

Confidencialidade e Transparência em Arbitragens de Direito Público

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 inquestionável¹. Talvez por isso era pouco estudada, ao ponto de alguns autores considerarem que ela era uma característica imanente e nuclear do sistema². Ao longo dos anos 90 do século passado um conjunto de decisões desencadeou o início de um debate ainda hoje não encerrado³.

* Sócio Fundador e Coordenador de PLMJ Arbitragem, membro da Corte Internacional de Arbitragem da CCI (2009-15), Professor Associado Convidado da Universidade Nova de Lisboa e Presidente do Centro de Arbitragem da CCIP (Lisboa). O artigo beneficiou, na investigação e recolha documental, da ajuda de João Ilhão Moreira, membro da equipa de PLMJ Arbitragem.

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, pág. 1256. E em 2010 essa ausência de estudos era reconhecido no relatório *Confidentiality in International Commercial Arbitration* elaborado sobre os auspícios da *International Law Association*, no âmbito da Conferência de Haia nesse mesmo ano e apenas tendo em vista arbitragens comerciais: *For many years commercial arbitration participants assumed that arbitration was confidential. While neither statutes, judicial decisions, procedural rules, treatises nor contracts precisely or comprehensively defined the contours and limits of this confidentiality, there was widespread acceptance of a generalized confidentiality principle. Many have long considered confidentiality to be a desirable feature of arbitration and one that distinguishes it from court litigation.*

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

³ Foi o caso em especial de *ESSO, Australia Resources Ltd v Plowman* (1995) e *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd v A.I. Trade Finance Inc.* (2000), adiante referidas.

É verdade que não é possível afirmar que existe uma regra internacional (ou um conjunto de regras que no seu conjunto geram uma densidade normativa internacional) que estabeleça uma relação entre arbitragem e confidencialidade⁴. Como escreveram Jan Paulsson e Nigel Rawding, já em 1994, e apesar de serem favoráveis à confidencialidade como regra, “*a general obligation of confidentiality cannot be said to exist de lege lata in international arbitration. At best is a duty in statu nascendi*”⁵. Seja como for, alguns estudos feitos demonstram que os utilizadores consideram ser essa uma das principais (se não mesmo a principal) razões para o recurso a este método de resolução alternativa de litígios⁶.

No entanto nos últimos anos a confidencialidade começou a ser questionada e crescentemente suscitada a dúvida sobre se constitui uma boa regra. Para alguns deve passar a ser a exceção⁷, pelo menos nas arbitragens de proteção 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 confidencialidade⁸.

⁴ Um exemplo de escola é uma decisão do Supremo Tribunal Sueco (*Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd v. Al Trade Finance Inc.*, caso n.º T1881-99 de 27 de Outubro 2000), que de forma perentória concluiu que não existe um dever implícito de confidencialidade no sistema arbitral, ou seja que se aplique mesmo sem ou contra a vontade das partes. Esta sentença confirma outra de 1995, no mesmo sentido, oriunda do mundo da *common law* (*Esso Australia Res. Ltd. V. Plowman*) que afirmou que a confidencialidade não é atributo essencial da arbitragem.

⁵ *The trouble with confidentiality in The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol 5, n.º1, May 1994, pag 48.

⁶ Segundo um inquérito realizado em 2010 (*International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*, White & Case, Queen Mary University of London 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*, dirige par M. Louis Vogel, 2013, pág. 16); já antes disso um relatório equivalente elaborado pela mesma Universidade e pela PWC, acessível em http://www.pwc.co.uk/eng/publications/International_arbitration.html/ navegava nas mesmas águas.

⁷ 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, in The American Review of International Arbitration*”, vol 14, 2003, pág. 121).

⁸ “*Não é de interesse público obrigar que toda e qualquer arbitragem respeite o princípio da publicidade. Na verdade, o que impera na arbitragem é a autonomia da vontade*” (Marcos Franco Montoro, Tese de Doutoramento, A Flexibilidade do Procedimento Arbitral, pág. 208).

- 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 caráter 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.
- g) A maior probabilidade de que a sentença que condene seja cumprida voluntariamente se não circular a informação de tal incumprimento, e aliás para a evitar, visto que a execução de sentenças arbitrais é evidentemente pública.

Mas também é possível elencar argumentos no sentido oposto, o da transparência como regra do sistema arbitral⁹. Entre eles:

- a) A transparência é um corolário do caráter jurisdicional da arbitragem devendo ser a esse título tratada como se de um tribunal estatal se tratasse¹⁰.
- b) A transparência é co-natural ao princípio democrático e permite aumentar fortemente as garantias de imparcialidade.

⁹ Como exemplo de um excelente argumentário, veja-se Juan Fernandez-Armesto, *The Time has come: a plea for abandoning secrecy in Arbitration* (*Cahiers de l'Arbitrage*, ler 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*, ler Juillet 2012 n° 3, p.589).

¹⁰ Por exemplo Jorge Miranda e Rui Medeiros e com base no art 206º da Constituição (in *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, pág. 119) afirmam que “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. Também recentemente o Presidente do STJ declarou no encerramento do VIII Congresso do Centro de Arbitragem da CCIP: “Por isso, 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 imparcialidade do juiz e a publicidade das audiências constituem imposições internacionais e das constituições democráticas, podendo ser assimilados a princípios de ordem pública internacional. Mesmo considerando a vontade das partes, quando a relação não seja simétrica, só a discussão da causa “publicamente” assegurará o respeito do princípio do processo equitativo”.

- 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.
- f) Muitas vezes é vital para o interesse de algumas das partes¹¹, constitui uma imposição de entidades reguladoras¹² e outras ou é essencial para o mercado de referência como forma de assim se evitarem litígios ou facilitar a atuação em outros¹³.

Perante estas duas tendências é possível afirmar, como a seguir se verá, 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.

Tem por isso razão Alice Remy quando escreve¹⁴ 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 direções 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 desenvolvem com grande detalhe Michael Hwang¹⁵ e o relatório da *International Law Association, Confidentiality in International Commercial*

¹¹ Ver por ex. Jan Paulsson, ob cit, pág 49, por exemplo quando a arbitragem é resultado de uma diminuição de rendimento por alegado incumprimento de um contrato.

¹² É o caso de sociedades cotadas em bolsa que devem revelar eventos importantes. Ver por todos Fernando Serec e Eduardo Coes, in <http://www.conjur.com.br/2010-set-13/confidencialidade-arbitragem-relativizada-mercado>.

¹³ É o caso, por exemplo, de documentos obtidos numa arbitragem contra um dono de obra que são essenciais para futuro litígio do empreiteiro contra um sub-empreiteiro.

¹⁴ Ob. cit.pág.5.

¹⁵ In *Selected Essays on International Arbitration*, SIAC 2013, e quanto aos centros de arbitragem em especial no gráfico das páginas 142-3. A obra está disponível online em http://www.transnational-dispute-management.com/downloads/MH_Selected-Essays_on_IA.pdf.

*Arbitration*¹⁶, 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 arbitral¹⁷, as que se 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 diversa¹⁸, e as que pelo contrário tendem a valorizar a transparência e a publicidade, considerada como regra exceto se as partes decidirem de outro modo¹⁹. 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 conformação²⁰.

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 litígios²¹, quando uma das partes exerce o direito de recurso aos tribunais judiciais²², para corresponder a exigências legais ou de entidades regulatórias ou equivalentes²³ 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 aspetos que não são passíveis de revelação (ou pelo menos em que o tribunal arbitral a pedido de uma das partes assim o determine)²⁴.

No mundo da *common law*, *John Forster Emmott v Michael Wilson & Partners Ltd*²⁵ é sem dúvida uma decisão seminal para o tema, não apenas porque reafirmou o

¹⁶ Ob cit, págs. 5-10 e os gráficos das págs. 22-8.

¹⁷ É o caso da Lei Modelo e das Regras UNCITRAL.

¹⁸ É o caso da lei da Nova Zelândia e das regras do Dubai International Financial Centre.

¹⁹ É o caso da Suécia, Austrália e Estados Unidos

²⁰ Em todo o caso a generalidade das instituições arbitrais, como é o caso da LCIA (que o reafirmou no art 30 das novas regras que entram em vigor em Outubro de 2014), 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, pág 143-4). Ver também Alice Remy, ob. Cit. pág. 22 e segs 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.

²¹ Por exemplo nos litígios em que seja parte uma sociedade listada numa bolsa de valores

²² Como ocorre em ações de anulação de sentenças arbitrais ou de reconhecimento e confirmação de sentenças arbitrais estrangeiras ou em requerimento de medidas liminares.

²³ Ver por ex. *International Law Association*, cit, pág. 16

²⁴ 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.

²⁵ [2008] EWCA Civ 184; [2008] Bus LR 1361.

caráter implícito do dever de confidencialidade já existente na lei inglesa, mas sobretudo porque tendo analisado com detalhe a questão influenciou tribunais e doutrina em vários países, criando de certa forma um modelo normativo²⁶.

Já no mundo da *civil law* merece realce o sistema da lei francesa depois da recente alteração de 2011 (Décret 2011-48 de 13 de Janeiro) que estabelece o princípio da confidencialidade para as arbitragens internas, mas não faz o mesmo para as internacionais²⁷.

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 de confidencialidade²⁸, 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”²⁹. Em todo o caso, o sistema ICC preocupa-se com a eficácia dos

²⁶ Segundo Michael Hwang (ob. cit. pág. 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.*
- 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 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 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 interest of an arbitrating party; and*
 - iv) *The public interest or the interests of justice require disclosure.*

²⁷ A lei afastou-se assim de uma tendência mais radical a favor da confidencialidade que teve seu expoente na célebre decisão da Court d’Appel de Paris, em 1986, no caso *Aita v. Offeh* (ver 1986 *Révue de l’Arbitrage*, 583, apud Jeffrey W Sales, *Solving the arbitral confidentiality conundrum in International Arbitration*, pág. 6).

²⁸ 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., pág. 28).

²⁹ “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.

tribunais arbitrais e nesse sentido o art. 21 (3) determina que as audiências devem realizar-se em privado.

Em Portugal a Lei da Arbitragem Voluntária, de Dezembro 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, “*sem prejuízo do direito de as partes tornarem públicos os atos processuais necessários às defesas dos seus direitos e do dever de comunicação ou revelação de atos 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*”.

Entretanto entro 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*”, tona como regra que são públicas as sentenças arbitrais em que uma parte seja “*O Estado ou outra pessoa coletiva de Direito Público*”³¹.

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 confidencialidade³² e uma regra oposta para favorecer a publicidade nas arbitragens em que são partes Estados, designadamente nas arbitragens de proteção 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, e também por um conjunto de razões:

³⁰ Art. 30, nº 5 (e anotação de Ribeiro Mendes em *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, Almedina, 2012, pág. 64).

³¹ 1- *a sentença arbitral sobre litígios em que uma das partes seja o Estado ou outra pessoa coletiva 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 Embora seja prudente que, se e quando as partes antecipam que a confidencialidade pode ser importante do ponto de vista estratégico, regulem a matéria na cláusula arbitral ou que selecionem regras de instituições atribuam à confidencialidade um valor que não depende da vontade comum das partes e da discricionariedade dos tribunais arbitrais. Como se refere em *International Law Arbitration*, cit. pág. 19, “*As a result, in relation to the majority of international arbitrations it will be impossible, or imprudent, to take for granted that an obligation of confidentiality exists. To this of course must be added the problem of enforcement of any obligation which may be held to exist*”.

- 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 dos 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, que foram atrás mencionadas, são mais patentes e disruptivas no caso de arbitragens em que são parte Estados.

A realidade actual, tal como definida por Michael Hwang³³, 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 confi-

³³ E, no mesmo sentido, ainda que transpirando alguma preocupação, veja-se por exemplo Michael Pryles (In *Leading Arbitrator’s Guide*, pág. 467-8): 1. Confidentiality in arbitration drives 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 this 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.

deniality and the exact scope of that expectation 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 recognized. 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.

(g) It may be thought that the remarks of Thomas and Collins LJ, 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 purposed 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 ³⁴

Como referiu Ruth Teitelbaum ³⁵, *"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 artigos 1º, nºs 2, 4 e 7, o art. 3º, nºs 1 a 3, o art. 4º, nº 1, o art. 6º, nºs 1 a 3 e o art. 7º nºs 1 e 2, que

³⁴ *"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. pag. 50).

³⁵ *In A Look At The Public Interest In Investment Arbitration: It Is Unique? What Shoul we Do About It?* (BERKELEY J. INT'L L. PUBLICIST [Vol. 5], 2010, pág. 54)

pela sua importância se reproduzem³⁶. Mais uma vez a UNCITRAL 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.

³⁶ *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 Rules on Transparency and the applicable arbitration rules, the Rules on Transparency shall prevail. Notwithstanding any provision of 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 note of arbitration, the statement of claim, the statement of defence and any other 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 his 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 paragraph 1 or 2 above. This may include, for example, making such documents available at a specific 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, paragraph 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.*

C. O caso brasileiro³⁷

Parece pois justificado a todos os títulos que o Estado Português se auto-vincule a regras de transparência em arbitragens de direito público. Para tal efeito é talvez interessante analisar com algum detalhe um recente projeto de revisão da Lei de Arbitragem brasileira (LAVB), cuja iniciativa nasceu no Senado brasileiro (Projecto de Lei 406 de 2013). Esta análise tem também como objetivo contribuir para a reflexão de *iure constituendo*.

Nesse projeto inclui-se um novo parágrafo para o artigo 2º da LAVB: “§ 3º As arbitragens que envolvem a Administração Pública serão sempre de direito e respeitarão o princípio da publicidade”.

Com esta alteração, se aprovada³⁸, o legislador brasileiro optará por uma das mais avançadas soluções no sentido da transparência do sistema arbitral e fá-lo-á 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”, incluindo-se no âmbito subjetivo de aplicação da norma todos os níveis da organização da administração pública brasileira (nível federal, estatal e municipal).

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, como são definidas no Brasil 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.

3. The arbitral tribunal shall make logistic 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 16.

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) 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.

³⁷ Este capítulo é uma adaptação de um ensaio que o autor elaborou para obra coletiva sobre a revisão da lei da arbitragem brasileira, ainda no prelo na altura da elaboração deste texto.

³⁸ Foi entretanto aprovada e é lei brasileira.

Para encontrar uma resposta do ponto de vista do direito arbitral, importará tentar perceber se a *ratio legis* fica alterada, ou se mantém, pelo facto de se passar da administração direta para a administração indireta do Estado através de um modelo autárquico. Em minha opinião, as razões que justificam a transparência mantêm-se em toda a sua plenitude, pelo que não parece justificar-se que seja feita uma interpretação restritiva do conceito de “*administração pública*” para excluir do dever de publicidade as agências e outros entes incluídos na administração descentralizada e autónoma do Estado (*autárquicos* na terminologia brasileira).

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 artigo 2º do Projecto do Senado 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 concessionárias³⁹, mas também pela diferença de natureza. Em todo o caso, e quando muito, talvez possa fazer sentido aplicar o regime da publicidade para litígios entre concessionárias e subconcessionárias, visto que por vezes devido ao regime legal ou contratual das concessões daí podem resultar efeitos na esfera da administração pública, como seja densificar o fundamento para pedido de reequilíbrio financeiro.

D. O âmbito de aplicação objectiva de uma regra de publicidade

Se e quando o legislador português entender criar uma norma geral que concretize o princípio da publicidade nas arbitragens com parte ou partes públicas, que este ensaio visa motivar a que aconteça⁴⁰, entendo que o âmbito subjetivo atrás referido por referência à solução brasileira se deve aplicar. Não creio que seja matéria que provoque polémica ou exija muita reflexão teórica.

³⁹ Em meu entender a mesma resposta se deve aplicar a entidades com poderes delegados de regulação de profissões, como acontece com a Ordem dos Advogados do Brasil.

⁴⁰ Infelizmente não se aproveitou a revisão do Código do Processo nos Tribunais Administrativos, em curso na ocasião da redação deste texto, para legislar sobre transparência e confidencialidade nos processos arbitrais, apesar da proposta se ter ocupado também da temática arbitral. Realmente o artigo 185 – B limita-se a prever a publicação “*em base de dados*” das decisões arbitrais transitadas em julgado.

No entanto e quanto ao âmbito de aplicação objetiva do normativo a criar (qual o sentido do dever de respeitar o “*princípio da publicidade*”) convirá averiguar se devem ou não admitir-se limites e exceções à sua aplicabilidade.

Para tal reflexão convém ter presente que a *ratio legis* da norma não pode ser prejudicar, antes acentuar, a defesa do interesse público, evitando situações que mantidas secretas teriam como resultado prejuízos e suspeições. Por isso a sua adequada redação e interpretação 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.

E, embora num sentido diverso, 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 fator limitador do exercício dos seus direitos processuais.

Também por isso, não penso que a norma a legislar deva criar alguma recusa da relevância da clássica regra da confidencialidade nas arbitragens. O que é preciso é apenas comprimir tal regra na estrita medida que seja necessária para acomodar outro princípio também estruturante. Por isso a única condição quanto à regra da confidencialidade deverá ser o que possa afetar a defesa das finalidades essenciais que justificam a norma legal. Ou seja, deve continuar a valoração da importância da confidencialidade, exceto se e na medida em que daí decorra uma afetação 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 legislador, o intérprete e o aplicador da lei devem sempre ter em vista esse esforço de otimização.

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 em análise. Ou seja, quando se cria uma norma legal e depois se interpreta deve procurar-se para ela um sentido que otimize 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 coli-

dir outra estrutura de deveres, com o que entramos no complexo e estimulante mundo dos conflitos de deveres jurídicos.

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

No concreto, e por exemplo, o princípio d publicidade não pode ser legislado e depois 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 norma ou sua 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 aspetos menos prováveis de corresponderem à mais correta interpretação dos factos relevante; 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 seleção de árbitros, máxime do co-árbitro nomeado pelo Estado (e do Árbitro Presidente), fosse sujeito a escrutínio público prévio, caderno de encargos, recurso de “candidatos” não escolhidos, pois isso afetaria de forma quase inevitável a independência e a imparcialidade do árbitro, para já não falar da sua *gravitas* e *auctoritas*⁴¹ o que é um valor nuclear do sistema jurisdicional e até com dignidade constitucional.

⁴¹ Com grande probabilidade árbitros experientes e competentes recusariam submeter-se ao que facilmente poderia descambar para uma espécie de ordália.....

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, proteção do ambiente e do património cultural), nos quais a consciência social é muito forte contra quem os violou, ao ponto de fazer entrar em crise o princípio do *fair trial*. Para já não falar de riscos de pressão sobre o tribunal arbitral pelo excesso de publicidade.

Também o princípio da publicidade – que é iminentemente processual – não pode servir para revogar regras de direito material que exigem proteção de segredo ou confidencialidade. Será esse o caso, em arbitragens entre países ou de proteção 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 proteção. Assim como a difamação, injúrias e calúnias devem – como qualquer ação 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 proprio*, e em todo o caso sempre com maior abertura à opção pelo encerramento das portas do que ocorre em tribunais judiciais⁴².

⁴² Discordo por isso frontalmente da tese que resulta da comunicação do Presidente do STJ já citada. Outra coisa será – e já é usado em algumas arbitragens de proteção de investimento sujeitas às

E. O princípio da publicidade como regra processual

Como atrás já referira, entendo que o princípio da publicidade nas arbitragens de direito público deve ser legislado como regra processual, embora vise assegurar, como tantas outras, uma finalidade substancial. Isso conduz a que tenha de ser objeto de limitações gerais e de exceções concretas. Mas se isso significa que não pode ser afastada uma dose relativamente elevada de casuísmo, na sua interpretação futura (e não se cair na tentação de densificar em excesso a norma legal), não deve ser isso razão para que pense que não é aconselhável ou 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 excecional 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 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 proteção 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 adjetivas 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 da transcrição das audiências ou da gravação áudio ou vídeo parece-me menos sujeita à discricção do tribunal pois – sobretudo se tiver lugar apenas após o final da audiência – não vejo que perturbe

regras UNCITRAL – gravar em áudio ou até em vídeo as audiências que depois ficam acessíveis no website da instituição que as administra. Particpei pessoalmente como presidente de um tribunal arbitral na aplicação deste procedimento em 2013 e nenhum problema ocorreu com essa decisão aliás consensualizada com as partes.

o funcionamento ou a eficiência do tribunal, pelo que a não aplicação do princípio da publicidade deverá ser concretizada de forma fundamentada em função da ponderação dos interesses em presença e dos conflitos de direitos ou de deveres.

F. 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 em que a evolução das tecnologias da informação e a globalização instantânea das mensagens são evidentes, é porém inevitável. O que provoca alguma confusão, como em todas as situações de evoluções em que o sentir das sociedades e dos detentores da informação não coincidem pelo menos completamente.

O risco maior parece ser que a alteração normativa leve – qual pêndulo – 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 publicidade⁴³. Esse risco não é desejado pelo interesse público; pode e deve ser evitado.

Para isso, a exata definição do que significa o “*princípio da publicidade*” é a questão crucial. Em minha opinião 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 levem a concluir que se não deve passar de um certo limite.

Lisboa, Agosto de 2014

⁴³ Como refere Ruth Teitelbaum, ob. Cit. pág. 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.*”

