

COLEÇÃO PLMJ

100 ANOS DE ARBITRAGEM

OS CASOS ESSENCIAIS COMENTADOS

António Júdice Moreira · António Pedro Pinto Monteiro · Carla Góis Coelho · Carmen Baptista Rosa
Diogo Calado · Diogo Duarte Campos · Filipa Cansado Carvalho · Frederico Perry Vidal · Iñaki Carrera
João Ilhão Moreira · José Miguel Júdice · José Ricardo Gonçalves · Luis Castilho · Luis Pinto Monteiro
Manuel Cavaleiro Brandão · Manuel Lopes Rocha · Miguel Marques de Carvalho · Nuno Miguel Lourenço
Nuno Pimentel Gomes · Pacôme Ziegler · Pedro Caetano Nunes · Pedro Ferreira de Sousa
Pedro Metello de Nápoles · Pedro Vale Gonçalves · Rui Barroso de Moura · Rute Alves
Sara Estima Martins · Serena Cabrita Neto · Tais Issa De Fendi
Telma Pires de Lima · Tiago Duarte

PLMJ

SOCIEDADE DE ADVOGADOS, RL

AM PEREIRA, SÁRAGGA LEAL, OLIVEIRA MARTINS, JÚDICE
E ASSOCIADOS



AB VINO AD OMNES

Coimbra Editora

**ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO *ESSO AUSTRALIA
RESOURCES LIMITED AND OTHERS
V. THE HONOURABLE
SIDNEY JAMES PLOWMAN AND OTHERS***

JOSÉ MIGUEL JÚDICE

I) Identificação do acórdão

Tribunal: High Court of Australia

Data: 1995

Processo: F.C. 95/014

Partes: Esso Australia Resources Limited and others v. The Honourable Sidney James Plowman and others

Publicação: www.italaw.com

II) Enquadramento factual e sentido da decisão

1. Esta decisão marcante na história da arbitragem pode ser resumida da seguinte forma ⁽¹⁾: Estavam em curso duas arbitragens paralelas, no Estado australiano de Vitória, entre o grupo formado pela Esso e pela BHP e, do outro lado, duas entidades públicas. As arbitragens eram relativas a contratos de fornecimento de gás natural a partir do Estreito de Bass. Cada um destes contratos continha uma cláusula de revisão de preço. Devido à impossibilidade de acordo quanto a essa revisão, foi necessário recorrer à arbitragem. No decurso desse procedimento o Ministro da Energia, Sidney James Plowman, informou que tencionava revelar publicamente "*all the information disclosed by Esso/BHP in the arbitrations*". Como a matéria era altamente sensível (critérios para formação do preço, reservas existentes, margens de lucro, etc.),

⁽¹⁾ Para um excelente resumo do caso, ver Michael Pryles, "*Confidentiality*", in "*Leading Arbitrators Guide*"; págs. 415-427.

Esso/BHP opuseram-se e, após vários recursos judiciais, a questão foi decidida pelo *High Court of Australia*, a mais elevada instância judicial do País.

2. Na sua decisão, aprovada maioritariamente pelo *High Court*, o *Chief Justice* Mason (Mason CJ) concluiu que a confidencialidade não é um princípio inerente ao direito arbitral da Austrália e, mesmo que o fosse, não reveste natureza absoluta visto que, para além de exceções inevitáveis a tal hipotético direito, existem situações em que entidades públicas têm um dever de revelar o que ocorreu numa arbitragem (“*public interest exception*”).

3. Mason CJ começa por recordar que o recurso à justiça arbitral é o resultado de uma faculdade que as partes num contrato possuem de atribuir a juízes privados o direito de organizar os procedimentos, e nisso se inclui o respeito de uma intenção de privacidade (“*privacy*”) cabendo por isso ao tribunal arbitral decidir, designadamente, quem pode assistir às audiências. Mas *privacy* e confidencialidade não coincidem como conceitos jurídicos instrumentais e, mesmo que as partes expressamente o determinem, a confidencialidade não é exigível a terceiros como testemunhas que compareçam nas audiências e também não pode existir em situações como sejam o recurso a tribunais comuns para anulação de sentença arbitral, informações a prestar a companhias de seguros e nas contas das empresas, para determinar os ativos e responsabilidades que sobre eles podem existir ou — no caso de empresas cotadas em bolsas de valores — em função do que normas regulatórias imponham quanto a informação adequada aos acionistas e ao mercado de capitais ⁽²⁾.

Estas exceções existiriam sempre, e aliás não pareciam na altura ser controversas. O que provocou maior comoção foi a tese de Mason CJ de que há ainda a possibilidade de afastar a confidencialidade — mesmo que de origem contratual — com fundamento na *interest public exception* ⁽³⁾.

Realmente, como Mason CJ considerou que a confidencialidade não é um atributo essencial nas arbitragens comerciais ⁽⁴⁾, não aceitou que se possa

⁽²⁾ Ver por exemplo e sobre o mercado de capitais brasileiro, Eduardo Coes e Fernando Serec (SEBRAE/RJ), “*Confidencialidade de Arbitragem é relativizada*”.

⁽³⁾ Sobre o conceito de “*public interest*” ver, entre outros, Kyriaki Noussia — “*Confidentiality in International Commercial Arbitration*”, Springer, 2010, págs. 103-6.

⁽⁴⁾ “...I do not consider that, in Australia, having regard to the various matters to which I have referred, we are justified in concluding that confidentiality is an essential attribute of a private arbitration imposing an obligation on each party not to disclose the proceedings or documents and information provided in and for the purposes of the arbitration” (§35).

admitir que há um dever implícito de confidencialidade; sendo assim, a dificuldade que pudesse existir em definir com rigor quais seriam então as exceções concretas a esse dever não parece relevante. E, em qualquer caso, afirma com clareza que “*there may be circumstances, in which third parties and the public have a legitimate interest in knowing what has transpired in an arbitration, which would give rise to a ‘public interest’ exception*”⁽⁵⁾.

Por isso determinou que o Ministro Plowman poderia divulgar a generalidade da informação que pretendia.

III) Comentário

1. Um tsunami australiano

1.1. As reações

Ler este resumo vinte anos depois poderá levar alguns a pensar que nada justifica que uma decisão aparentemente tão óbvia mereça ser enquadrada nesta obra coletiva que afinal pretende incluir apenas marcos milenares da evolução da ciência e da prática arbitral.

E no entanto o relevo dado a esta decisão judicial é altamente merecido. Como escreveu Yves Fortier, “*The most proximate cause of the so called ‘uproar’ in the world of the international commercial arbitration ... is the April 1995 decision of the High Court of Australia in the case of Esso/BHP vs Plowman. (...) it crashed like a giant wave — a veritable Australian tsunami — on the shores of jurisdictions around the world*”⁽⁶⁾. E logo no final do ano de 1995 a revista onde em 1999 Fortier publicou este artigo convidou prestigiados arbitralistas para abordarem este “tsunami”, tendo então Hans Smit escrito de forma clara que “*a simple, plain rule, that arbitration proceedings were confidential, was inappropriate and clearly undesirable after the Esso Case*”⁽⁷⁾.

Em 1997 Eric Schwartz, a propósito do Regulamento da CCI que iria ser revisto no ano seguinte, recordava — inserindo-se assim numa linha de maior

⁽⁵⁾ Kyriaki Noussia fala mesmo de um “*positive duty to disclose information to the public*” por parte dos “*public actors*” — ob. cit. pág. 105.

⁽⁶⁾ “*The Occasionally Unwarranted Assumption of Confidentiality*”, in *Arbitration International*, vol 15, number 2 (1999), págs. 134-5.

⁽⁷⁾ Hans Smit, “*Confidentiality in Arbitration*”, 11-3 *Arb. Int’l*, 337, 339 (1995) apud Eleana Smeureanu — “*Confidentiality in International commercial arbitration*”, Wolters Kluwer, 2011, pág. xvii.

abertura à transparência — que “*there are increasing numbers of participants in the process that who question the conventional notion that, simply because it is private arbitration must be confidential*”⁽⁸⁾.

E a mesma ICC International Court of Arbitration, em 2009, publicou um suplemento especial do seu *Bulletin* sobre a confidencialidade alegadamente ainda motivado pelo decisão *Esso v Plowman*⁽⁹⁾.

Não é estranhar, por isso, que a expressão de abalo telúrico tivesse ficado bem viva. Sinais disso podem ser vistos na generalidade das monografias que sobre o tema foram escritos nos últimos 15 anos^{(10) (11)}.

Sobre este tema, como é natural, os autores dividiram-se. Mas curiosamente o que surpreende é que de um modo geral e crescentemente mais consensual, rapidamente se chegasse à conclusão oposta à que até 1995 prevalecia: a confidencialidade não é uma regra imanente à arbitragem, e por isso as partes que a desejam devem tratar de clarificar isso nos seus contratos⁽¹²⁾.

2. Confidencialidade e Transparência

É que durante décadas a confidencialidade era considerada, nas impressionantes palavras de Serge Lazareff, “a irmã gémea da arbitragem”⁽¹³⁾ ou, segundo

⁽⁸⁾ Eric Schwartz, “*Comments on the new 1998 ICC Rules of Arbitration*” in ICC International Court of Arbitration Bulletin, special supplement (1997), pág. 70.

⁽⁹⁾ “*The trigger [for the preparation of a comparative study on confidentiality by the ICC Arb Comission] was the extensive discussion of this issue in the arbitration community following the 1995 decision of the High Court of Australia in Esso v Plowman and the subsequent revival of interest provoked by the three Swedish decisions in the Bulbank case*” Antonias Dimolitsas, in “*Confidentiality in Arbitration*”, 2009 Special Supplement of the ICC International Court of Arbitration Bulletin pág. 5.

⁽¹⁰⁾ “*Esso/BHP v Plowman shocked the arbitration world and at the same time created a totally antipodean precedent by stating that documents or other evidence of the arbitral proceeding are unlikely to remain confidential unless this is expressly and particularly stipulate*” Kyriaki Noussia — ob. cit. pág. 130.

⁽¹¹⁾ “*A Tsunami over the shores: Tough the waters in the English Channel remain calm in the mid-nineteen-nineties, a tsunami was about to irreversibly shake the foundations of confidentiality in Australia. In Esso Australia Resources Ltd v Sidney James Plowman — a case later called the fiercest denial of the implied duty of confidentiality in arbitration ...*” Eleana Smeureanu, ob. cit., pág. 37.

⁽¹²⁾ Veja-se por todos, e antecipando a tendência já a partir da decisão do Appeal Division do Supreme Court de Vitória de 1992, Jan Paulsson e Nigel Rawding, “*The Trouble with Confidentiality*”, ICC International Court of Arbitration Bulletin, vol 5, n.º 1 (1994), págs. 48-59.

⁽¹³⁾ “*Confidentiality and Arbitration: theoretical and philosophical Reflections*”, ICC Bulletin 2009 Special Supplement, Confidentiality in Arbitration, págs. 81-93).

Eleana Smeureanu, “*a paramount issue in International commercial arbitration*”⁽¹⁴⁾, e continua ainda hoje a ser uma das principais razões que leva empresas a optar pela arbitragem para resolver os seus litígios⁽¹⁵⁾.

No entanto, e sobretudo desde 1995, a confidencialidade começou a ser questionada e suscitada a dúvida sobre se constitui uma boa regra, tendo passado a ser considerada por muitos que deve passar a ser a exceção à regra oposta da transparência⁽¹⁶⁾, pelo menos nas arbitragens de proteção de investimentos ou em todas as que no plano internacional tem um Estado como parte, como adiante se explicitará melhor⁽¹⁷⁾.

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.

⁽¹⁴⁾ “*Confidentiality in International commercial arbitration*”, citada, pág xvi (introduction).

⁽¹⁵⁾ 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 (apud Alice Remy, *L’Arbitrage International, entre Confidentialité et Transparence*, in *Master 2 de Droit Européen Comparé*, dirigé par M. Louis Vogel, 2013, pág. 16).

⁽¹⁶⁾ Por exemplo, 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*, in *The American Review of International Arbitration*”, vol 14, 2003, pág. 121).

⁽¹⁷⁾ Uma outra decisão seminal, por ter sido a primeira vez em que numa arbitragem de proteção de investimentos (no caso ICSID) foi com detalhe analisada a revelação de documentos por uma das partes durante o curso do processo, foi a *Procedural Order n.º 3*, em *Bewater Gauff v. Tanzania*, também considerado um exemplo importante na tentativa de encontrar um equilíbrio entre transparência e confidencialidade (ver Christina Knahr, “*Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration — The Bewater Gauff Compromise*”, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, págs. 97-118, Martinus Nijhoff Publishers (2007).

- 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 ⁽¹⁸⁾.

Mas também é possível elencar argumentos no sentido oposto, o da transparência como regra do sistema arbitral ⁽¹⁹⁾. 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 ⁽²⁰⁾.
- 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

⁽¹⁸⁾ Recentemente em *Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40) (Procedural Order No. on Provisional Measures, 4 March 2013) concluiu-se que “*although the ICSID Convention and Arbitration rules contain no general rule imposing a duty of confidentiality on the parties, arbitrating parties are bound by a duty of good faith not to exacerbate the dispute or affect the integrity of proceedings, and public statements by an arbitrating party may violate this duty*” (apud McNair Chambers 2013/2014).

⁽¹⁹⁾ 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.º 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, 1er Juillet 2012 numero 3, pág. 589.

⁽²⁰⁾ Por exemplo Jorge Miranda e Rui Medeiros, e com base no art 206.º da Constituição (in *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, pág. 119), afirmam que as “*as audiências dos tribunais arbitrais são, em princípio públicas, salvo quando o tribunal decidir o contrário, 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, o que me parece excessivo, mas a ponderar como cautela para evitar questões de constitucionalidade que os tribunais o refiram explicitamente na acta de constituição do tribunal ou de outro modo.

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.

3. *A public interest exception*

Perante estas duas tendências é possível afirmar que a generalidade dos autores se inclina para soluções intermédias, em todo o caso com a tese da transparência a ganhar terreno nas últimas décadas. Esta conclusão pressupõe assim que, pelo menos, existem exceções à regra da confidencialidade, como atrás referido, em situações em que isso se impõe pelo respeito a normas legais ou regulamentares aplicáveis ou para a defesa de uma das partes, como é o caso de ações de impugnação (*set aside*) de sentenças arbitrais.

O que se justifica analisar não é pois a tendência — que parece consensualizada — para soluções intermédias nas arbitragens comerciais. De facto não existem defensores de uma regra de equiparação absoluta da justiça arbitral comercial à justiça comum em nome de uma hipostasiação do valor da transparência, assim como não existem autores a lutar pela absoluta confidencialidade, sem limites nem exceções ⁽²¹⁾.

Parafraseando uma célebre frase de Oscar Wilde sobre a sua própria morte, que fora anunciada pela imprensa, é assim de concluir 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 ⁽²²⁾.

⁽²¹⁾ Como é evidente e não existindo (com exceção das arbitragens ICSID) arbitragens deslocalizadas do direito nacional aplicável (em especial para este efeito o direito processual obrigatório do lugar da sede do tribunal), e sendo a grande generalidade delas enquadradas em instituições com as suas regras ou aplicando-se regras internacionais à administração dos processos, como é o caso das regras UNCITRAL, haverá sempre que ponderar estas conclusões a essa luz.

⁽²²⁾ “*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., pág. 50).

O que deve pois ser analisado com mais detalhe é a tendência que nasceu em *ESSO v Plowman* de ponderar a aplicação da *public interest exception* ⁽²³⁾ no arsenal de elementos a integrar na reflexão. Foi precisamente nesse âmbito que a evolução foi mais intensa, podendo falar-se — do ponto de vista dos defensores da transparência de um “*tremendous success*” ⁽²⁴⁾.

E de facto para resumir apenas alguns dos marcos milenares internacionais nessa caminhada em direção a maior transparência ⁽²⁵⁾ — realçando apenas o movimento de regulação internacional do tema — é possível citar, para além das alterações às *ICSID Rules* de 2006 ⁽²⁶⁾, as *UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration* de 2013 ⁽²⁷⁾, e mais recentemente já em 2015 a denominada *Mauritius Convention (United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration)* ⁽²⁸⁾ que foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Dezembro de 2014. Também de enorme importância científica foi a publicação de um notável relatório na *Hague Conference* de 2010, realizada sob os auspícios da *International Law Association*, intitulado “*Confidentiality in International Arbitration*” ⁽²⁹⁾ em que é feito o ponto de situação desde *Esso vs Plowman* no que se refere a leis nacionais, regulamentos de centro de arbitragem e se enumeram e analisam as principais “*issues*” sobre o tema, terminando com

⁽²³⁾ Sobre “*disclosure in the public interest*” ver, entre outros, Elena Smeureanu, ob. cit., pág. 114-121.

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

⁽²⁵⁾ Ver a este propósito, também, UNCTAD — United Nations Conference on Trade and Development — “*Transparency*”, United Nations, 2012.

⁽²⁶⁾ Disponíveis em https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf

⁽²⁷⁾ <http://www.sccinstitute.com/filearchive/4/46484/pre-release-UNCITRAL-Rules-on-Transparency.pdf>; e ver também trabalhos realizados no âmbito do Working Group II UNCITRAL http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/2Arbitration.html

⁽²⁸⁾ Disponíveis em http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html

⁽²⁹⁾ Disponível em https://www.google.pt/search?q=Confidentiality+in+International+Arbitration&oq=Confidentiality+in+International+Arbitration&aqs=chrome.69i57j0l5.309j0j4&sourceid=chrome&es_sm=93&ie=UTF-8#q=International+Law+Association+Confidentiality+in+International+Arbitration

“*findings and recommendations*” que podem ser assumidas como projeto de *soft law* na matéria.

4. O caso português e brasileiro

Também em Portugal esta tendência se começou a fazer sentir. A Lei de Arbitragem Voluntária, de Dezembro de 2011, determina a existência de um dever de sigilo que tem como sujeito passivo os árbitros, as partes e as entidades que promovam de forma institucional a realização de arbitragens, mas isso “*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*”⁽³⁰⁾. 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*”.

O novo Regulamento do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (a instituição líder em Portugal) de 2014 vai mais longe do que a Lei e no seu art. 41.º, 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*”⁽³¹⁾.

E muito recentemente a revisão da Lei de Arbitragem brasileira⁽³²⁾ veio consagrar o princípio da publicidade nos seguintes termos. “*A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade*”⁽³³⁾.

5. A questão das arbitragens de protecção de investimento

O que no entanto talvez tenha explicado mais a comoção é a circunstância conhecida dos sistemas da *common law* não conhecer como ocorre nos de *civil*

⁽³⁰⁾ Art. 30, n.º 5.

⁽³¹⁾ 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.*

⁽³²⁾ Lei n.º 13.129, de 25 de Maio de 2015.

⁽³³⁾ Artigo 2.º §3.º

law a marcada distinção entre arbitragens comerciais e públicas. As arbitragens no caso da ESSO seriam consideradas públicas em países como Portugal ou Brasil. Ora isso torna a exceção do “*public interest*” mais fácil de entender, o que talvez justificasse que ao menos os autores que abordaram o tema e sejam oriundos de jurisdições de *civil law* tivessem “descomplicado” o tema. Realmente poderiam ter realçado que a preocupação implícita de Mason CJ residia precisamente no facto do princípio da transparência dever ser mais forte, hoje dir-se-ia muito mais forte, quando estejam em jogo questões de interesse público, como naturalmente ocorre com arbitragens em que estejam diretamente envolvidas entidades estatais ⁽³⁴⁾.

O que aliás bem se compreende. A tendência para o escrutínio democrático e para a participação política, sobretudo numa época definida pela evolução das tecnologias da informação e pela globalização instantânea das mensagens, é inevitável. Durante algum tempo foi dominante a tendência para tentar “parar o vento com uma peneira”, resistindo ao movimento da transparência em nome de uma espécie de sacrossanto princípio da confidencialidade que, como vimos, desde 1995 pelo menos era muito discutível ⁽³⁵⁾ ⁽³⁶⁾.

⁽³⁴⁾ Nesse sentido, aliás, Kyriaki Noussia, *ob cit.*, pág. 103-4. Mas também pode ocorrer uma situação de *public interest exception* em arbitragens entre entidades privadas (ver, por todos, Joyiyoti Misra and Roman Jordans, “*Confidentiality in International Arbitration*”, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 2006, Volume 23 Issue 1, pp. 45-6; e Valéry Denoix de Saint Marc, “*Confidentiality of Arbitration and the Obligation to Disclose Information on Listed Companies or During Due Diligence Investigations*”, 20 *J. Int'l Arb.* 211 (No. 2, 2003).

⁽³⁵⁾ “*One of the biggest challenges in investor — State dispute settlement in the last decade has been the demand for greater transparency and the implementation of government initiatives responding to that demand. The need for enhanced transparency is so obvious to many contemporary observers that the only mystery is why it has taken so long to address this issue. The main explanation appears to lie in the strong influence of private commercial arbitration on the investor-State process*” (Meg Kinnear, “*Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement*”, in Symposium co-organised by ICSID, OECD and UNCTAD making the most of International investment agreements, Paris, 2005, disponível em www.oecd.org/dataoecd/16/25/36979626.pdf).

⁽³⁶⁾ Não foi seguramente por acaso que o Presidente do STJ português escolheu uma intervenção no Congresso do Centro de Arbitragem Comercial da CCIP, em 11 de julho de 2014, para dizer: “*a regra da ausência de publicidade no processo arbitral — salvo talvez circunstâncias muito específicas nos casos de litígios que envolvam segredos próprios das relações económicas — não parece respeitar um elemento essencial do due process. A publicidade constitui um elemento central do exercício da função jurisdicional — e a justiça arbitral participa do exercício da função jurisdicional; a independência, a impar-*

Uma área onde a tese da resistência à mudança foi prejudicial ocorreu no âmbito das arbitragens de proteção de investimentos, que são públicas — dir-se-ia que axiomáticamente ⁽³⁷⁾. Foram os riscos de tal resistência que seguramente geraram a convicção da necessidade de criar instrumentos de regulação da comunidade internacional, como são os três documentos já mencionados e criados no âmbito do Banco Mundial e das Nações Unidas. O que no entanto não impediu que o movimento de recusa de arbitragens internacionais contra Estados não continue a usar a tese da falta de transparência como um argumento nuclear.

O que no entanto não impede que se acompanhe a opinião dissidente de Brennan J, na sentença *Esso/Plowman*, quando realça que “[t]he duty to convey information to the public may not operate uniformly upon each document or piece of information ... Performance of the duty to the public is unlikely to require the revelation of every document or piece of information. It may be possible to respect the commercial sensitivity of information contained in particular documents while discharging the duty to the public and, where that is possible, the general obligation of confidentiality must be respected”.

Kyriaki Noussia tem assim razão quando considera que “work lies ahead, for courts and arbitral tribunals [for] refining the notion of what it is of ‘legitimate public interest’” ⁽³⁸⁾.

6. Conclusão

Paul Hazard, célebre historiador da cultura do século passado, escreveu que a verdadeira Revolução Francesa ocorreu muito antes do momento em que os historiadores mencionam: a revolução nasceu quando os franceses deixaram de pensar como Bossuet e passaram a pensar como Voltaire.

cialidade do juiz e a publicidade das audiências constituem imposições internacionais e das constituições democráticas, podendo ser assimilados a princípios de ordem pública internacional”.

⁽³⁷⁾ “... investor-State arbitration might raise questions of significant public importance and political accountability. They might raise issues relating to public health, protection of the environment, control of natural resources” (David Cairns, “Confidentiality and State Party Arbitrations”). Ver também o capítulo da obra já citada de Elena Smeurcanu intitulado “An end to confidentiality? The recent trends towards greater transparency in ICSID Arbitration”, págs. 93-114.

⁽³⁸⁾ Ob. cit., pág. 105.

Nesse sentido, a decisão de Mason CJ marca a viragem no sistema da arbitragem internacional, sobretudo quando entidades públicas estão envolvidas. Como no mundo da diplomacia os “arcana” e as cláusulas secretas dos tratados desapareceram no Século XX devido aos efeitos nefastos que causavam, também o movimento para a transparência na arbitragem de direito público não vai parar. Agora a questão é outra: quais os limites, as regras e as condições do afastamento da confidencialidade e para isso outros acordãos serão relevantes.