



Maria dos Santos Almeida Antunes

Confidencialidade na Arbitragem.

Janeiro de 2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Maria dos Santos de Almeida Antunes

Confidencialidade na Arbitragem

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra para obtenção do grau de Mestre em Direito na Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses.

Orientadora: Professora Doutora Sandra Passinhas

Coimbra, 2017

Agradecimentos

*“Aqueles que passam por nós,
não vão sós, não nos deixam sós.*

Deixam um pouco de si, levam um pouco de nós.”

Saint-Exupéry

Surge agora a oportunidade de demonstrar o meu agradecimento e gratidão a todos aqueles que, ao longo deste percurso, me apoiaram e incentivaram de forma tão constante e persistente.

Como não podia deixar de ser, agradeço àqueles que contribuíram, de forma activa e incansável, para a minha formação enquanto pessoa e que, em momento algum, permitiram que duvidasse e esquecesse o seu empenho e amor. Aos meus Pais.

Ao meu Irmão Manel que, de maneira bem diferente e talvez peculiar, me ajudou a crescer e me incentivou a ser quem sou.

À Tia Dete, ao Tio Palha e à Eva que sempre me acompanharam em todas as fases da minha vida a quem muito agradeço a preocupação e o carinho.

Às minhas amigas e amigos que me proporcionaram momentos que já mais esquecerei, com quem cresci e com quem muito aprendi.

Ao Lucas, que ao longo dos últimos quatro anos sempre me ajudou, incentivou, apoiou e aconselhou, estando presente em todos os momentos e vicissitudes. Obrigada.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que me ensinou a necessidade e importância do esforço e da dedicação e o valor “do saber”.

Não posso, aqui, deixar de agradecer à Sra. Dra. Sandra Passinhas que despertou em mim o gosto pelo tema que trato nesta dissertação e pela disponibilidade que sempre mostrou enquanto Professora e Orientadora. Ao Sr. Doutor Miguel Mesquita pela dedicação para com os seus alunos e pela qualidade incontornável do seu ensino e que, por estes motivos, marcou o meu percurso académico.

A Coimbra, por me ter ensinado verdadeiro significado do *fado*, da *saudade*, das *capas negras* e da *tradição*.

O meu muito Obrigada.

Resumo

Surge agora a oportunidade de, sem desnecessárias delongas, apontarmos alguns elementos relevantes do nosso tema. Pretende-se aqui tratar, especificamente, da questão da confidencialidade no âmbito da arbitragem voluntária. Neste sentido, optamos, numa fase inicial, por caracterizar genericamente a realidade arbitral para posteriormente incidirmos sobre o desenvolvimento do seu procedimento à luz da Lei da Arbitragem Voluntária (Lei nº 63/2011, de 14 de Dezembro, – doravante LAV - referindo significativas alterações por ela introduzidas face à Lei nº 31/86, de 29 de Agosto.

Assimilados os contornos da lide arbitral, o foco direcciona-se para a questão da confidencialidade. Aqui, pretende-se aludir à sua génese, objecto, conteúdo e vicissitudes que dela emergem. Não perdendo de vista o instituto da arbitragem em Portugal, procuramos, em determinados pontos aludir à realidade de outros ordenamentos jurídicos e às práticas que se observam além-fronteiras.

Palavras chave

Resolução Alternativa de Litígios - Arbitragem Voluntária – LAV – Vantagens e Desvantagens - Convenção de Arbitragem– Competência - Procedimento Arbitral - Litigio - Confidencialidade - Transparência – Lei Modelo

Abstract

Recognizing the value of arbitration as a method of settling disputes, it was decided that it would be a great choice as a theme. The purpose of this paper is to describe arbitral proceedings and establish its pros and cons. It is widely acknowledged that confidentiality is a relevant feature of this subject, but as we will demonstrate there is no uniform conception of the duty of confidentiality.

Key Words

Alternative Dispute Resolution – Arbitration – LAV – Advantages and Disadvantages – Arbitration clause - UNCITRAL Arbitration Rules – Arbitral Proceedings - Confidentiality - Transparency

SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão.

APA – Associação Portuguesa de Arbitragem

CNUDCI – Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CRP – Constituição da República da Portuguesa

DEDH – Declaração Europeia dos Direitos Humanos

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

LAV – Lei da Arbitragem Voluntária

LCIA – *London Court of International Arbitration*

Nº - número

Ob. cit. – obra citada

Pág. – página

RAL – Resolução Alternativa de Litígios

Índice

Introdução	1
Capítulo I	2
1.Arbitragem. Uma visão geral	2
1.1 Lei-Modelo	2
2. Alterações relevantes introduzidas pela LAV 2011	3
3.Adequação da Lei	6
4. Caracterização da Arbitragem. Vantagens Desvantagens	6
4.1. Caracterização	6
4.2. Vantagens e Desvantagens	7
5. Procedimento Arbitral.....	8
5.1. Da Convenção de Arbitragem	8
5.2. Quanto aos Árbitros.....	10
5.3 Da Competência do Tribunal	11
5.4. Da condução do processo arbitral	12
5.4.1. Princípios fundamentais	12
5.4.2. Regras do processo	13
5.4.3. Efeito positivo da convenção de arbitragem	14
5.4.4. Fases do processo arbitral	14
5.4.5. Formas de atacar a sentença	16
5.4.6. Execução de sentenças estrangeiras	18
6. Fim do Processo	18
Capítulo II	20

1.Confidencialidade na Arbitragem	20
2.Conceito de Confidencialidade	24
3. Excepções	27
3.1. Obrigações Legais	28
3.2. Intervenção do Tribunal Judicial	28
3.3. Exercício de direitos.....	29
3.4. Interesse Público.....	29
3.5. Número alargado de intervenientes	32
4. Outras justificativas	32
4.1. Jurisprudência e Doutrina Arbitral	32
4.2. Transparência	34
5. Plano Internacional	36
Conclusão	39
Bibliografia	41

Introdução

A título introdutório, cabe-nos direcionar estas palavras para os pontos-chave que se pretendem desenvolver ao longo da presente dissertação.

Neste sentido, numa primeira fase deste trabalho, encontramos um enquadramento da arbitragem enquanto Meio de Resolução Alternativa de Litígios, as vantagens que dela emergem e alguns pontos que podem impulsionar a sua não consideração para a resolução de uma controvérsia. Partindo de uma visão geral, enunciando preceitos generalizadamente aceites, passamos para uma visão entre portas, proporcionando uma sucinta análise às principais alterações introduzidas pela actual Lei da Arbitragem Voluntária (Lei nº 63/2011, de 14 de Dezembro). Concluindo pela sua adequação às melhores práticas internacionais e pela mais valia que representa para o desenvolvimento desta jurisdição (tanto do ponto de vista interno como internacional) passamos a uma descrição dos seus principais pontos, incidindo na importância da convenção de arbitragem e a competência do tribunal arbitral assim como sobre o desenvolvimento da lide.

Interiorizado este ponto, passamos para a análise da questão da Confidencialidade. Apesar de generalizadamente aceite como uma importante característica da arbitragem, que muitas vezes é determinante para a escolha da jurisdição em apreço, pretende-se, sem afastar a sua importância, demonstrar a sua não decorrência automática do instituto da arbitragem. Para além de não haver uma definição comum e exacta do seu conteúdo e objecto, sobre ela incidem um conjunto de vicissitudes que, independentemente da vontade das partes, a afastam. Para além destas, encontramos também um conjunto de justificações em prol de uma maior abertura e transparência, nomeadamente no que toca à importância da consolidação de uma jurisprudência arbitral completa e actualizada.

Neste campo, revelou-se pertinente uma referência a alterações registadas na esfera internacional, nomeadamente na Câmara de Comércio Internacional e a elaboração de Regras de Transparência no seio da UNCITRAL.

Capítulo I

1. Arbitragem. Uma visão geral.

A arbitragem, enquanto meio de resolução alternativa de litígios, representa uma viável alternativa ao contencioso dos tribunais estaduais¹. Nos últimos anos tem-se verificado uma crescente procura e divulgação deste meio um pouco por todos os ordenamentos jurídicos, não escapando Portugal a essa realidade. Entre nós surgiu, em 2011, com o intuito de colmatar determinadas contingências da lei de 86, uma nova Lei da Arbitragem voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro). A actual LAV há muito que vinha a ser desenhada, constando dos planos legislativos de diferentes governos, contudo, tal intenção só se efectivou devido à necessidade de concretização da medida 7.6 do Memorandum de Entendimento celebrado com a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional. Um dos objectivos que a LAV deveria cumprir era uma aproximação às disposições previstas na Lei modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito de Comércio Internacional ou como é mundialmente conhecida *Unites Nations Comission on International Trade Law - CNUDCI/UNCITRAL*² – de 1985, renovada em 2006. Verificou-se também uma grande influência da Convenção de Nova Iorque de 1958 relativamente ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Tal aproximação aos referidos diplomas permite, facilita e incentiva a realização de um maior número de arbitragens internacionais³ em território português.

1.1 Lei Modelo

A Assembleia Geral das Nações Unidas, na sua resolução 40/72, de 11 de Dezembro de 1985, recomendou “*que todos os Estados tenham em consideração a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional, tendo em vista a uniformização da lei sobre processos arbitrais e as necessidades específicas da prática da arbitragem comercial internacional*”.

¹ A existência de Tribunais Arbitrais encontra-se prevista na Constituição da República Portuguesa – doravante CRP- no nº2 do artigo 209º.

² Trata-se de um órgão subsidiário da Assembleia Geral das Nações Unidas.

³Entende-se por arbitragem internacional aquela que incide sobre interesses do comércio internacional.

A referida Lei Modelo de 1985 (renovada em 2006) foi elaborada no âmbito das funções da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional e traduz-se num conjunto de normas sobre arbitragem comercial internacional. Surge com o objectivo de uniformizar os diferentes ordenamentos jurídicos relativamente ao tema em apreço o que facilita a prática da arbitragem a nível internacional. Dela emergem os princípios fundamentais e as principais linhas do procedimento arbitral, desde a convenção de arbitragem até à execução da sentença.

Antes da adopção da Lei Modelo, encontrávamos, para além de inúmeras disparidades entre as diversas leis nacionais, leis exclusivamente direccionadas para arbitragens internas o que representava um claro desincentivo à realização de procedimentos internacionais que, por sua vez, não dispunham de adequada regulação. Hoje, por via da harmonização é possível dar resposta às exigências de um mercado globalizado.

Devemos ressaltar uma importante questão que se prende com a aplicação da lei modelo. Apesar de ter sido criada com o intuito de regular arbitragens no âmbito do direito comercial, nela encontramos um conjunto de normas idóneas a produzir efeitos relativamente a outros tipos de arbitragem.

Em 1976 surgiram um conjunto de regras processuais – *Arbitration Rules* - com o intuito de regular os procedimentos arbitrais ad hoc.

2. Alterações relevantes introduzidas pela Lei da Arbitragem Voluntária (2011)

Entre as alterações introduzidas pela LAV, podemos salientar algumas que se revelam fundamentais para o conteúdo e forma da convenção de arbitragem e para a tramitação do processo arbitral.

2.1 Critério da arbitrabilidade do litígio.

Na LAV de 86 encontramos como critério de arbitrabilidade o da disponibilidade do direito, critério este que permitia que muitos litígios fossem excluídos do âmbito da arbitragem sem justificação suficiente. A LAV veio introduzir o critério da patrimonialidade do interesse controvertido, prevendo ainda como

critério subsidiário a transagibilidade da pretensão em causa (n.ºs 1 e 2 do artigo 1.º da LAV).

2.2 Incidente de recusa dos árbitros.

Esta questão encontrava-se pouco aprofundada na LAV de 86, que se limitava a remeter para o regime de impedimentos e escusas regulado pela lei processual civil. A actual lei aprofunda o tema de forma detalhada prevendo obrigações para os árbitros e um conjunto de situações que fundamentam o seu afastamento.

2.3 No que toca à concessão de providências cautelares adoptou-se na íntegra o capítulo IV-A da Lei-Modelo, aditado em 2006.

2.4 Tramitação do processo.

Podemos referir, desde logo, a questão do efeito negativo que deriva da convenção de arbitragem. Quer isto dizer que a convenção de arbitragem retira a competência do tribunal estadual para dirimir a questão e, em caso de dúvida, é o próprio tribunal arbitral que decide sobre a sua própria competência. Com a LAV surge a possibilidade de o demandado deduzir reconvenção, com a condição de o seu objecto se encontrar abrangido pela convenção de arbitragem (artigo 33.º/4 da LAV). Outra importante alteração é a inexistência da revelia operante, quer isto significar que, caso uma das partes não apresente contestação, tal não implica a aceitação e concordância com os factos apresentados pela contraparte (artigo 35.º/2 LAV). Esta última alteração revela-se de suma importância para que possamos demarcar o procedimento arbitral do processo civil⁴.

2.5 Intervenção de terceiros no processo arbitral.

Aqui a LAV exige que estes estejam vinculados pela convenção de arbitragem, sendo necessário que as partes acordem na sua intervenção (art. 36.º, n.º 1). Note-se que este é o regime previsto pela lei, todavia, é possível que as partes regulem diferentemente esta questão não convenção de arbitragem (artigo 36.º/7).

2.6 Supressão do recurso como regra.

A Lei de 86 previa a possibilidade tanto do recurso ordinário como da acção de anulação. A LAV abandona o recurso ordinário como regra geral,

⁴ : O mesmo não se verifica caso as partes acordem em submeter a lide às regras previstas no CPC.

permitindo apenas que as partes sobre ele convençionem, ou seja, caso na convenção de arbitragem não esteja prevista, de forma expressa, a possibilidade de recurso, a sentença proferida pelo tribunal arbitral é irrecorrível. Para além da necessidade de regulação da matéria na convenção de arbitragem é também necessário que a causa não tenha sido decidida segundo a equidade⁵ ou composição amigável (artigo 39º/4 da LAV). Relativamente a esta questão, a LAV veio restringir, de certa forma, as possibilidades das partes. Por outro lado, também criou dois novos casos de recorribilidade os dois relativos à admissibilidade dos árbitros. São eles o procedimento de recusa (arts. 14.º, n.º 3, e 59.º, n.º 1, alínea b)) e o recurso da decisão interlocutória sobre competência dos árbitros (art. 18.º, n.º 9).

2.7 Fundamentos de anulação da sentença arbitral e processo de anulação.

Passamos a ter, excepto convenção em contrário, como único meio impugnatório a acção de anulação. Este, por sua vez, também sofre alterações, deixa de ser proposto na 1ª Instância passando a ser competente o Tribunal da Relação ou o Tribunal Central Administrativo em cujo distrito se situe a arbitragem.

No que toca aos fundamentos de anulação verificam-se em maior número e correspondem aos previstos na lei modelo (que por sua vez têm por base a o artigo V da Convenção de Nova Iorque). Todos os fundamentos devem ser invocados pela parte que requer a anulação à excepção da inarbitrabilidade do litígio e da ofensa do conteúdo da sentença aos princípios de ordem pública internacional do Estado Português, que são de conhecimento oficioso. Podemos indicar, a título exemplificativo, alguns fundamentos de anulação tais como, a invalidade da convenção de arbitragem (46º nº3 a i)), a incapacidade das partes e a violação de princípios fundamentais do processo (artigo 46º/3/a -ii)). Note-se que, neste caso, para que a violação de um princípio constitua fundamento de anulação é necessário que a sua não observância ou violação tenha contribuído activamente para a resolução da controvérsia.

⁵ Nas palavras de António Sampaio Caramelo, “a equidade traduz no julgamento segundo a consciência daquilo que é justo e bom no caso concreto”, da *Condução do Processo Arbitral*, pag. 478.

3. A adequação da lei.

Podemos concluir por uma melhor adequação da actual lei essencialmente por duas ordens de razões. Em primeiro lugar porque apresenta uma crescente conformidade com as normas internacionais (nomeadamente com a Lei Modelo e Convenção de Nova Iorque) e, por conseguinte, aproxima-se aos restantes ordenamentos jurídicos. Tal permite tornar Portugal num ponto mais atractivo para a realização de arbitragens, tanto do ponto de vista internacional como interno.

A segunda justificativa prende-se com o facto de ser uma lei visivelmente mais detalhada e flexível. Tais características espelham-se na estipulação de um conjunto de regras processuais supletivas que transmitem uma maior segurança e afirmam as garantias processuais das partes. A criação da regra geral de não recorribilidade das decisões arbitrais deposita, na arbitragem, a segurança e confiança de uma jurisdição competente capaz de dirimir litígios autónoma e definitivamente, não se tratando apenas de uma “pré-fase” do contencioso dos tribunais estaduais.

É uma lei que espelha as práticas internacionais, que transmite equilíbrio e segurança, de fácil compreensão e interpretação por qualquer profissional do ramo.

4. Caracterização da arbitragem voluntária, vantagens e desvantagens.

4.1 Caracterização.

A arbitragem tem vindo a desenvolver-se nos mais diversos domínios, sendo certo que um dos mais evoluídos e procurados é a arbitragem comercial, muitos mais têm proliferado nomeadamente no âmbito de litígios de consumo, de direito administrativo e tributário, seguros, ambiente e investimento.

Para que possamos entender esta crescente popularidade devemos procurar conhecer a realidade da arbitragem, em que consiste e quais os seus contornos⁶. Como supra referido, trata-se de um meio de resolução de litígios, que se funda num acordo celebrado pelas partes em litígio, através do qual encarregam um terceiro⁷, o árbitro, da resolução da controvérsia. A este acordo chamamos Convenção de Arbitragem. Realizada a convenção, escolhidos o ou os árbitros, dá-se início ao procedimento arbitral⁸, cuja direcção pertence aos últimos. É atribuída às partes a faculdade de, na convenção de arbitragem, estipularem, desde que não violem normas imperativas, sobre as regras do processo que poderá ser decidido segundo o direito vigente ou segundo um juízo de equidade. Alcançada a decisão de mérito a sentença é, salvo convenção em contrário, definitiva, podendo somente a sua impugnação perante o tribunal estadual revestir a forma de pedido de anulação, forma caso julgado e é título executivo. Ao longo do processo devem ser respeitados determinados princípios, nomeadamente o princípio da igualdade e do contraditório que emprestam ao procedimento arbitral, verdadeiras garantias processuais. O artigo 30º da LAV refere-se no seu nº 5 a um dever de confidencialidade, questão que abordaremos, posteriormente, de forma detalhada.

4.2 Vantagens e desvantagens.

Encontramos no procedimento arbitral um conjunto de vantagens que tornam esta forma de resolução de litígios num meio, cada vez mais apelativo, para privados e grandes entidades públicas e privadas. Desde logo, trata-se de um procedimento mais célere na medida em que é menos susceptível a expedientes dilatórios e, regra geral, as decisões que dele emergem são definitivas. Atribui às partes a possibilidade de escolherem o terceiro responsável por dirimir o litígio, terceiro este que pode (deve) ser escolhido segundo as suas competências, aptidões e formação o que garante à arbitragem uma maior especialização. Quer isto dizer que, ao contrário do que acontece

⁶ “A arbitragem é contratual na sua origem, privada na sua natureza, jurisdicional na sua função e pública no seu resultado”, FRANCISCO CORTEZ no artigo *A arbitragem em Portugal, dos ricos homens aos Tribunais Privados*, pag. 555, em o “Direito”, ano 124, 1992.

⁷ Ao contrário da Mediação e da Conciliação (também eles meios de resolução alternativa de litígios) trata-se de um meio adjudicatório na medida em que é um terceiro que decide sobre o litígio.

⁸ O procedimento arbitral tanto se pode desenvolver no seio de uma instituição de arbitragem (arbitragem institucionalizada) como de forma autónoma (arbitragem ad hoc). Optando pela primeira hipótese as partes beneficiam de serviços essencialmente administrativos como é o caso da constituição do tribunal, provisão de instalações, notificação às partes de elementos ordenados pelo tribunal entre outros. Por outro lado, no âmbito das arbitragens ad hoc são o árbitro (ou árbitros) e as partes que se encarregam desta tarefa, contratando, quando o volume de trabalho assim o justifique, um secretário.

nos tribunais estaduais onde vigora o princípio do juiz natural⁹, na arbitragem é possível escolher um árbitro especialista no assunto, que conheça a temática em apreço e, por isso, de certa forma, mais capaz.

Podemos ainda apontar a sua importância no âmbito das relações internacionais, uma vez que, nas palavras de Menezes Cordeiro, “Desempenha um papel fundamental na aproximação dos diversos mercados internos e na adequação dos sistemas jurídicos aos desafios de um mundo globalizado do século XXI.”¹⁰. Ainda, neste âmbito, podemos invocar a importante tarefa que um contencioso arbitral desenvolvido e apelativo pode desempenhar no desafogamento dos tribunais estaduais. Por último, é generalizadamente aceite que, em torno do processo arbitral, jaz um dever de confidencialidade que muito apraz a algumas entidades.

Enunciadas as vantagens mais significativas, cabe-nos agora demonstrar algumas questões que podem prejudicar a opção pela arbitragem como modo de resolução de controvérsias. Podemos, desde logo, apontar a sua dependência face aos tribunais estaduais no que toca à execução de sentenças. Apesar da sentença arbitral ser título executivo, o tribunal não tem legitimidade nem força para a impor unilateralmente, pois tal encontra-se reservado aos poderes públicos. Ainda neste ponto, podemos invocar algumas desconfianças que derivam da esfera de confidencialidade que rodeia este procedimento. A privacidade pode, por vezes, ser confundida com falta de transparência, como uma forma de camuflar determinadas questões, o que pode gerar dúvidas sobre a justiça, seriedade e imparcialidade do processo arbitral.

5. O Procedimento Arbitral.

5.1 Da Convenção de Arbitragem

De acordo com o nº3 do artigo 1º da LAV a convenção de arbitragem pode revestir duas modalidades que se distinguem consoante a existência ou a eventualidade do litígio. À primeira hipótese chamamos compromisso arbitral e à segunda cláusula compromissória. Perante uma controvérsia, as partes podem acordar no sentido de

⁹ O referido princípio constitui um direito constitucionalmente consagrado no artigo do qual resulta que os julgamentos devem ser feitos por tribunais definidos como competentes por lei anterior.

¹⁰ *In Vida Judiciária* março/abril de 2016 pag.4.

submetê-la a um tribunal arbitral e assim dirimirem a questão e, no caso de o litígio ser, ainda, inexistente, acordam em submetê-lo, caso se verifique.

Para que tenhamos uma convenção válida e apta a produzir efeitos é necessário, para além do acordo entre as partes, que o conflito seja arbitrável. A arbitrabilidade afere-se a partir de um critério de patrimonialidade (artigo 1º/2 da LAV), sendo que, nos termos do nº3 do artigo 1º da LAV, “É também válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido.”. Temos, assim, como critério principal, a patrimonialidade e, como critério supletivo, a transagibilidade. É ainda indispensável a referência ao conteúdo da convenção, conteúdo este que varia consoante estejamos perante um compromisso arbitral ou uma cláusula compromissória, consubstanciando-se no objecto do litígio ou na relação jurídica da qual poderá emergir a controvérsia, respetivamente (nº6 do artigo 2º da LAV). Outro importante requisito é a autonomia (artigo 18º/3 da LAV) que se traduz na não automaticidade ou correspondência entre a invalidade do contrato, de que conste a cláusula compromissória, e a própria cláusula. Quer isto dizer que o facto de o contrato ser inválido não implica que a cláusula compromissória também o seja. Pode, por alguma vicissitude, também o ser, mas por não cumprir algum dos requisitos impostos pela lei, não em virtude da invalidade do contrato que integra. Por último, revela-se essencial, como dita o artigo 2º da LAV, que a convenção assuma forma escrita. Verificadas estas condições gera-se um direito potestativo à constituição do Tribunal Arbitral.

Reunidos todos estes requisitos, temos uma convenção de arbitragem com plena força jurídica capaz de afastar a jurisdição dos tribunais comuns, falamos a este propósito de efeito negativo da convenção de arbitragem. Vejamos: com a convenção, as partes atribuem competência para a resolução do litígio ao tribunal arbitral, afastando a controvérsia da jurisdição dos tribunais estaduais. Estes passam a ser absolutamente incompetentes, gerando a incompetência uma excepção dilatória, de conhecimento não oficioso (artigos 577º/a e 578º do CPC), pelo que deve ser invocada pelo réu e deve o tribunal absolvê-lo da instância, excepto nos casos em que verifique que a convenção de arbitragem é manifestamente nula, ineficaz ou inexecutável (artigo 5º/1 da LAV). Caso o réu não se oponha, podemos estar perante uma revogação tácita da convenção arbitral e o processo prosseguirá nos tribunais comuns.

5.2. Quanto aos árbitros.

Conforme dita o artigo 8º/1/2 da LAV, as partes podem optar apenas pela nomeação de um árbitro ou por mais, desde que em número ímpar. Em caso de falta de acordo entre as partes, o tribunal arbitral é constituído por três árbitros. Cada parte deve designar um igual número de julgadores que, por sua vez, devem nomear o presidente do tribunal arbitral (artigo 10º/3 da LAV). Caso uma das partes ou o terceiro incumbido de tal (artigo 10º/1 da LAV) não procedam à nomeação, a lei prevê a possibilidade de o demandante recorrer ao tribunal estadual competente (Tribunal da Relação nos termos da alínea a) do nº1 do artigo 59º) para que este proceda à nomeação (artigo 10º/4 da LAV).

À semelhança dos magistrados judiciais também os árbitros são independentes, imparciais (artigo 9º/3 da LAV) e irresponsáveis (artigo 9º/4 da LAV)¹¹.

Por outro lado, são livres de aceitar ou recusar o encargo, sendo que, a partir do momento em que aceitam, e nos termos do nº1 do artigo 12º da LAV, “só é legítima a escusa fundada em causa superveniente que impossibilite o designado de exercer tal função” sob pena de responder pelos danos causados (nº3 do artigo 12 da LAV). Note-se que se encontram obrigados a revelar todos os factos que possam suscitar dúvidas sobre a sua imparcialidade, tanto no momento anterior à aceitação do encargo (sendo que as partes são livres de manter ou não a nomeação – artigo 13º/1 da LAV) como posteriormente. De ressaltar é a segunda parte do nº3 do artigo 13º que afirma que, a parte que designar um árbitro, só pode recusá-lo “com fundamento numa causa de que só tenha tido conhecimento após essa designação”.

Consideram-se fundamentos de recusa circunstâncias que suscitem, de forma pertinente, dúvidas sobre a independência e imparcialidade de um árbitro, assim como a situação de falta de qualificações acordadas (primeira parte do nº2 do artigo 13º). Verificando-se alguma destas circunstâncias dá-se início ao processo de recusa. Este segue a tramitação prevista na convenção de arbitragem, aplicando-se supletivamente o preceituado na LAV. Neste sentido, deve a parte que pretende recusar o árbitro em questão, participar tal intenção ao tribunal arbitral no prazo de 15 dias a contar da sua

¹¹ Esta equiparação deriva do artigo 209º/2 da Constituição da República Portuguesa. Sobre esta questão veja-se o Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Julho de 2011.

constituição ou do momento em que tomou conhecimento do fundamento da recusa. Perante tal incidente, o árbitro recusado tem duas possibilidades: pode renunciar à sua função devendo, por conseguinte, a parte que o indicou proceder a uma nova nomeação. Caso não renuncie, o tribunal arbitral e o árbitro recusado decidem sobre a questão (artigo 14º/2 da LAV). Na possibilidade de o tribunal decidir pela não destituição, pode, a parte que o recusou, no prazo de 15 dias, recorrer ao tribunal estadual competente (Tribunal da Relação segundo a alínea b) do nº1 do artigo 59º da LAV), que decidirá sobre a permanência do árbitro no processo arbitral. A decisão é irrecorrível. Note-se que a impugnação não suspende a marcha do processo arbitral.

Quanto à fixação e forma de pagamento dos honorários, esta pode ser feita na convenção de arbitragem. Quando tal não se verifica, devem as partes e os árbitros realizá-lo por acordo escrito antes da aceitação do último árbitro designado (artigo 17º/1 da LAV). Na hipótese de nenhuma das soluções ocorrer, devem os árbitros decidir sobre a questão com base na complexidade da questão e o tempo por eles despendido (artigo 17º/2 da LAV).

Os árbitros podem ser responsabilizados, nos termos gerais do artigo 483º do Código Civil e de acordo com regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas, em três situações. No caso de escusa injustificada para assumir funções (12º/3 da LAV), quando não cumpram as suas funções no tempo acordado (artigo 15º/2 da LAV) e ainda caso coloquem injustificados entraves a proferir decisão¹².

5.3 Da Competência do Tribunal Arbitral

Para que possamos averiguar esta questão devemos considerar duas importantes fontes: a convenção de arbitragem e a lei. É através delas que definimos a questão em litígio e averiguamos a arbitrabilidade do mesmo, respectivamente. É, também, na lei que encontramos a disposição que institui o Princípio da Competência-competência que

¹² Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Constituição do Tribunal Arbitral e Estatuto do árbitro”, *in* Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação Ano V – 2012, pag. 227 e 228.

atribui ao tribunal arbitral a competência para conhecer da sua própria competência – artigo 18º/1 da LAV.

Assim, caso uma das partes, a fim de esclarecer a validade de uma convenção de arbitragem, recorra a um tribunal estadual, gera-se uma exceção dilatória nos termos da alínea a) do artigo 577º do CPC, uma vez que, o tribunal judicial é materialmente incompetente. Neste sentido, o réu é absolvido da instância, excepto nos casos em que a convenção de arbitragem seja manifestamente nula (artigo 5º da LAV). Não sendo uma exceção dilatória de conhecimento oficioso, deve o réu invocá-la assim que tome conhecimento do processo.

Desta forma, a questão da competência do tribunal arbitral deve ser levantada perante o mesmo. Constituído o Tribunal, a sua incompetência só poderá ser arguida até ao momento da apresentação da defesa quanto ao fundo da causa (nº4 do artigo 18º da LAV). Posto isto, o tribunal pode concluir pela insuficiência de elementos para decidir sobre a questão e o processo prossegue nos seus trâmites comuns. Pode também surgir uma decisão interlocutória, decisão esta que afirma logo a incompetência ou competência do tribunal para decidir sobre o litígio em questão.

Na hipótese de decidir que não é competente, o processo é remetido para o tribunal estadual competente, não podendo qualquer uma das partes opor-se à via judicial se a outra assim o desejar. Note-se que esta decisão do tribunal arbitral é definitiva e vincula tanto as partes como o tribunal judicial, não cabendo dela recurso.

Caso o tribunal arbitral conclua que é competente, pode verificar-se uma de duas situações. A decisão pode ser impugnada, no prazo de 30 dias, para o Tribunal da Relação (alínea f) do nº1 do artigo 59º da LAV e nº9 do artigo 18º), não tendo esta impugnação efeito suspensivo, pelo que o procedimento arbitral prossegue. Assim como se pode impugnar a decisão final do tribunal arbitral, a sentença. Contudo, esta última só poderá ocorrer com fundamento diverso da incompetência.

5.4. Da condução do Processo arbitral

5.4.1 Princípios fundamentais.

O nº1 do artigo 30º impõe alguns princípios considerados essenciais a um procedimento arbitral. São eles o princípio da defesa, do contraditório, da igualdade, o

que obriga à imparcialidade e independência dos árbitros e o princípio da boa fé. A não observância destes princípios é, nos termos do artigo 46º/73/a) e b) da LAV, fundamento de anulação da sentença. Devemos, porém, salientar que não é uma qualquer violação que resulta na anulação da sentença, para tal, é necessário que tal transgressão tenha influenciado decisivamente a resolução do litígio.

5.4.1.1 Princípio da Igualdade.

O princípio da igualdade manifesta-se, desde logo, na celebração da convenção de arbitragem, na medida em que é indispensável a concordância das partes para a submissão de um determinado litígio (actual ou eventual) à jurisdição arbitral. No decorrer do processo, ambas as partes devem ser tratadas com absoluta igualdade, devendo beneficiar dos mesmos meios e oportunidades.

5.4.1.2 Princípio do Contraditório e Princípio da defesa.

Estes dois princípios encontram-se intrinsecamente ligados e impõe que não seja adoptada nenhuma decisão (final ou interlocutória) com base em questões trazidas para o processo por uma das partes sem que a outra tenha oportunidade de se pronunciar sobre elas.

5.4.1.3 Princípio da Boa fé.

Apesar de não encontrarmos menção a este princípio no artigo 30º da LAV, ele retira-se do espírito da lei e traduz-se numa exigência feita às partes de colaborarem com o normal funcionamento e com a dinâmica do procedimento arbitral, sem colocarem desnecessários entraves à tramitação do mesmo. A parte que viole o seu dever de boa fé pode ser civilmente responsável.

5.4.2 Das Regras do processo.

O nº2 do artigo 30º da LAV atribui às partes a possibilidade de fixarem as regras do processo (até à aceitação do primeiro árbitro designado), regras estas relativas a diversas questões, tais como, os tipos de prova admitidos, prazo para o tribunal proferir a decisão de mérito, se o processo é decidido segundo o direito vigente, segundo a equidade ou composição amigável (tem em conta o equilíbrio dos interesses em jogo – artigo 39º/3 da LAV) ou se remetem a sua regulação para um outro sistema jurídico, ou

para um regulamento de uma instituição arbitral. O nº2 do artigo 52º do mesmo diploma determina que “na falta de designação pelas partes, o tribunal arbitral aplica o direito do Estado com o qual o objecto do litígio apresente uma conexão mais estreita”.

5.4.3 Efeito positivo da convenção de arbitragem: direito à constituição do tribunal arbitral.

5.4.4 Fases do Processo Arbitral.

- i. O procedimento arbitral inicia-se com a notificação ao demandado da intenção do demandante submeter determinado litígio à jurisdição do tribunal arbitral. Desta notificação deve constar a indicação da convenção de arbitragem na qual o processo se baseia, o objecto do litígio e a designação do árbitro. É necessário que primeiro se constitua o tribunal para depois se iniciar efectivamente o processo.
- ii. Constituído o tribunal arbitral, o árbitro deve notificar as partes para uma audiência inicial. Esta audiência visa clarificar e definir determinadas questões que não estejam reguladas na convenção de arbitragem. Falamos a este propósito do lugar da arbitragem, das regras processuais, dos prazos para proferir sentença, dos meios de prova e respectivo valor, entre outros. Fixadas todas estas questões e entregue a petição e respectiva contestação (artigo 33º/1 da LAV), o árbitro analisa os factos e as pretensões em causa. Note-se que no âmbito de um procedimento arbitral e ao contrário do que ocorre no processo civil, a falta de contestação não tem relevância probatória e não traduz a aceitação das alegações apresentadas pelo demandante (artigo 35º/2 da LAV), prosseguindo a instância sem qualquer entrave.

Quanto à possibilidade de haver reconvenção vem o nº 4 do artigo 33º confirmar tal hipótese, contudo, impõe que esteja abrangida pela convenção de arbitragem. Desta forma, a admissão da reconvenção deve ser analisada casuisticamente. É necessário que integre o objecto da convenção (artigo nº1/3 da LAV) para que o tribunal seja competente para dela conhecer. A lei salvaguarda a possibilidade de o tribunal recusar a reconvenção caso verifique que o litígio que dela emerge, prejudica a resolução da controvérsia com a celeridade devida, devendo, por

isso, recorrer-se a um novo procedimento arbitral para dirimir a questão emergente da reconvenção. Deve sempre atentar-se à vigência temporal da convenção de arbitragem, a fim de evitar a caducidade da mesma.

- iii. Quanto à audiência (artigo 34º), o tribunal pode decidir não a realizar. Tal implicaria a existência de um conjunto de vicissitudes, tais como: um local, gravação, tradutores e deslocações, o que implica custos e menos celeridade. Se o caso for decidido com base em prova documental, a audiência pode ser facilmente dispensada. Contudo, revela-se necessário que as partes acordem na sua dispensa. No entanto, não raras vezes, ela ocorre para que se possa ouvir tanto o depoimento das partes como o das testemunhas por elas arroladas. É também aqui o lugar para se ouvir, quando seja requerida prova pericial, o perito nomeado.

Tendo o tribunal ouvido as alegações das partes, analisado as provas apresentadas e esclarecido todas as questões suscitadas, deve decidir e apresentar a sentença. Tratando-se de um tribunal arbitral colectivo, torna-se necessário deliberar. Nos termos do artigo 40º/1 da LAV, deve-se considerar a maioria dos votos e, caso tal não seja possível, cabe ao presidente do tribunal arbitral decidir.

- iv. O procedimento arbitral culmina com a sentença, o que reflecte a sua essência jurídica imperativa. A sentença impõe-se, por si só, às partes, forma caso julgado, é título executivo (artigo 42º/7 da LAV) e é definitiva uma vez que, regra geral, dela não cabe recurso.

Uma das obrigações que o árbitro assume (e que a ele se impõe através da convenção de arbitragem ou da própria lei) é a de proferir a sentença num determinado prazo (12 meses é o que se encontra supletivamente previsto no artigo 43º da LAV). Os referidos prazos podem ser livremente prorrogados, por acordo das partes ou por decisão do tribunal arbitral, por sucessivos períodos de 12 meses, devendo tal decisão ser devidamente fundamentada (primeira parte do nº2 do artigo 43º da LAV). A segunda parte do nº2 do artigo 43º do mesmo diploma ressalva a possibilidade de as partes, de comum acordo, se oporem à prorrogação.

Na falta de cumprimento do prazo definido, extingue-se o procedimento arbitral permanecendo, todavia, a convenção de arbitragem válida e apta a produzir efeitos, nomeadamente a constituição de um novo tribunal arbitral. O nº4 do mesmo artigo refere-se ainda à responsabilidade dos árbitros que injustificadamente não proferirem sentença dentro dos prazos referidos nos nºs anteriores. Como requisito de validade, impõe-se que a sentença seja escrita e assinada pelos árbitros.

Em nome da celeridade, e uma vez que das decisões arbitrais, não cabe, regra geral, recurso, pode a fundamentação da sentença ser, eventualmente, dispensada.

De relembrar é o facto de que o tribunal arbitral não tem que decidir sempre segundo o direito, podendo recorrer a um juízo segundo a equidade, caso seja esta a vontade das partes (artigo 39º da LAV). De notar, também, é a possibilidade de a qualquer momento as partes poderem optar por uma composição amigável do litígio.

A lei prevê ainda a possibilidade de as partes solicitarem ao tribunal esclarecimentos sobre a sentença ou parte dela. Devem, contudo, atender ao prazo de 30 dias após a notificação da mesma.

5.4.5 Formas de atacar a sentença:

1) Recurso da Sentença

Como anteriormente referido, o recurso de sentença arbitral é excepcional, só se verificando mediante o preenchimento de dois requisitos. Em primeiro lugar, é necessário que as partes prevejam tal possibilidade na convenção de arbitragem ou através de acordo escrito posterior àquela, sendo que, é ainda indispensável, que a decisão alcançada pelo tribunal arbitral não se baseie num juízo de equidade. Não se verificando estes dois requisitos, a decisão não é susceptível de recurso - artigo 39º/4 da LAV.

2) Impugnação da sentença.

Como propugna o artigo 46º/1 da LAV, a única forma de impugnação da sentença arbitral (salvo convenção em contrário) reveste a forma de pedido de anulação. O tribunal competente para dele conhecer é o Tribunal da Relação ou o Tribunal Central Administrativo (artigo 59º/1/g) e nº2) que seguem tramitação idêntica à do recurso de apelação (alínea e) do nº2 do artigo 46º). Note-se que o tribunal estadual que declare a sentença arbitral nula, com base num dos fundamentos invocados, não resolve o litígio, este é decidido por um novo tribunal arbitral. O tribunal estadual não averigua o mérito das decisões, limita-se a averiguar o necessário para decidir sobre o vício invocado.

De salientar é o facto de a anulação da sentença arbitral não invalidar a convenção de arbitragem pelo que se poderá constituir outro tribunal arbitral para dirimir a controvérsia com base na mesma convenção (nºs 9º e 10º do artigo 46º da LAV). Note-se ainda a possibilidade de a anulação da sentença não ser total, podendo, caso a parte afectada pelo vício seja susceptível de ser afastada do resto da decisão, haver uma redução da invalidade da sentença à parte afectada. (nº7 do artigo 46º da LAV). O tribunal estadual, se assim entender, poderá suspender o processo de anulação e remeter os autos ao tribunal arbitral para suprir os vícios que fundamentaram o pedido de anulação.

O prazo de impugnação é de 60 dias a contar da data em que a parte que a pretende é notificada da sentença (nº6 do artigo 46º). Devemos salientar que, caso uma das partes ao longo do procedimento arbitral tome conhecimento de um qualquer vício e mesmo assim prossiga a arbitragem, não pode posteriormente impugnar a sentença com base nesse mesmo vício. Considera-se que renunciou a esse direito (nº4 do artigo 46º da LAV), sem prejuízo do disposto no nº5 do mesmo artigo.

3) Oposição à execução.

O pedido de anulação da sentença não lhe retira a qualidade de título executivo. Desta forma, para que a execução beneficie de efeito suspensivo no decorrer do processo de anulação, é necessário que o interessado (o impugnante) preste caução nos termos do nº3 do artigo 47º da LAV. Conforme o previsto no artigo 48º, os fundamentos

de oposição à execução correspondem aos fundamentos de anulação da sentença previstos no nº3 do artigo 46º da LAV. A este respeito devemos considerar que, de acordo com o previsto no nº1 e no nº2 do artigo 48º do nosso diploma, não é possível uma oposição à execução com base num fundamento que, já tenha motivado um pedido de impugnação e cuja sentença transitada em julgado, o tenha recusado, tal como “Não pode ser invocado pelo executado (...) nenhum dos fundamentos previstos na alínea a) do nº3 do artigo 46º, se já tiver decorrido o prazo fixado pelo nº6 do mesmo artigo para a apresentação do pedido de anulação da sentença, sem que nenhuma das partes haja pedido tal anulação”. Não podem as partes, nesta fase, invocar o que ignoraram dentro do referido prazo (60 dias).

5.4.6 Execução de sentenças estrangeiras.

A questões relativas à execução de sentenças estrangeiras encontram-se reguladas nos artigos 55º a 58º da LAV. O artigo 55º impõe, como requisito de eficácia, para as sentenças proferidas no âmbito de arbitragens realizadas no estrangeiro, o reconhecimento das mesmas pelo tribunal estadual competente. Note-se que a execução de sentença pode ser recusada em situações muito específicas, prevendo o artigo 56º, de forma taxativa, os fundamentos da sua recusa. Entre os referidos fundamentos, podemos enunciar aqueles que devem ser chamados pela parte contra a qual a sentença for invocada, são eles: a incapacidade de uma ou ambas as partes, a invalidade da convenção de arbitragem e casos em que a sentença proferida vai para além do pedido (artigo 56º/1/a) i), ii) e iii)). Podemos ainda referir uma outra situação que se prende com os casos em que o tribunal recusa a execução com base na ofensa a princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado Português, ou quando verifique que o litígio não preenche os critérios de arbitrabilidade previstos pela lei portuguesa (artigo 56º/1/b),i) e ii)).

6. O Capítulo VI da LAV distingue duas formas de findar o procedimento arbitral, nomeadamente, a sentença (artigos 39º a 43º) e a decisão de encerramento do processo (artigo 44º da LAV). Quanto à sentença, já analisamos tanto os seus requisitos como os seus efeitos. Cabe-nos agora distingui-la da decisão de encerramento do processo. Esta pode ocorrer com base em três circunstâncias.

Pode o demandante desistir do pedido, as partes podem acordar no encerramento do processo ou pode o tribunal verificar que, por alguma vicissitude, o processo se tornou inviável (artigo 44º/2 da LAV). Quanto à desistência do pedido por parte do demandado encontramos aqui uma equivalência à desistência da instância no âmbito do processo civil. Daqui retiramos que a desistência do demandante, por si só, não acarreta o encerramento do processo, uma vez que o demandado pode a tal opor-se quando tenha um interesse legítimo, atestado pelo tribunal, em que a controvérsia seja efectivamente dirimida.

Encerrado o processo por uma das três vias supra-mencionadas, cessam as funções do tribunal arbitral. O encerramento não preclui o disposto no artigo 45º da LAV (esclarecimento da sentença e sentença adicional).

O processo pode ainda terminar por meio de transacção realizada pelas partes, podendo o tribunal, a pedido das primeiras, atribuir-lhe forma de sentença, salvo ofensa a algum princípio da ordem pública (artigo 41º/1 da LAV).

Capítulo II.

1. Confidencialidade na Arbitragem.

1.1. Como já tivemos oportunidade de referir anteriormente, a confidencialidade aparece, muitas vezes, como uma importante característica da arbitragem, porém, o tema não é de tão simples compreensão. O dever geral de confidencialidade que surge intrinsecamente ligado ao procedimento arbitral parece, desde logo, contrariar o artigo 6º e o artigo 10º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Declaração Universal dos Direitos do Homem, respectivamente, dos quais resulta que todos os cidadãos têm direito a que as suas causas sejam decididas de forma equitativa e pública por um tribunal independente e imparcial. Na actualidade jurídica, a confidencialidade¹³ é, a par da celeridade, e da especialização uma das mais importantes características atribuídas a esta jurisdição. A ela recorrem não só particulares que pretendem dirimir os seus litígios de forma rápida e eficiente, evitando o penoso e prolongado contencioso dos tribunais estaduais, mas também grandes entidades públicas e privadas que desejam manter sobre a alçada da confidencialidade certos aspectos do procedimento arbitral, tais como: a natureza do litígio, valores envolvidos, questões sensíveis e secretas como fórmulas, ou, até mesmo, a própria existência da controvérsia. A guarda da confidencialidade protege os grandes grupos económicos do escrutínio da comunicação social através da qual o seu público alvo, concorrentes e a própria sociedade, em geral, podem tomar conhecimento de informações que se pretendem privadas e que, de certa forma, podem prejudicar uma ou ambas as partes. Contudo, no caso de entidades públicas tal nem sempre se revela possível como veremos posteriormente.

1.2 Apesar de ser generalizadamente aceite e valorizada encontramos uma disparidade de tratamento nas diversas legislações. Podemos apontar alguns exemplos de Estados que estabelecem como regra a confidencialidade, são eles Espanha, França, China e República Checa¹⁴ no entanto, ressalvam a possibilidade de as partes acordarem

¹³ Como se pretende demonstrar *infra* não se trata de uma característica que decorre, por si só, da existência de um procedimento arbitral, sendo, para tal necessário, que esteja devidamente estipulada.

¹⁴ Vide RUI PENA, “Os equívocos da confidencialidade na arbitragem”, em AGOSTINHO PEREIRA DE MIRANDA ET AL., Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo, Universidade Católica Editora, 2015, pp. 244.

em sentido diverso. Por outro lado, estados como a Alemanha, Itália, Bélgica, Holanda, Suíça e Suécia prevêm a possibilidade de publicação da sentença, salvo convenção em contrário¹⁵. Perante esta dualidade de sentidos e face ao silêncio da LAV de 86, aquando da elaboração da actual LAV, ponderou-se incluir um preceito sobre este tema. Seguindo o exemplo do que foi adoptado pela Lei Espanhola optou-se pela sua inclusão nos números 5 e 6 do artigo 30º da LAV¹⁶. Apesar de não beneficiar de idêntica regulação em todos os ordenamentos jurídicos, nem por isso é menos valorizada, podendo ser assegurada pelo regulamento da Instituição de Arbitragem, onde se desenvolve ou por acordo estabelecido entre as partes no âmbito de arbitragens ad hoc. Diferentemente do que se verifica nas leis nacionais, os regulamentos das principais instituições de arbitragem prevêm, de forma mais ou menos abrangente, obrigações de confidencialidade, nomeadamente no que toca à privacidade das audiências e ao assunto em disputa.

Podemos apontar alguns exemplos paradigmáticos:

A. Artigo 6º dos Estatutos do Tribunal Internacional de Arbitragem:

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

B. Artigo 30º LCIA¹⁷ *Arbitration Rules*

¹⁵ *Idem* pag. 245.

¹⁶ 5. “Os árbitros, as partes e, se for o caso, as entidades que promovam, com carácter institucionalizado, a realização das arbitragens voluntárias, têm o dever de guardar sigilo sobre todas as informações que obtenham e documentos de que tomem conhecimento através do processo arbitral, sem prejuízo do direito de as partes tornarem públicos os actos processuais necessários à defesa dos seus direitos e do dever de comunicação ou revelação de actos do processo às autoridades competentes, que seja imposto por lei. 6. O disposto no número anterior não impede a publicação de sentenças e outras decisões do tribunal, expurgadas de elementos de identificação das partes, salvo se qualquer destas se a isso se opuser.

¹⁷ *London Court of International Arbitration.*

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

30.2 The deliberations of the Arbitral Tribunal shall remain confidential to its members, save as required by any applicable law and to the extent that disclosure of an arbitrator's refusal to participate in the arbitration is required of the other members of the Arbitral Tribunal under Articles 10, 12, 26 and 27.

30.3 The LCIA does not publish any award or any part of an award without the prior written consent of all parties and the Arbitral Tribunal”.

C. Artigo 44º - *Swiss Rules of International Arbitration*

“Nº1 Salvo convenção contrária das partes, expressa por escrito, as partes têm dever de confidencialidade em relação a todas as sentenças e ordens, bem como aos documentos apresentados pela parte contrária no decorrer do procedimento arbitral e que não sejam de domínio público. Não ocorrerá violação ao dever de confidencialidade, na hipótese de divulgação para cumprimento de uma obrigação legal, para preservação e conservação de direitos ou para a execução ou impugnação de uma sentença perante uma autoridade judicial. Essa obrigação também se aplica aos árbitros, aos peritos nomeados pelo tribunal arbitral, ao secretário do tribunal arbitral, aos membros da diretoria da Instituição de Arbitragem das Câmaras Suíças, aos membros da Corte e à Secretaria, e aos funcionários de cada uma das Câmaras.

Nº2. As deliberações do tribunal arbitral são confidenciais.

Nº3. Uma sentença ou ordem pode ser publicada, na íntegra ou na forma de extrato ou resumo, nas seguintes condições:

(a) um pedido de publicação for encaminhado à Secretaria;

(b) todas as referências aos nomes das partes devem ser omitidas; e

(c) inexistirem objeções das partes quanto à publicação, desde que tais objeções sejam apresentadas no prazo fixado pela Secretaria para tanto.”

D. Diferentemente, o Regulamento do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa prevê no artigo 41.º a publicidade da sentença nos seguintes termos:

“Nº1. 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.

Nº2. As restantes sentenças arbitrais são igualmente públicas, expurgadas de elementos de identificação das partes, salvo se qualquer destas se opuser à publicidade.”

No entanto, também impõe a observância do Código Deontológico do Árbitro que, no seu artigo 8º estatui que “Sem prejuízo do disposto na lei e no Regulamento, o árbitro deve respeitar a confidencialidade do processo e da decisão arbitral e não poderá utilizar informação obtida no decurso da instância arbitral com o objectivo de alcançar um ganho, para si ou para terceiro, ou de lesar o interesse de outrem.”.

1.2.1 Ainda neste ponto, é de salientar o facto de a Lei-modelo não dispor sobre a questão da confidencialidade. Contudo, encontramos um apontamento quanto a este tema nas *Notes on Organizing Arbitral Proceedings* (anexas à Lei-modelo). A nota nº6 refere a confidencialidade como um importante atributo da arbitragem, contudo também salienta que o tema não é tratado de forma constante e idêntica nos diferentes ordenamentos jurídicos pelo que, na ausência de acordo entre as partes quanto ao tema em apreço, nenhuma delas pode esperar um entendimento comum quanto ao objecto e extensão das obrigações de sigilo. Neste sentido recomenda-se ao tribunal que coloque a

questão no início do processo arbitral e incentiva-se um acordo prévio que estipule as referidas obrigações.

2. O conceito de confidencialidade.

Para que possamos entender exactamente o que aqui está em causa, devemos começar por revelar aquilo que é a confidencialidade, em que é que consiste, qual o seu objecto, quem se encontra adstrito a ela, através de que meios se assegura e qual o seu período de vigência.

2.1. Densificar o conceito de confidencialidade na arbitragem não é tarefa de todo livre de dificuldades. Encontramos, desde logo, um obstáculo que se prende com as várias e diferentes interpretações que dela se fazem em diversas leis e regulamentos a nível internacional. Ora diferem na sua extensão, ora no objecto e, até mesmo, na sua existência. A sua compreensão encontra-se sempre dependente da jurisdição a que o processo obedece, assim como do regulamento da instituição arbitral onde se desenvolve. Não podemos ainda esquecer a importância que a vontade das partes assume, especialmente quando não temos uma lei ou regulamento que dite as regras daquilo que deve ou não ser confidencial.

Sabemos que arbitragem é um procedimento privado e, assim sendo, tudo em volta da mesma seria confidencial, não abandonando a esfera de conhecimento dos seus intervenientes. Contudo, como foi salientado na *Hague Conference* em 2010, a cargo da *International Law Association*, existe uma diferença entre aquilo que é privado e aquilo que é confidencial. O facto de o procedimento arbitral ser privado implica que apenas as partes possam estar presentes nas audiências e participar nos demais procedimentos, enquanto a confidencialidade impõe que as partes não revelem informações acerca do processo arbitral a terceiros, assumindo obrigações nesse sentido¹⁸. Daqui retiramos que o seu carácter privado não impõe, por si só, uma obrigação de confidencialidade pelo

¹⁸Cfr *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, Hague Conference, 2010 “*The concept of privacy is typically used to refer to the fact that only the parties, and not third parties, may attend arbitral hearings or otherwise participate in the arbitration proceedings. In contrast, confidentiality is used to refer to the parties’ asserted obligations not to disclose information concerning the arbitration to third parties.*” in http://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/confidentiality/DraftReport_Intl_Comm_Arbitration_confidentiality.pdf, consultado em Novembro de 2016.

que, para que essa obrigação seja assumida, é necessário algo que a suporte e imponha, seja uma lei, um regulamento arbitral ou a própria convenção de arbitragem. Percebemos também que, apesar de generalizadamente aceite, valorizada e até mesmo considerada essencial, a confidencialidade não se impõe de forma automática pelo simples facto de estarmos no âmbito de um procedimento arbitral. Neste sentido, encontramos decisões dos Tribunais Australiano e Sueco que se pronunciaram no sentido da não existência de um dever geral de confidencialidade inerente à arbitragem.

Em 1995, no caso *Esso v Plowman*, a *High Court of Australia*, pronunciou-se no sentido de que, apesar de a arbitragem ser um procedimento privado a confidencialidade não lhe é inerente pelo que autorizou o Ministro Australiano da Energia e Minérios, que não era parte naquele processo arbitral, a aceder a todos os documentos e informações constantes do processo. Na mesma linha o *Svea Court of Appeal* considerou que não jaz na arbitragem uma obrigação implícita de confidencialidade. Acrescentou ainda que, de acordo com a lei sueca, para que vigore efectivamente a confidencialidade num procedimento arbitral é necessário que as partes tenham acordado nesse sentido¹⁹.

Em Portugal, é generalizadamente aceite como uma característica essencial ao procedimento arbitral, estando prevista uma obrigação de confidencialidade no já citado nº5 do artigo 30º da LAV. Contudo, não parece ser uma regra absoluta e irrevogável, essencialmente por dois motivos. O primeiro resulta desde logo do facto de a confidencialidade não integrar o âmago dos princípios ou regras fundamentais enunciados no nº1 do mesmo artigo. O segundo apresenta-se na linha do primeiro na medida em que, consoante nº2 do artigo 30º as partes são livres de estabelecer as regras do processo com a condição de que respeitem os princípios fundamentais do nº1 dos quais, como já vimos, não consta uma obrigação de confidencialidade.

Desta forma, as partes são livres de estabelecerem o que lhes aprouver quanto à privacidade e ao sigilo, assumindo a sua vontade, reflectida na convenção de arbitragem ou em acordo escrito posterior um importante papel.

¹⁹ Vide RUI PENA, “Os equívocos da confidencialidade na arbitragem”, em AGOSTINHO PEREIRA DE MIRANDA ET AL., Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo, Universidade Católica Editora, 2015, pag 255.

2.2 A questão que agora se coloca consubstancia-se naquilo que se encontra efectivamente sobre a alçada da confidencialidade. Sabemos que a amplitude do sigilo varia consoante os elementos supra-referidos (leis, regulamentos de instituições arbitrais e vontade das partes), todavia, é possível identificar os mais comumente referidos. Em alguns casos, a própria existência do litígio pode ser mantida em segredo, não suscitando, assim, curiosidade a terceiros, que poderiam eventualmente tentar imiscuir-se na questão. Outros elementos protegidos são, desde logo, a identidade das partes e dos árbitros, documentos inerentes ao processo, declarações de testemunhas, procedimentos, a questão e o valor em litígio, a sentença e outras decisões tomadas pelo tribunal.

Entre nós, indica-nos o preceito da LAV que devem ser mantidos sobre sigilo todas as informações e documentos obtidos através do processo arbitral.

2.3. Quando se verifica o dever de confidencialidade, este impõe-se a todos os intervenientes no processo arbitral. Intervenientes estes que se personificam, desde logo, nas partes do processo e nos árbitros, contudo, não se cinge a estes, integrando também os representantes das partes, advogados e funcionários do centro de arbitragem onde o procedimento tenha lugar. O nosso nº5 do artigo 30 da LAV apenas refere os “árbitros, as partes e, se for o caso, as entidades que promovam, com carácter institucionalizado, a realização das arbitragens voluntárias”, se bem que, não nos parece, que estejamos face uma referência exaustiva, mas antes exemplificativa, o que se pretende é referir aqueles que são indispensáveis à existência de um processo arbitral. Não menciona, por exemplo, os tradutores e os peritos que, quando prestam os seus serviços no âmbito de um procedimento arbitral podem ter acesso a informações que se pretendem confidenciais. Neste sentido, a fim de se proteger activamente os interesses das partes, era cauteloso que, também estes intervenientes fossem, expressamente, abrangidos pelo dever de confidencialidade.

Embora o seu alcance possa variar, todos aqueles que estejam sujeitos a este dever devem cumpri-lo. A LAV é silente no que toca às consequências da violação do dever de sigilo. Desta forma, devemos procurar a solução na lei geral. Podemos desde logo referir a indemnização nos termos gerais do Código Civil pelos danos causados e ainda responsabilidade criminal, *ex vi* artigos 195º, 196º, 383º e 386 nº1-c) do Código Penal.

Responsabilidade Criminal: Neste âmbito encontramos o artigo 195º do CP que tem como epígrafe “violação de segredo”. Pretende-se com esta incriminação proteger a privacidade de pessoa singular ou colectiva, traduzindo-se o tipo objectivo de ilícito na divulgação de segredo alheio, segredo este que o agente toma conhecimento por exercer determinada função. Note-se que o segredo alheio consiste num facto, numa informação real e verdadeira cuja divulgação seja susceptível de violar o interesse do seu titular. O artigo 196º refere-se ao “aproveitamento indevido de segredo” sendo sua intenção proteger o interesse patrimonial a ele adstrito, podemos aqui falar de fórmulas, técnicas de produção, *know how* e listas de clientes, por exemplo.

É também aplicável, o disposto no artigo 383º do CP que se refere à violação de segredo por funcionário. Também aqui o bem jurídico protegido pela incriminação é a privacidade e o património de outra pessoa. A alínea c) do nº1 do artigo 386º enquadra no conceito de funcionário os árbitros e os peritos.

2.4. Coloca-se a questão de saber qual a duração das obrigações inerentes à confidencialidade. A maioria das legislações é pouco clara quanto a esta questão, porém, podemos aferir que, tendo o processo arbitral génese numa convenção de arbitragem, esta pode regular a partir de e até quando o dever de sigilo se impõe aos actores arbitrais. Sendo a convenção omissa quanto à questão, devemos entender que terá início com a constituição do tribunal arbitral e terminará no momento que se justificar, questão que deve ser analisada casuisticamente.

3. Excepções

Não obstante o exposto, encontramos determinadas contingências que em maior ou menor medida afastam a confidencialidade. Seja por obrigações legais, pelo desenvolvimento do processo que obriga a intervenção de tribunais judiciais, pela imposição do interesse público ou em virtude do exercício de direitos, as obrigações inerentes ao dever de sigilo podem cessar. De salientar, e na medida em que a privacidade se encontra prevista em benefício das partes, é a possibilidade de existir um acordo entre elas no sentido de afastarem ou preverem algumas excepções para além do legalmente previsto.

3.1 Obrigações Legais.

No decorrer do processo, na eventualidade de algum dos intervenientes tomar conhecimento da prática de crimes ou contraordenações, vê-se legalmente obrigado a comunicá-lo às autoridades competentes. Exemplo destas obrigações é a necessidade de comunicar a prática ou suspeita de crime de branqueamento de capitais (368ºA do CP e Lei nº 25/2008, de 5 de Junho) e fraude fiscal (artigo 103º da Lei nº 15/2001, de 5 de Junho) Daqui resulta ainda outra importante questão que se verifica quando uma das partes se encontra obrigada a prestar informações a entidades reguladoras, tais como a Autoridade da Concorrência, Autoridade Nacional de Medicamentos e Produtos Farmacêuticos, Banco de Portugal e Comissão Nacional de Protecção de Dados, por exemplo. Note-se que o dever de informação perante estas entidades não é absoluto e geral, devendo incidir apenas no necessário, de acordo com o conteúdo da obrigação legal.

3.2. Intervenção do Tribunal Judicial.

Ao longo do processo arbitral pode ocorrer um conjunto de situações que solicitam a intervenção do tribunal judicial competente. Situações essas que se prendem designadamente com a necessidade de contribuir para o desenrolar da lide, dando o apoio necessário a certas actividades, tais como a nomeação de árbitros (artigos 10º/4/5 e 59/1/a) e nº2) quando a parte requerida não designe o seu árbitro no prazo de 30 dias (artigo 10º/4 da LAV) ou em caso de falecimento ou escusa (artigos 15º e 16º da LAV) e, ainda, a nomeação do Presidente do Tribunal arbitral (59º/1/a)) quando não haja consenso. Intervém também no âmbito do decretamento e execução de medidas cautelares previstas no Código de Processo Civil – doravante CPC - (artigos 27º e 29º da LAV), obtenção de prova e a execução de sentenças arbitrais (artigos 48º/1/2 da LAV e 730º do CPC).

Para além destas situações, a intervenção dos tribunais estaduais também ocorre como meio de controlo da legalidade da actuação do tribunal arbitral, nomeadamente através da acção de impugnação de sentença (46º da LAV) e com o recurso da sentença arbitral (39º da LAV). Devemos, contudo, ter em conta que o recurso de sentenças arbitrais tem um cariz excepcional (39º/4 da LAV) e para que seja possível é necessário que o litígio não tenha sido dirimido segundo a equidade e que tal possibilidade esteja

prevista na convenção de arbitragem. Regra geral, a decisão de mérito é definitiva e a sentença forma caso julgado (excepto em casos de violação da ordem pública), o que contribui para a concretização da celeridade que é assinalada a este meio de resolução de litígios. No entanto, a sentença pode vir a ser anulada, contanto se dê a violação de alguma formalidade, questão que será analisada pelo tribunal judicial competente, que não conhecerá do mérito da causa. Tal controlo pode ainda ocorrer no âmbito de reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira (artigo 55º da LAV).

Uma vez sob a alçada de um tribunal judicial, a publicidade é inevitável, de salientar é que, igualmente neste caso, a divulgação do conteúdo do processo arbitral não é plena. O tribunal estadual competente apenas conhece o necessário para dirimir a questão que lhe foi colocada, não averiguando o mérito da causa.

3.3. Caso esteja em causa o exercício de direitos das partes, há documentos que podem ser tornados públicos. De salientar é, na linha do que vem a ser referido, a necessidade da divulgação de informação se cingir ao necessário, tendo por limite o efectivo exercício do direito que se pretende fazer valer. É ainda necessário que a parte interessada apresente uma justificação adequada, no sentido de que não haverá mais nenhum meio de satisfazer a sua pretensão. Deve o árbitro analisar o pedido e decidir sobre a sua admissibilidade.

3.4. Interesse Público.

Vimos até agora algumas circunstâncias que permitem e justificam um desvio às obrigações de confidencialidade. Para além destas, existem ainda um outro motivo que não só justificam tal fuga como impõe que assim seja. Falamos aqui do Interesse Público.

A crescente popularidade da arbitragem, enquanto meio de resolução alternativa de litígios, não se faz sentir apenas entre os particulares, servindo também eficazmente os interesses de entidades públicas. Neste âmbito, surge uma importante questão directamente ligada ao tema em apreço: sabemos que um dos princípios-base que regula e limita a actuação da administração é o interesse público (artigo 266º da Constituição da República Português - CRP) e, ligado a este, aparecem obrigações de transparência e

publicidade. Surge-nos, assim, um confronto entre a privacidade expectável num procedimento arbitral e as obrigações que decorrem de deveres constitucionalmente impostos à actividade administrativa - artigos 266º e 268º da CRP.

Analisámos anteriormente o conteúdo da confidencialidade na arbitragem, de que forma surge, o que a sustenta e as obrigações que impõe aos intervenientes no processo. Assim sendo, e visando esclarecer a querela apresentada entre confidencialidade e interesse público, devemos procurar entender em que plano se inserem as obrigações inerentes ao último.

Nas palavras de Pedro Gonçalves²⁰, “é a razão de ser da existência do sistema administrativo e da Administração Pública”, é o núcleo essencial da acção administrativa que persegue certos bens que satisfazem necessidades colectivas. O interesse público não é necessariamente antagónico ao interesse privado sendo, muitas vezes, convergente, exemplo incontornável são as parcerias público-privadas. Contudo, não raras vezes também, o segundo cede imperativamente perante o primeiro. Encontramos uma supremacia jurídica do interesse público face ao interesse privado.

Assim sendo, percebemos que, ao contrário da confidencialidade que se trata de uma característica não indissociável da arbitragem (pelos motivos anteriormente explanados), a actuação da administração tem que, obrigatoriamente, obedecer a exigências de transparência tal como lhe é imposto pela lei fundamental. Retirar a publicidade do exercício da actividade administrativa é retirar-lhe a essência garantida por um Estado de Direito Democrático, é desfigurar os princípios-base do direito constitucional administrativo. Desta forma, entendemos a necessidade (e imperatividade) de a confidencialidade ceder face estes deveres impostos à máquina administrativa. Não esqueçamos que, para além de os administrados terem o direito a conhecer as práticas administrativas, estão, muitas vezes, em causa litígios que exigem da entidade pública indemnizações de valores astronómicos, indemnizações estas, que em caso de condenação, serão satisfeitas através da afectação de dinheiros públicos, trata-se de um exemplo prático que demonstra as exigências de transparência.

Assim sendo, a partir do momento em que uma das partes é uma entidade pública, o procedimento torna-se também ele público, não podendo a outra parte

²⁰ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Lições de Direito Administrativo I*, 2016, pp 5 a 39.

enquanto pessoa privada opor-se a tal. Daqui resulta que o privado parte no procedimento arbitral vê, de certa forma, ferida a expectativa de privacidade que obtém quando se submete à Arbitragem. Contudo, nenhuma das imposições, acima referidas com vista a salvaguardar uma actuação isenta de dúvidas, impõe que se revele a identidade do privado, que a nosso ver (a não revelação) nada prejudicaria a desejada defesa dos mais altos valores do direito constitucional administrativo, pelo que, pelo menos este aspecto poderia ser salvaguardado²¹. Note-se que, por evidências do caso, tal nem sempre será possível.

Em Portugal, registou-se já um avanço no sentido de impor a transparência quando uma das partes litigantes é uma entidade pública, prevendo-se, neste sentido, a publicação das sentenças. Veja-se o disposto nos Regulamentos da Centro de Arbitragem Administrativa e do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa. O primeiro prevê, como princípio que deve orientar o procedimento arbitral a “Transparência e publicidade das decisões arbitrais” (artigo 1º/g)) e acrescenta no nº3 do mesmo artigo que “As decisões arbitrais são publicadas no site do CAAD, expurgadas de quaisquer elementos susceptíveis de identificar as pessoas a que dizem respeito.”. O segundo refere no seu artigo 41º que “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.” (nº1) e ainda que “As restantes sentenças arbitrais são igualmente públicas, expurgadas de elementos de identificação das partes, salvo se qualquer destas se opuser à publicidade.” (nº2). Note-se, ainda, que a publicação encontra-se condicionada pela não oposição das partes. Tal parece não acautelar, de forma totalmente eficaz, o interesse público.

Ainda neste ponto podemos referir a Lei 10/2011, de 20 de Janeiro que prevê o Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária e estabelece, na alínea g) do artigo 16º, como princípio fundamental a publicidade das decisões arbitrais.

Não obstante a evolução registada, é de nossa convicção que, para além da sentença, os demais procedimentos arbitrais, desde que em causa não colocassem interesses da contraparte, nomeadamente a revelação da sua identidade, deviam ser de

²¹ Em sentido contrário, MIGUEL CATELA “. (...) a parte privada não teria o direito de se opor à divulgação integral da decisão, incluindo a identificação das partes, sempre que no outro extremo da relação, estivesse uma entidade pública.” MIGUEL CATELA, “Confidencialidade em arbitragens versus interesse público” *in* Vida judiciária março/abril de 2016

conhecimento público e não devia a lei permitir que uma entidade pública convencionasse a confidencialidade de decisões que lhe digam respeito.

3.5. Por fim, contingência incontornável é, principalmente em arbitragens mais complexas e que decorrem perante uma instituição, a participação de um número mais ou menos alargado de intervenientes. Revela-se de difícil alcance a estipulação de um acordo de confidencialidade com cada um deles pelo que, por vezes, não é fácil controlar a disseminação de certas informações.

4. Outras justificativas.

No ponto anterior observámos como determinadas vicissitudes podem alterar a questão da confidencialidade num procedimento arbitral.

Se, aos nossos olhos, se revela compreensível e lógico que princípios constitucionalmente impostos justifiquem a queda de obrigações de confidencialidade em prol de uma maior transparência, e que a contingência da intervenção dos tribunais estaduais, assim como imposições legais baseiem o denominado *discloser*, tal não se revela tão claro quando nos encontramos no âmbito de um processo arbitral que se desenvolve entre particulares e a ele não se aplica nenhuma norma que legitime a divulgação de factos e informações inerentes ao processo. Contudo, mesmo neste caso, encontramos um conjunto de questões que permitem justificar a existência de uma maior abertura e transparência.

4.1. Jurisprudência e Doutrina Arbitral.

Invocamos desde logo, que a divulgação de sentenças e respectiva fundamentação traduz um importante contributo para o desenvolvimento de uma jurisprudência arbitral sólida e coerente. Com este propósito foi redigido o nº6 do artigo 30 da LAV²², contudo, a hipótese nele prevista encontra-se condicionada pela não oposição de nenhuma das partes à divulgação das decisões arbitrais que a elas digam respeito. Esta condição é, a nosso ver, motivo de discórdia, uma vez que é ressalvado

²² Como se lê na nota 98 que acompanhou os projectos de Nova LAV publicados em 2009 e 2010, “esta excepção (limitada pela não oposição das partes) visa permitir a publicação das sentenças arbitrais, a fim de que possam ser analisadas e comentadas pelos estudiosos, fomentando-se assim a formação e consolidação de uma jurisprudência arbitral, tanto quanto possível coerente “publicado in Revista Internacional de arbitragem e conciliação, ano de 2010 p193

pelo preceito legal que tal publicação, a ser feita, não identifica os intervenientes. Neste sentido, estando salvaguardadas a identidade das partes²³, bem como determinadas informações sensíveis cuja divulgação possa representar um prejuízo para algum dos litigantes, não encontramos motivo para a não publicação. Acrescentamos, ainda, que tal oposição poderia ser, excepcionalmente, atendida caso fosse devidamente justificada, ao contrário do referido preceito que permite que as partes se oponham de forma não fundamentada ou até mesmo desinteressada.

O que se pretende, aqui, é demonstrar os necessários elementos para que se possa entender a controvérsia em causa e, assim, desvendar o seu âmago jurídico. Desta forma, torna-se possível averiguar fragilidades e assim estudar a melhor forma de as colmatar. É também possível contemplar e promover as boas práticas que já abundam no meio arbitral.

Beneficiando de uma jurisprudência completa e organizada, torna-se possível um estudo aprofundado da realidade arbitral, o que permite uma maior previsibilidade e coerência das decisões adoptadas. É benéfico para as partes, que encaram a arbitragem como meio mais seguro no sentido de uma maior previsibilidade e transparência, e também o é para os árbitros que perante situações, cuja decisão não se revela fácil, têm a possibilidade de se inspirar em sentenças anteriores, alcançando a melhor decisão possível, tanto por meio de aplicação do direito como pela equidade. Dispondo deste conhecimento é possível promover e desenvolver esta jurisdição, conhecendo as suas lacunas revela-se possível suprir as respectivas contingências, especialmente no que concerne à sua regulação.

Ainda neste campo, podemos questionar a quem deve ser atribuído o papel de organização e divulgação de jurisprudência. Devemos aqui destringir dois focos: o da Arbitragem Institucionalizada e o da Arbitragem *ad hoc*.

As instituições que promovem com carácter institucionalizado a arbitragem podem, neste campo, assumir grande importância. Na linha daquilo que já se verifica, por exemplo, no CAAD, poderiam todas as instituições disponibilizar nos seus *sites* as sentenças e respectivas fundamentações. No âmbito de arbitragens *ad hoc* poderia a

²³ Quando falamos no requisito de não divulgação da identidade das partes não se pretende referir apenas o seu nome ou designação comercial, mas sim todos os elementos processuais susceptíveis de as identificar.

APA encarregar-se da recepção, organização e disponibilização dos veredictos recebidos.

Devemos aqui referir, a propósito desta questão, a Lei 144/2015 de 8 de Setembro²⁴, que dispõe sobre a resolução alternativa de litígios de consumo. O artigo 9º do referido diploma impõe a transparência como requisito de actuação das entidades de Resolução Alternativa de Litígios (RAL), regulando nos números 1 e 2 os respectivos termos. Neste sentido, é imposto às entidades de RAL que assegurem, de forma clara e expressa, a divulgação no seu *site* ou a qualquer pessoa que a solicite, de informações que constem, nomeadamente, do seu relatório anual de actividade (alínea m) do nº1 do artigo 9º) particularmente sobre os elementos constantes das alíneas a) a i) do nº2 do artigo 9º: o tipo de reclamações que receberam (alínea a)); “problemas sistemáticos ou importantes que ocorram frequentemente e que conduzam a litígios entre consumidores e fornecedores de bens ou prestadores de serviços podendo esta informação ser acompanhada de recomendações sobre o modo como esses problemas podem ser evitados ou resolvidos no futuro, a fim de melhorar as práticas dos fornecedores de bens ou prestadores de serviços e de facilitar o intercâmbio de informações e das melhores práticas” (alínea b)); “A percentagem de procedimentos de RAL interrompidos e, se conhecidas, as razões da sua interrupção.” (alínea e)); “A taxa de cumprimento dos resultados dos procedimentos de RAL, se conhecida.” (alínea g)); e “a avaliação da satisfação dos consumidores e fornecedores de bens ou prestadores de serviços utilizadores da entidade de RAL;” (alínea h)).

Estas informações permitem um conhecimento generalizado da realidade da arbitragem nestes centros de RAL, o que possibilita o desenvolvimento e aperfeiçoamento das suas práticas.

Desta feita, revela-se necessário que os regulamentos das instituições arbitrais assim como a LAV, estipulem, de forma clara e precisa, este tema. Prevendo, como regra geral, a publicidade das decisões arbitrais acompanhadas da fundamentação devida assim como os ditames de possíveis excepções que pudessem ser invocadas pelas partes.

4.2 Transparência.

²⁴ Esta Lei veio transpor a Directiva 2013/11/EU do Parlamento Europeu e do Conselho.

Outra importante questão prende-se com a ideia de que, sendo a arbitragem um meio privado de resolução de litígios, nem sempre a justiça e a verdade se impõem perante os interesses de uma das partes. Falamos, aqui, da eventual ideia de parcialidade dos árbitros face a eventuais pressões. Por vezes, poder-se-á levantar alguma questão relativamente à utilização de meios menos ortodoxos por uma das partes para influenciar a decisão do tribunal. Sendo a sentença e respectiva fundamentação públicas tais desconfianças seriam moderadas e a legitimidade dos árbitros e instituições assegurada. Para os árbitros, a disponibilização das sentenças a estudiosos e especialistas da área, que a elas dedicariam uma análise pertinente, traduz-se numa forma de afastar essas inseguranças quanto à qualidade e seriedade dos seus veredictos. Neste sentido, Agostinho Pereira de Miranda salientou que no que toca à imparcialidade dos árbitros “não basta assentar na convicção de cada um mas também no reconhecimento público”²⁵. Não se pretende aqui classificar a arbitragem como uma justiça desonesta ou corrupta, antes pelo contrário. O objectivo é demonstrar a sua seriedade e capacidade de dirimir litígios, afastando qualquer dúvida que, eventualmente, possa surgir. A promoção da arbitragem por esta via pode obter bons resultados sobre os potenciais utilizadores, traduzindo-se numa forma de potenciar a confiança neste meio de resolução de litígios.

4.3 Face ao exposto devemos clarificar, para que dúvidas não restem, cinco importantes pontos. Impõe-se registar, desde logo, que a confidencialidade, ao contrário da privacidade, não é conceito, sem mais, inerente ao processo arbitral.

Em segundo lugar, é importante não olvidar que, apesar de não decorrer automaticamente da arbitragem, não é por isso menos valorizada e desejável, configurando, muitas vezes, um factor decisivo para a opção por este meio de resolução de litígios.

Assim sendo, e daqui resulta o nosso terceiro ponto, impõe-se a necessidade de as partes elaborarem um detalhado e preciso acordo onde configurem as obrigações de

²⁵ Nota Vide RUI PENA, “Os equívocos da confidencialidade na arbitragem”, em AGOSTINHO PEREIRA DE MIRANDA ET AL., Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo, Universidade Católica Editora, 2015, pag. 261

sigilo que pretendem ver asseguradas. Neste acordo, deverá constar uma cláusula geral de confidencialidade seguida de precisos preceitos que façam incidir as obrigações pretendidas sobre todos os documentos, declarações, decisões e procedimentos. Seria, também, aconselhável as partes identificarem como sigilosas todas as informações que levem para o processo cuja divulgação possa significar grave prejuízo para si. Por fim, poderia também ser estabelecido um leque de sanções em caso de violação dos deveres impostos. Assume, assim, grande importância a densificação do tema na convenção de arbitragem. Ao prever-se a confidencialidade de forma detalhada e exaustiva, evitam-se lacunas e assegura-se o seu cumprimento.

Na ausência de lei, regulamento ou convenção de arbitragem devem, determinadas questões, ser decididas pelos árbitros que deverão atender aos usos, ao direito aplicável e analisar as contingências do caso. Falamos, neste âmbito, da extensão da confidencialidade, do poder de autorizar ou não a divulgação de certa informação e aplicação de sanções em caso de violação do sigilo.

Em quarto lugar é indispensável a referência de que, mesmo quando devidamente regulada ou assegurada por lei ou regulamento, dificilmente a confidencialidade é absoluta face a um conjunto de vicissitudes que podem afectar o procedimento arbitral.

Por último, de salientar é que, com intenção defendida de publicação de sentenças para o desenvolvimento da jurisprudência e doutrina arbitral, não se pretende um ataque à esfera de confidencialidade que as partes tenham regulado. Deseja-se, apenas, que se tornem públicos os elementos indispensáveis para caracterizar a esfera jurídica e os contornos do caso, nunca pondo em causa a privacidade e confidencialidade estabelecidas pelas partes.

5. Plano Internacional

5.1 A nível internacional verificaram-se alguns avanços quanto a divulgação de informações, corolário dessa evolução são as alterações introduzidas pela Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. Com o intuito de promover uma maior abertura e transparência passou a prever a necessidade de dar a conhecer a identidade e nacionalidade dos árbitros que actuam em cada processo. Sendo a questão da confidencial um elemento tão preponderante da realidade arbitral esta

pequena alteração representa já um grande passo. De salientar são as contingências inerentes a estas alterações. Não podemos esquecer que aqui vigora uma justiça, de certa forma alternativa, na medida em que se baseia na vontade das partes. Esta vontade reflecte-se ainda na possibilidade de os litigantes escolherem a instituição de arbitragem que mais lhes aprouver. Assim sendo, verifica-se uma grande concorrência entre os diversos centros que tentam apresentar-se da forma mais apelativa possível ao público, daí que, alterações nesta área, se revelem demoradas e cautelosas.

5.2 Ainda na realidade internacional alguns avanços foram registados, aluda-se à última versão das *Arbitration Rules* (2013) que vieram instituir as chamadas Regras de Transparência que se pretendem ver aplicadas às arbitragens que envolvam estados e investidores. Este significativo avanço justifica-se pela crescente participação de Estados em procedimentos arbitrais, o que levou a UNCITRAL a desenvolver um conjunto de normas que acautelasse o interesse público. Regra geral aplicam-se a todos os procedimentos arbitrais que se realizem entre um estado e investidores, cuja convenção de arbitragem se haja realizado a partir de 1 de Abril de 2014 e tenham designado as *Arbitration Rules* como competentes para regular o litígio. Note-se que não é essencial a sua total aplicação, no sentido de que as partes podem regular a sua incidência, alargando, reduzindo ou excluindo a sua aplicação.

Este instituto veio prever a possibilidade de intervenção, no procedimento arbitral, de terceiros com a condição de que a sua participação contribua activamente para a resolução do litígio. A sua admissão na lide ocorre nos termos dos artigos 4º e 5º das Regras de Transparência.

Regulado por este documento é também a publicidade atribuída a determinadas informações. Dele resulta que deve ser de conhecimento público o início de um procedimento arbitral que se desenvolva entre Estado – Investidor, a identidade das partes, o sector económico em causa assim como o objecto do litígio (artigos 2º das Regras de Transparência). Devem também ser divulgadas nos termos do nº 2 do artigo 3º declarações de peritos e testemunhas mediante pedido realizado ao tribunal. A publicação destas informações é da responsabilidade do Secretário Geral das Nações Unidas ou de entidade designada pela UNCITRAL (artigo 8º das Regras de Transparência). De salientar é a necessidade de, perante determinadas situações, afastar

a aplicação destas regras. Atentemos aos casos em que a divulgação de informações significa um grave prejuízo para uma das partes. Quer para o Estado quando em causa estejam informações relativas à sua segurança quer para a contraparte quando a divulgação signifique uma clara violação às regras de concorrência por implicar a divulgação de fórmulas, patentes ou técnicas de fabrico, por exemplo. Não se pretende, com este regime, prejudicar nenhuma das partes, até porque tal significaria um claro desincentivo à escolha da arbitragem como meio de resolução de litígios. Neste sentido o artigo 7º da Regras de Transparência prevê algumas exceções, considerando não abrangidas por estas regras informação comercial confidencial, informações que a convenção de arbitragem ou o contrato onde ela se insere considerem sigilosas e informação que seja classificada como confidencial pelas leis aplicáveis ao caso (nº2 do artigo 7º das Regras de Transparência). O número 3 do mesmo artigo prevê ainda um conjunto de diligências que devem ser adoptadas pelo tribunal no sentido de prevenir a divulgação de informação sigilosa. São elas a concessão de um prazo para que as partes ou terceiros informem da existência de informação confidencial e a adopção das necessárias medidas para que as audiências ocorram “à porta fechada”.

Não desvalorizando o indubitável avanço que este diploma alcançou devemos apontar três fragilidades que dele ressaltam. A primeira prende-se com o facto de as regras implementadas não serem vinculativas uma vez que podem ser afastadas, mediante acordo estabelecido entre as partes (artigo 1º/1 das Regras de Transparência) a segunda respeita à indeterminação do conceito de “informação comercial confidencial” ou como se lê na versão original do diploma “*confidential business information*” (artigo nº 7º/2/a)) e por fim prevê-se, pela implementação da possibilidade de intervenção de terceiros nos termos do diploma, um decréscimo da desejada celeridade inerente à arbitragem.

Não olvidemos, contudo, o seu mérito que promove a formação de uma jurisprudência completa e represente um salvo-conduto para o interesse público.

Ademais, com relevância para o tema em apreço é de mencionar a Convenção das Maurícias sobre Transparência, que possibilita aos Estados signatários a vigência das regras de transparência face a todo os tratados por eles assinados com investidores.

Conclusão.

Cabe-nos agora expressar algumas notas conclusivas. Em primeiro lugar é de salientar o importante objectivo alcançado pela actual LAV que, com a sua aproximação à Lei modelo e à convenção de Nova Iorque, permitiu colocar Portugal na rota da arbitragem internacional e promove-la entre portas. Posto isto, e uma vez que beneficiamos de uma lei capaz de produzir os efeitos desejados podemos apontar a necessidade de divulgação da arbitragem, entre potenciais utilizadores e profissionais jurídicos, especialmente entre os advogados pois são eles, na maioria dos casos, os responsáveis pela redacção de contratos sendo, também, sua recorrente função representar clientes junto das instâncias arbitrais. Com profissionais informados e capazes de fazer valer as suas aptidões nesta área teremos concerteza os mecanismos necessários para promover e desenvolver qualitativamente este meio de resolução de litígios. Um importante passo dado nesta área foi a Lei 144/2015 de 8 de Setembro que transpôs a Directiva 2013/11/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho que permitiu uma divulgação eficiente da arbitragem, pelo menos no seio dos comerciantes e prestadores de serviços.

Em segundo lugar, ressalta como mote a questão da confidencialidade no âmbito de um procedimento arbitral. Daqui retiramos que, apesar de não ser inerente à arbitragem não é por isso menos valorizada. Neste sentido, impõe-se a necessidade de as obrigações a ela ligadas serem exaustivamente reguladas pelas partes, que devem sempre atender ao disposto na lei do lugar da arbitragem e aos regulamentos que a ela se, eventualmente, apliquem. Prova da não inerência da confidencialidade face à arbitragem são as vezes que ela cede, de forma mais ou menos abrangente, perante determinadas contingências. Falamos aqui da intervenção dos tribunais judiciais no procedimento arbitral, obrigações de *discloser* por imposição legal e em prol de exercício de direitos e a incontornável questão do interesse público. Para além destes pontos parece-nos essencial a formação de um corpo sólido de jurisprudência arbitral, função que poderia ser desempenhada pela APA, assim como, a ela, poderia ser atribuída a responsabilidade do depósito de sentenças pelo período legalmente estipulado (actualmente esta função pertence, supletivamente, ao Presidente do Tribunal Arbitral nos termos do nº4 do artigo 44º da LAV). Esta possibilidade, de as sentenças e respectiva fundamentação serem analisados por estudiosos da área, imprime na

arbitragem um cunho de confiança, afastando-se qualquer obscuridade que eventualmente rodeie esta jurisdição.

Parece-nos que a arbitragem só tem a ganhar com esta transparência defendida (embora comedida) tanto do ponto de vista da sua crescente credibilização como no seu aperfeiçoamento e desenvolvimento.

De grande importância são as alterações que se verificaram no plano internacional, essencialmente por dois motivos. Em primeiro lugar aludimos ao facto de as referidas alterações influenciarem um número significativo de procedimentos, constituindo um mecanismo de divulgação de novas práticas arbitrais. Em segundo lugar é o reconhecimento daquilo que vem a ser defendido, no sentido da não inerência da confidencialidade à arbitragem e da imperatividade de ela ceder face a exigências fundamentais, como é o caso do interesse público.

Concluimos pela necessidade de harmonização da questão da confidencialidade, tanto ao nível dos diferentes ordenamentos jurídicos como no âmbito dos variados regulamentos de instituições de arbitragem. Até lá assume grande importância a regulação do tema pelos interessados. Só assim será possível acautelar os interesses das partes de forma eficaz e auspiciosa.

Bibliografia

BAPTISTA, Luiz Olavo, “Confidencialidade na Arbitragem”, *in* V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, Almedina

BARROCAS, Manuel Pereira,

“A Reforma da Lei de Arbitragem Voluntária”, *in* Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 46, Março-Abril, 2007;

Lei da arbitragem comentada, Coimbra Almedina, 2013.

Manual de Arbitragem, 2ª ed., Coimbra Almedina, 2013.

CARAMELO, António Sampaio,

“A competência da competência e a autonomia do Tribunal Arbitral”, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 73, 2013

“Da Condução do Processo Arbitral”, Comentário aos artigos 30º a 38º da Lei da Arbitragem Voluntária, pp 669 a 684 *in*

http://www.mlgts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/2014/Da_conducao_do_processo_arbitral_-_Comentarios_ao_arts._30_a_38_da_Lei_da_Arbitragem_Voluntaria.PDF

CATELA, Miguel, “A confidencialidade em arbitragens versus o interesse público” *in* Vida Judiciária, março/abril 2016.

CORTEZ, Francisco, “A arbitragem voluntária em Portugal, Dos — ricos homens aos tribunais privados”, *in* O Direito, Lisboa, 1992.

CUNHA, Damião, Comentário ao artigo 386º do CP, in “Comentário Conimbricense ao Código Penal”, Tomo III, pp 808 a 823.

ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário, Lei da Arbitragem Voluntária Comentada, Almedina, 2014

LEBRE DE FREITAS, José, “Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem” in Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, vol. II, Coimbra, Almedina, 2002, págs. 625-641.

GOUVEIA, Mariana França, Curso de Resolução Alternativa de Litígios, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2014.

MENDES, Armindo Ribeiro, Lei da Arbitragem Voluntária Anotada, 2ª ed, Coimbra, Almedina 2015

MERCHÁN, José F. Merino, “*Confidencialidad e Arbitrage*” in http://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/confidentiality/Confidencialidad_y_Arbitraje_-_Jose_Fernando_Merino.pdf

MONIZ, Helena, Comentário ao artigo 383º, in “Comentário Conimbricense ao Código Penal, Tomo III, pp 783 a 789.

MOREIRA, João Ilhão, “Transparência ou confidencialidade na arbitragem comercial: a propósito das alterações da CCI quanto à confidencialidade dos processos”, in Revista Vida Judiciária, março/abril de 2016, pag. 24 e 25.

PAULSSON, Jan and RAWDIN, Nigel, “*The trouble with confidentiality*” in http://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/confidentiality/Confidentiality_-_paulsson_and_rawding.pdf

PENA, Rui, “o (s) equívoco (s) da Confidencialidade na Arbitragem” in Agostinho Pereira de Miranda *ET AL*, Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo, Universidade Católica Editora, 2015

PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, “Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 3º ed, Universidade Católica Editora, pag769 e 774.

SMELLIE, Richard, “Is Arbitration Confidential?”, in <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=fe578ed6-03ca-4f77-b4f8-61094f6b901b>