées” (Alice Remy, *ob. cit.* p. 50).

24 In *A Look At The Public Interest In Investment Arbitration: Is It Unique? What Should We Do About It?* (BERKELEY J. INT'L L. PUBLICIST [v. 5], 2010, p. 54).

25 3. Recommends the use of the Rules on Transparency in relation to the settlement of investment disputes within the scope of their application as defined in article 1 of the Rules, and invites Member States that have chosen to include the Rules in their treaties to inform the Commission accordingly;  
**Article 1. Scope of application**

2. In investor-State arbitrations initiated under the UNCITRAL Arbitration Rules pursuant to a treaty concluded before 1 April 2014, these Rules shall apply only when:

(a) The parties to an arbitration (the “disputing parties”) agree to their application in respect of that arbitration; or

(b) The Parties to the treaty or, in the case of a multilateral treaty, the State of the claimant and the respondent State, have agreed after 1 April 2014 to their application.

4. Where the Rules on Transparency provide for the arbitral tribunal to exercise discretion, the arbitral tribunal in exercising such discretion shall take into account:

(a) The public interest in transparency in treaty-based investor-State arbitration and in the particular arbitral proceedings; and

(b) The disputing parties' interest in a fair and efficient resolution of their dispute.

7. Where the Rules on Transparency apply, they shall supplement any applicable arbitration rules. Where there is a conflict between the Rules on Transparency and the applicable arbitration rules, the Rules on Transparency shall prevail. Notwithstanding any provision in these Rules, where there is a conflict between the Rules on Transparency and the treaty, the provisions of the treaty shall prevail.

8. Where any of these Rules is in conflict with a provision of the law applicable to the arbitration from which the disputing parties cannot derogate, that provision shall prevail.

#### **Article 3. Publication of documents**

1. Subject to article 7, the following documents shall be made available to the public: the notice of arbitration, the response to the notice of arbitration, the statement of claim, the statement of defence and any further written statements or written submissions by any disputing party; a table listing all exhibits to the aforesaid documents and to expert reports and witness statements, if such table has been prepared for the proceedings, but not the exhibits themselves; any written submissions by the non-disputing Party (or Parties) to the treaty and by third persons, transcripts of hearings, where available; and orders, decisions and awards of the arbitral tribunal.

2. Subject to article 7, expert reports and witness statements, exclusive of the exhibits thereto, shall be made available to the public, upon request by any person to the arbitral tribunal.

3. Subject to article 7, the arbitral tribunal may decide, on its own initiative or upon request from any person, and after consultation with the disputing parties, whether and how to make available exhibits and any other documents provided to, or issued by, the arbitral tribunal not falling within paragraphs 1 or 2 above. This may include, for example, making such documents available at a specified site.

#### **Article 4. Submission by a third person**

1. After consultation with the disputing parties, the arbitral tribunal may allow a person that is not a disputing party, and not a non-disputing Party to the treaty ("third person(s)"), to file a written submission with the arbitral tribunal regarding a matter within the scope of the dispute.

#### **Article 6. Hearings**

1. Subject to article 6, paragraphs 2 and 3, hearings for the presentation of evidence or for oral argument ("hearings") shall be public.

2. Where there is a need to protect confidential information or the integrity of the arbitral process pursuant to article 7, the arbitral tribunal shall make arrangements to hold in private that part of the hearing requiring such protection.

3. The arbitral tribunal shall make logistical arrangements to facilitate the public access to hearings (including where appropriate by organizing attendance through video links or such other means as it deems appropriate). However, the arbitral tribunal may, after consultation with the disputing parties, decide to hold all or part of the hearings in private where this becomes necessary for logistical reasons, such as when the circumstances render any original arrangement for public access to a hearing infeasible.

#### **Article 7. Exceptions to transparency**

1. Confidential or protected information, as defined in paragraph 2 and as identified pursuant to the arrangements referred to in paragraphs 3 and 4, shall not be made available to the public pursuant to articles 2 to 6.

2. Confidential or protected information consists of: (a) Confidential business information; (b) Information that is protected against being made available to the public under the treaty; (c)

está na vanguarda do desenvolvimento do sistema arbitral internacional e, assim como a Lei Modelo e o Regulamento vêm inspirando muitos países e leis arbitrais, também penso que estas *Rules on Transparency* irão influenciar e indicar um caminho.

### C. O ÂMBITO DE APLICAÇÃO SUBJECTIVA DO ART. 2º, § 3º, DA LEI N. 13.129/2015

É neste contexto que deve ser apreciada a norma inovadora que foi incluída na Lei n. 13.129/2015, com base na proposta de revisão da Lei de Arbitragem Brasileira apresentada para debate no Senado (Projecto de Lei n. 406 de 2013). Trata-se de um novo parágrafo para o art. 2º da Lei: “§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.”

Com esta alteração o legislador brasileiro optou por uma das mais avançadas soluções no sentido da transparência do sistema arbitral e fê-lo de forma inequívoca: todas as arbitragens, desde que uma das partes possa ser considerada como integrando a “administração pública”, quer do lado demandante, quer do lado demandado, devem respeitar o “princípio da publicidade”.

Quanto à questão do âmbito subjectivo de aplicação da norma penso que deve ser entendido que a regra se aplica a todos os níveis da organização da administração pública brasileira. Fica assim abrangido o nível federal, estatal e municipal da administração, pois a razão de ser da norma legal a todos eles se deve aplicar.

Questão que exige mais reflexão poderá ser a das agências reguladoras de mercados em que o Estado-legislador delegou funções que sem isso caberiam à administração pública. Será o caso da ANA, ANAC, ANEEL, ANATEL e de tantas outras entidades com autarquia e que integram a administração pública indirecta, existindo também ao nível estatal e municipal. A solução a que se chegar parece dever ser idêntica para todos os outros entes autárquicos como a Comissão de Valores Mobiliários.

Para encontrar uma resposta do ponto de vista do direito arbitral, único que neste texto se pondera, importará tentar perceber se a *ratio legis* fica alterada, ou se mantém, pelo facto de se passar da administração directa para a administração indirecta do Estado através de um modelo autárquico. Em

---

*Information that is protected against being made available to the public, in the case of the information of the respondent State, under the law of the respondent State, and in the case of other information, under any law or rules determined by the arbitral tribunal to be applicable to the disclosure of such information; or (d) Information the disclosure of which would impede law enforcement.*

minha opinião, as razões que justificam a transparência se mantêm em toda a sua plenitude, pelo que não me parece se justificar que seja feita uma interpretação restritiva do conceito de “administração pública” para excluir do dever de publicidade as agências e outros entes autárquicos.

O problema torna-se mais complexo em relação a outras entidades que desempenham ou têm poderes públicos, mas que se situam mais distantes do núcleo central da administração pública. Veja-se por exemplo os casos de concessões de serviços públicos. Essas entidades concessionárias exercem alguns poderes delegados pelo Estado, com o que se aproximam das agências e entidades reguladoras autárquicas. No entanto são em regra entidades privadas, sujeitas ao direito que regula as relações entre empresas. Por isso a densidade da necessidade de controlo democrático pela opinião pública e do escrutínio político nas suas decisões com reflexos jurisdicionais não é idêntica à que se sente no âmbito da administração pública. Penso por isso que o § 3º do art. 2º da Lei n. 13.129/2015 se lhes não deve aplicar. E assim concluo, não apenas por uma espécie de argumento literal decorrente do facto da expressão “administração pública” ser como regra não usada para abranger concessionárias<sup>26</sup>, mas também pela diferença de natureza.

Admite-se que a resposta pudesse ser diversa se a Lei n. 13.129/2015 se referisse a arbitragens de direito público (pois então provavelmente nos litígios entre concessionárias e subconcessionárias seria aplicável o regime da publicidade), mas talvez não tivesse sido má ideia tornar mais claro o âmbito subjectivo da aplicação da norma para evitar querelas doutrinárias e jurisprudenciais sem especial utilidade para o avanço da ciência jurídica.

#### **D. O ÂMBITO DE APLICAÇÃO OBJECTIVA DO ART. 2º, § 3º, DA LEI N. 13.129/2015. OS PRINCÍPIOS GERAIS**

Torna-se agora necessário tentar analisar o sentido do dever de respeitar o “princípio da publicidade”. Do que se trata é afinal de definir o âmbito de aplicação objectiva do normativo, ou seja saber sobre que e em relação a que se deve aplicar esse princípio e se existem limites e excepções à sua aplicabilidade.

Para tal reflexão convém ter presente que a *ratio legis* da norma não é prejudicar, antes acentuar, a defesa do interesse público, evitando situações que mantidas secretas teriam como resultado prejuízos e suspeições. Por isso a adequada interpretação da norma deve ser aquela que potencie a defesa do interesse geral, e não uma abordagem formalista que tivesse como resultado prático o oposto do que se pretende.

---

26 Em meu entendimento a mesma resposta se deve aplicar a entidades com poderes delegados de regulação de profissões, como acontece com a Ordem dos Advogados do Brasil.

E, embora num sentido oposto, a regra da publicidade deve ser concretizada de uma forma que não desequilibre excessiva e desnecessariamente a posição da parte privada, para a qual pode vir a funcionar como um factor limitador do exercício dos seus direitos processuais.

Também por isso, não penso que da norma em questão resulta alguma recusa da relevância da regra da confidencialidade nas arbitragens. A única limitação quanto a isso se restringe ao que possa afectar a defesa das finalidades essenciais que justificam a norma legal. Ou seja, nada na Lei existe que impeça a valoração da importância da confidencialidade, excepto se e na medida em que daí decorra uma afectação dos valores subjacentes ao princípio da publicidade; e, claro, em caso de conflito e mesmo de dúvida, o princípio da publicidade deve prevalecer. Os sistemas normativos visam otimizar valores contraditórios pois cada um deles resulta da adequação do sistema jurídico a finalidades meta-jurídicas e à própria coerência e eficácia do sistema em si mesmo. Por essa razão o intérprete e o aplicador da lei devem sempre ter em vista esse esforço de optimização.

Finalmente, no que a uma abordagem geral e mais teórica se refere, o princípio da publicidade não pode ser equacionado como se fosse expressão de uma única e exclusiva intenção do sistema normativo. Como acontece com qualquer comando normativo concreto, a sua interpretação deve ter presente e de forma sistemática a existência de outros comandos normativos que podem apontar em sentidos opostos ou, pelo menos, não totalmente compagináveis à primeira vista com esse comando normativo. Ou seja, quando se interpreta uma norma legal se deve procurar para ela um sentido que optimize o sistema como um todo ou, pelo menos, que limite ou reduza ao máximo possível a existência de conflitos de direitos. E quando isso se não revele possível, as soluções concretas que resultem de uma interpretação – mesmo que seja ponderada e sensata e até corresponda à mais adequada conclusão hermenêutica – podem levar ao afastamento da sua aplicabilidade se tal interpretação colidir outra estrutura de deveres, com o que entramos no complexo e estimulante dos conflitos de deveres jurídicos.

#### **E. O ÂMBITO DE APLICAÇÃO OBJECTIVA DO ART. 2º, § 3º, DA LEI N. 13.129/2015. AS SOLUÇÕES CONCRETAS**

O que decorre destas notas é que a caracterização do dever de respeitar o “princípio da publicidade” é tudo menos um comando evidente, inquestionado e que dispense esforço analítico.

No concreto, e por exemplo, o princípio da publicidade não pode ser interpretado de um modo que obrigue a entidade pública a revelar mais documentos do que resulta dos seus deveres, interpretados em termos de igualdade de armas com a parte privada. Isto pode ser muito relevante em casos de *Request for Produce* de documentos em poder da parte contrária. Se assim fosse, não apenas se violaria o *due process* como também se estaria afinal apenas a respeitar aparentemente o formalismo da norma para desrespeitar a sua razão de ser em prejuízo da entidade pública.

E também não seria correcta uma interpretação que obrigasse a parte pública a divulgar os memoranda que tenham sido elaborados para uma mais adequada ponderação de vantagens ou inconvenientes de recorrer à arbitragem, trabalhos preparatórios da elaboração de depoimentos escritos de testemunhas de facto, de relatórios periciais ou de opiniões legais, troca de correspondência entre a entidade pública e o seu mandatário e, de uma forma geral, tudo o que exista para preparar a arbitragem. Se a norma fosse interpretada num sentido oposto, para além de violar princípios estruturantes do sistema judicial (como é o privilégio da confidencialidade da relação advogado/cliente), isso redundaria numa forte lesão do interesse público sem correspondência que equilibrasse a posição das partes em presença.

Algo de semelhante existe com a divulgação de processos de decisão interna para serem escrutinados à luz do abuso de poder discricionário. Em cada caso concreto, deve agir-se de modo que não seja possível tornar receosa a parte pública num concreto litígio quanto a usar estratégias que podem até ser temerárias ou valorizar certos aspectos menos prováveis de corresponderem à mais correcta interpretação dos factos relevantes; aqui o segredo tem de continuar a existir. É que se não for assim, mais uma vez, se prejudicaria de forma desequilibrada o interesse público. E ainda mais, e de novo como exemplo, seria altamente nefasto para o interesse público que o processo de selecção de árbitros, máxime do co-árbitro nomeado pelo Estado, fosse sujeito a escrutínio público prévio, caderno de encargos, recurso de "candidatos" não escolhidos, pois isso afectaria de forma quase inevitável a independência e a imparcialidade do árbitro, o que é um valor nuclear do sistema jurisdicional e até com dignidade constitucional.

Para além disso, o princípio da publicidade não pode ser usado como uma arma de arremesso contra a parte privada, sobretudo em litígios com grande visibilidade mediática que possam ser propícios a pressões mais ou menos inorgânicas de grupos sociais ou a receios de testemunhas e peritos perante eventuais consequências nefastas. Isso pode acontecer em litígios em que estejam interessados titulares de interesses difusos (por exemplo, protecção do ambiente e do património cultural) em que a consciência social é

muito forte contra quem os violou, ao ponto do princípio do *fair trial* poder entrar em crise. Para já não falar de riscos de pressão sobre o tribunal arbitral pelo excesso de publicidade.

Também o princípio da publicidade – que é, por estar na lei de arbitragem, eminentemente processual – não pode servir para revogar regras de direito material que exigem protecção de segredo ou confidencialidade. Será esse o caso, em arbitragens entre países ou de protecção de investimento, dos trabalhos prévios da celebração de tratados internacionais; e na ordem interna ocorre com segredos relativos à segurança do Estado, ou que visam proteger os cidadãos (segredo de justiça, segredo médico, segredo profissional, etc.). E, de novo, o princípio da publicidade que visa assegurar o interesse público (e não o interesse do público) não pode ser instrumentalizado servindo para violar segredos da parte privada, como sejam patentes e processos protegidos, segredos de fabrico e tecnológicos, fontes de programas informáticos, os quais sejam abertos pelas necessidades de um litígio arbitral que foi o método escolhido precisamente para reforçar tal protecção. Assim como a difamação, injúrias e calúnias devem – como qualquer acção criminalmente punível – evitar ser praticadas, pelo que os tribunais arbitrais devem ter o direito de reservar e proteger (designadamente não deixando circular informações para além dos mandatários das partes) contra riscos desse tipo quando seja necessário que o tribunal arbitral deles tome conhecimento.

E finalmente, para não prolongar excessivamente os exemplos, a regra do dever de respeitar o “princípio da publicidade” deve ser aplicada de uma forma que não seja desnecessariamente disruptiva do processo arbitral. Isso significa reservar, em primeiro lugar e em alguma medida, o direito de as partes de forma consensual definirem a fronteira do que seja reservado; depois também não negar ao tribunal arbitral o direito de disciplinar e organizar o desenvolvimento do processo. Por exemplo, o acesso do público ao espaço em que decorram audiências, ou seja a regra do *open court* típico dos tribunais judiciais, deve poder ser limitado pelo tribunal arbitral a pedido de qualquer das partes ou de *motu próprio*, e em todo o caso sempre com maior abertura à opção pelo encerramento das portas do que ocorre em tribunais judiciais.

## F. O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE COMO REGRA PROCESSUAL

Como atrás já referira, o n. 3 do art. 2º da Lei n. 13.129/2015 é uma norma adjectiva que visa assegurar, como tantas outras, uma finalidade substancial. Isso conduz a que tenha de ser objecto de limitações gerais e de excepções concretas. Mas se isso significa que não pode ser afastada uma

dose relativamente elevada de casuísmo, não deve ser tratado como se não fosse viável definir um conjunto de princípios concretos de aplicação, para o que também aqui a experiência internacional e alguns casos paralelos podem ser úteis.

Em primeiro lugar existem áreas em que parece que só de forma muitíssimo excepcional poderá ser limitado o princípio da publicidade. É o caso da revelação da existência do processo arbitral, das partes que estão em litígio, das normas aplicáveis ao caso, dos valores das pretensões apresentadas pelas partes, dos nomes dos árbitros que compõem o tribunal arbitral e dos advogados que representam a parte pública.

A sentença (ou sentenças) arbitral deve em princípio ser revelada, mas entendo que – a pedido de qualquer das partes – o tribunal terá o direito de fundamentadamente determinar que a revelação não seja integral para proteger alguns valores, direitos ou interesses legitimamente protegidos ou para evitar lesá-los.

As dúvidas começam a surgir com a revelação das peças processuais das partes e seus anexos. À luz da tendência crescente para a transparência em arbitragens de protecção de investimento, penso que a regra deve ser a divulgação, embora admita que a liberdade de conformação do tribunal a pedido de qualquer das partes deva ter uma latitude maior do que para limitar parcialmente a divulgação de sentenças arbitrais e o mesmo deve ocorrer com Ordens Processuais e outras decisões adjectivas do Tribunal.

A zona mais controversa será sem dúvida a das audiências. Entendo que o tribunal arbitral deverá ter poderes amplos, em nome do princípio da preservação da eficiência do procedimento, da liberdade das partes, de testemunhas e de peritos, e para disciplinar a audiência, para não aplicar o princípio do *open court* ou interromper a sua aplicação. Já a divulgação das transcrições da audiência ou da gravação áudio ou vídeo parece-me menos sujeita à discricção do tribunal pois – sobretudo se tiver lugar apenas após o final das audiências – não vejo que perturbe o funcionamento ou a eficiência do tribunal, pelo que a não aplicação do princípio da publicidade deverá ser concretizada de forma fundamentada e em função da ponderação dos interesses em presença e dos conflitos de direitos ou de deveres.

## G. CONCLUSÃO

As sociedades com uma forte cultura antropológica de raiz católica tendem a valorizar muito mais a lógica do segredo do que as de raiz luterana ou calvinista, desde logo pela forma como encaram a culpa e a relação com a divindade. Também as sociedades mais tradicionais são mais avessas a que se apliquem

regras de transparência e de publicidade nas relações humanas, sejam profissionais ou não.

A tendência para o escrutínio democrático e para a participação política, sobretudo numa época definida pela evolução das tecnologias da informação e a globalização instantânea das mensagens, é porém inevitável. O que provoca alguma confusão também inevitável, como em todas as situações de evoluções que o sentir das sociedades e dos detentores da informação não sentem nisso total necessidade.

O risco maior parece ser que a alteração normativa leve – qual pendulo – para um exagero oposto ao dos “*arcana*” que caracterizam as sociedades mais antigas. Ou seja, depois do excesso de confidencialidade pode inadvertidamente passar-se ao extremo oposto do excesso de publicidade<sup>27</sup>. Esse risco não é desejado pelo interesse público e pode e deve ser evitado.

Para isso, a exacta definição do que se significa o “princípio da publicidade” é a questão crucial. O meu contributo para o debate e reflexão é simples: deve otimizar-se um equilíbrio entre os valores da confidencialidade e transparência, sem prejuízo da prevalência do princípio da publicidade. Isso significa que a informação formal e oficial dos procedimentos arbitrais deve ser divulgada, mas que o limite da informação situa-se onde o interesse público passa a ser sobretudo o interesse do público e onde os valores tradicionais do *due process*, a eficiência do sistema arbitral e a própria defesa do interesse público levam a concluir que se não deve passar de um certo limite.

---

27 Como refere Ruth Teitelbaum, ob. cit. p. 62, “*To conclude, by giving the arbitral process features that render it more open to the public eye, the transparency movement may be glossing over the challenging question of where to draw the line between public and private adjudication. To determine what matters should be arbitrated in investment arbitration is a daunting task, but it is the real one facing us.*”