



Victor Carlos Corsi

A intermitente e oscilante relação entre a arbitragem e os efeitos da confidencialidade

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses sob a orientação da Professora Doutora Sandra Passinhas.

Janeiro/2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U • C • FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Victor Carlos Corsi

A intermitente e oscilante relação entre a arbitragem e os
efeitos da confidencialidade

The intermittent and oscillating relationship between
arbitration and the effects of confidentiality

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre),
na Área de Especialização em Ciências Jurídico-
Forenses.

Orientadora: Professora Doutora Sandra Passinhas

Coimbra, 2017

AGRADECIMENTOS

A Deus, por sempre amparar-me com seus sublimes sinais e provimentos, por conceder-me sabedoria nas escolhas dos melhores caminhos, por fortalecer-me na fé e na vontade de seguir na busca de meios de melhor servi-lo.

A minha amada esposa e companheira, Francine Marques Duarte Corsi que, de forma constante e serena, deu-me força e coragem ao apoiar-me nos momentos de dificuldade, iluminando meus pensamentos e pacificando meu espírito.

Aos meus pais, Moacir Corsi e Maria Cecília Baqueiro Corsi, e a minha avó, Dona Aparecida, pelo amor manifestado em apoio, confiança e motivação incondicional que sempre me impulsionaram em direção às vitórias dos meus desafios.

À Professora Doutora Sandra Passinhas que, de forma sábia, precisa e efetiva, orientou-me, prontamente, nos momentos fulcrais que transcorreram durante o instigante e prazeroso desenvolvimento da presente dissertação.

“Então, o consultaram, dizendo: Mestre, sabemos que falas e ensinas retamente e não te deixas levar de respeitos humanos, porém ensinas o caminho de Deus segundo a verdade; é lícito pagar tributo a César ou não? Mas Jesus, percebendo-lhes o ardil, respondeu: Mostrai-me um denário. De quem é a efígie e a inscrição? Prontamente disseram: De César. Então, lhes recomendou Jesus: Dai, pois, a César o que é de César e a Deus o que é de Deus. Não puderam apanhá-lo em palavra alguma diante do povo; e, admirados da sua resposta, calaram-se.”

Lucas, 20, 21-26

RESUMO

As formas de Resolução Alternativa de Litígios apresentam-se como promissoras vertentes da atual política jurídica que irão se difundir ao longo das próximas décadas, proporcionando uma nova identidade à Justiça. Dentre elas está a arbitragem que, para sua instauração, é preciso que haja um acordo entre as partes, manifestada na convenção de arbitragem. Assim, além da lei e de princípios incidentes em seus procedimentos, referida convenção é hábil a delimitar sobre a eventual incidência da confidencialidade na relação que tende a se estabelecer. Essa realidade denota-nos que seus efeitos não são uniformes, constantes e imperativos, de fato, são maleáveis por força da vontade das partes, da jurisdição de onde o procedimento se estabelece e sujeitos às exceções previstas em lei em razão de seus manifestos desígnios de preponderância. Por outro lado, a confidencialidade é uma característica intimamente ligada à arbitragem, exercendo um efeito atrativo, muitas vezes preponderante, às partes que almejam resolver seu conflito sem ter que trazer à luz do domínio público quaisquer matérias ou informações que somente lhes dizem respeito. Sendo evidente, portanto, a relevância da confidencialidade para arbitragem, a presente dissertação tem como escopo aprofundar seu estudo segundo determinados prismas, ressaltando a importância da convenção arbitral e a possibilidade da confidencialidade ser conciliável com a transparência. Ela também destaca que a confidencialidade é limitada pelo resultado direto da diferença que se estabelece entre a preponderância de um direito sobre o outro na balança da justiça, então calibrada segundo os ditames da lei sob a qual a arbitragem se estabelece e a convenção arbitral celebrada entre as partes.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Confidencialidade na arbitragem. Transparência na arbitragem. Convenção arbitral. Resolução Alternativa de Litígios.

ABSTRACT

The forms of Alternative Dispute Resolution are promising aspects of the current legal policy that will spread over the coming decades, providing Justice with a new identity. Among these forms is arbitration, which requires an agreement between the parties to be established, the so-called arbitration agreement. Thus, in addition to law and its principle procedures, such convention is capable of delimiting the possible incidence of confidentiality in the relationship to be established. This reality denotes that its effects are not uniform, constant and imperative. In fact, effects are malleable, due to the virtue of the will of the parties, of the jurisdiction from where the procedure is established, and they are subjected to the exceptions foreseen in law by reason of its manifest designs of preponderance. On the other hand, confidentiality is closely related to arbitration, having an attractive effect, often preponderant, on parties seeking to resolve their conflict without having to bring into public domain any matters or information that only concern them. Once the importance of confidentiality in arbitration is evidente, the present dissertation aims to deepen its study according to certain viewpoints, by emphasizing the importance of the arbitration agreement and the possibility of confidentiality be reconcilable with transparency. It also highlights that confidentiality is limited by the direct result of the difference between the preponderance of one right over the other in the balance of justice, which is calibrated according to the dictates of the law under which the arbitration is established and the arbitration agreement made between the parties.

KEYWORDS: Arbitration. Confidentiality in arbitration. Transparency in arbitration. Arbitration agreement. Alternative Dispute Resolution.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

- AAA - American Arbitration Association
- Al. / als. - Alínea / Alíneas
- APA - Associação Portuguesa de Arbitragem
- Art. / arts. - Artigo / artigos
- CCI - Câmara de Comércio Internacional
- CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem
- CVM - Código de Valores Mobiliários
- Coord. - Coordenador
- Cfr. - Conforme
- CRP - Constituição da República Portuguesa
- CMVM - Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
- DIAC - Centro Internacional de Arbitragem de Dubai
- DIS - Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit
- DUDH - Declaração Universal dos Direitos do Homem
- Ed. - Editora
- EUA - Estados Unidos da América
- HKIAC - Hong Kong International Arbitration Center
- ICDR - International Centre for Dispute Resolution
- LAV - Lei de Arbitragem Voluntária
- LCIA - London Court of International Arbitration
- N.º - Números
- Org. - Organizado
- P. / pp. - Página / páginas
- QMUL - Queen Mary University of London
- RAL - Resolução Alternativa de Litígios
- SCC - Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce
- SIAC - Centro de Arbitragem de Singapura
- UNCITRAL - United Nations Commission on International Trade Law
- WIPO - World Intellectual Property Organization

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	9
1. RESOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE LITÍGIOS	11
1.1. Natureza das Resoluções Alternativas de Litígio.....	12
1.2. Mediação	13
1.3. Conciliação.....	14
1.4. Arbitragem	15
2. CONFIDENCIALIDADE SEGUNDO UMA PERSPECTIVA GERAL	18
2.1. A arbitragem e a confidencialidade.....	19
2.2. A confidencialidade como fator preponderante na arbitragem	21
2.3. Privacidade e confidencialidade.....	22
2.4. Os limites da Confidencialidade na arbitragem	24
2.5. Críticas à confidencialidade	26
3. A CONFIDENCIALIDADE E A ARBITRAGEM NO MUNDO	27
3.1. A historicidade da confidencialidade na arbitragem mundial.....	28
3.2. A confidencialidade e sua relação com a legislação arbitral vigente no mundo.....	31
3.3. A confidencialidade e sua relação com alguns dos grandes regulamentos de arbitragem	33
3.4. Relevantes decisões contrárias à confidencialidade.....	38
4. A ARBITRAGEM E SUA RELAÇÃO COM A CONFIDENCIALIDADE NO DIREITO PORTUGUÊS	39
4.1. Base legal do Tribunal Arbitral.....	39
4.2. Base legal da confidencialidade com relação à arbitragem	41
4.3. A Lei de Arbitragem Voluntária e a Confidencialidade	42
4.4. Consequência da violação do dever de sigilo	47
5. A RELATIVIZAÇÃO DA CONFIDENCIALIDADE NA ARBITRAGEM.....	47

5.1. A vulnerabilidade da arbitragem diante das circunstâncias que a envolvem.....	48
5.2. Confidencialidade <i>versus</i> dever legal de informação.....	50
5.3. Quebra da confidencialidade pelo tribunal arbitral	52
5.4. Quebra da confidencialidade por qualquer das partes na defesa dos seus direitos ...	53
5.5. Confidencialidade <i>versus</i> interesse público	55
5.6. Guarda e preservação da sentença e do processo arbitral	57
5.7. O dever de confidencialidade de intervenientes e auxiliares administrativos.....	59
5.8. Precauções a serem observadas quando da redação da convenção arbitral	59
6. CONCLUSÃO	62
BIBLIOGRAFIA	64

INTRODUÇÃO

No meio intelectual há sempre conceitos não efetivamente concretos e relativos que são frequentemente reconhecidos como temas para reflexões e debates complexos. Conceitos como proporcionalidade, igualdade ou equidade são exemplos claros dessa conclusão. Neste cenário, surgem, também, outros conceitos cujos significados têm sido de relevante importância às formas de RAL, dentre os quais, a confidencialidade.

Na arbitragem, o conceito de confidencialidade detém relevante e evidente significado prático e simbólico. Decerto, seus efeitos denotam, de plano, vantagens àquele que opta por essa forma de RAL em detrimento da via tradicional consubstanciada nos contenciosos e, na maioria dos casos, morosos tribunais judiciais¹.

Estudo recentemente, realizado pela QMUL, externa que a confidencialidade é, efetivamente, uma das mais relevantes considerações para aqueles que optam por utilizar o referido sistema².

Por assim ser, sendo evidente a importância da confidencialidade na arbitragem, torna-se essencial aprofundar o estudo de seu conceito, seus reflexos práticos e legais neste cenário. Ademais, como se verá através desta dissertação, seus efeitos não são uniformes, constantes e imperativos. De fato, são maleáveis por força da vontade das partes e sujeitos às circunstâncias previstas em lei e à jurisdição de onde o procedimento se estabelece.

Enfim, a extensão que envolve o dever de se tutelar a confidencialidade dos dados do processo e, muitas vezes, da sua própria existência, está sujeita à prévia manifestação da vontade das partes, consubstanciada na convenção arbitral, cuja redação é de suma importância para a referida finalidade, assim como as regras da instituição arbitral e da jurisdição na qual o procedimento arbitral se estabelece, as quais nem sempre são confluentes.

Partindo desta perspectiva, veremos que uma pequena minoria das legislações arbitrais nacionais determina, de forma expressa, sobre um dever de confidencialidade para as partes ou para o tribunal arbitral.

¹ MOREIRA, João Ilhão - Transparência ou confidencialidade na arbitragem comercial: a propósito das alterações da CCI quanto à confidencialidade dos processos. **Revista Vida Judiciária**. n.º 194 (2016), p. 24.

² QMUL, School of International Arbitration e White & Case - **2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, The most valuable characteristics of Arbitration** [em linha]. (2015), p. 10. [Consult. 27 Setembro 2016]. Disponível em <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>.

Dentre essas podemos citar a LAV portuguesa que dispõe, embora de forma relativamente ampla, que:

“os árbitros, as partes e, se for o caso, as entidades que promovam, com carácter institucionalizado, a realização de arbitragens voluntárias, têm o dever de guardar sigilo sobre todas as informações que obtenham e documentos de que tomem conhecimento através do processo arbitral”.

Entretanto, no tocante às legislações em que este dever não está consagrado, os efeitos da confidencialidade, quase sempre acabam, na prática, se manifestando àqueles que atuam no processo, tal como na jurisprudência dos tribunais britânicos que entende ser uma obrigação inerente ao acordo arbitral³.

Adiante, veremos que a extensão do dever de confidencialidade permeia-se de forma consideravelmente ampla sobre o procedimento arbitral, envolvendo não apenas a sentença proferida, os documentos angariados e as decisões tomadas pelo tribunal arbitral, mas, também, as informações que os árbitros, as partes e as instituições apreciaram durante todo o processo.

Já no que concerne às exceções ao dever de confidencialidade, notadamente relativos ao interesse público e às obrigações legalmente previstas, estas tendem a configurar-se de forma restrita, manifestando-se, portanto, como exceções ao carácter confidencial incidente sobre a arbitragem, nomeadamente por força de seus manifestos desígnios de preponderância.

Destarte, esta dissertação tem como fim aventar sobre a evolução da confidencialidade no âmbito da arbitragem, de modo a demonstrar que ainda que seja uma característica importante para os procedimentos arbitrais, há uma tendência generalizada de se flexibilizar a incidência deste seu atributo, sem que o instituto da arbitragem, todavia, seja desacreditado. Por assim ser, almeja-se demonstrar a real maleabilidade dos efeitos da confidencialidade que, por consequência, tende a favorecer uma maior transparência do processo arbitral e, a partir dessa transparência, a incidência da publicidade em determinadas circunstâncias⁴.

³ MOREIRA, João Ilhão - Transparência ou confidencialidade na arbitragem comercial...p. 25.

⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino; FIGUEIROA, Caio Cesar - Arbitragem é Conciliável com os princípios da transparência e publicidade. **Consultor Jurídico** [Em linha]. (2015). [Consult. 07 novembro 2016]. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-09/arbitragem-conciliavel-transparencia-publicidade>.

Enfim, as informações angariadas ao longo de uma imersão no contexto histórico, legal e doutrinário atinentes à matéria, e ora sintetizadas através desta dissertação, vêm demonstrar que a confidencialidade não possui esse intrínseco caráter de essencialidade para a arbitragem, porém, a disposição de seus efeitos àqueles que optam por este instituto é manifestamente um de seus grandes e mais relevantes atrativos. Todavia, verificar-se-á que a questão da confidencialidade tem maior proximidade com relação à estruturação do procedimento e, sobretudo, com relação à autonomia da vontade das partes sobre direitos disponíveis, sendo estes, portanto, os pressupostos fundamentais para se convencionar sobre sua incidência na relação arbitral⁵.

1. RESOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE LITÍGIOS

Hodiernamente, é notório nos meios jurídicos que o tema concernente às RAL configura-se como uma concreta e promissora vertente da atual política jurídica que certamente evoluirá e se difundirá ao longo das próximas décadas a ponto de oferecer uma nova face à Justiça⁶.

Consoante a atual realidade, face à sobrecarga dos sistemas de justiça tradicionais, é escorreito concluir que não será pela multiplicação progressiva e sistemática do número de seus funcionários e dos meios postos à disposição do sistema que esse problema se resolverá. Decerto, meios que reduzam decisivamente a complexidade formal e que favoreçam a resolução de litígios a ponto de aumentar a eficiência do sistema consagram-se como melhores alternativas⁷.

O grande desafio dessa vertente manifesta-se em garantir a integridade da justiça enquanto se procede a modificação de seus procedimentos, ou seja, não obstante trilhem-se caminhos alternativos, deve-se sempre preservar a justiça mantendo-a como seu norte.

O atual modelo, fruto do poder jurisdicional do estado, com seus princípios de racionalidade estrita e de judicialidade sem lacunas, não obstante ao mérito de suas conquistas definitivas e irrenunciáveis em matéria de civilização e de humanidade, em matéria de legalidade, igualdade, direitos humanos, liberdades e garantias pessoais, tem,

⁵ OLIVEIRA, Gustavo Justino; FIGUEIROA, Caio Cesar - Arbitragem é...Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-09/arbitragem-conciliavel-transparencia-publicidade>.

⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo - **III Conferência: Meios Alternativos de Resolução de Litígios**. Lisboa: Ed. Agora Publicações, 2004. ISBN 972-99281-1-8. p. 9.

⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo - **III Conferência: Meios Alternativos de Resolução de Litígios**...p. 9.

agora, em seu inexorável e constante processo evolutivo, a companhia dos meios de RAL que não vêm para superá-lo, mas para torna-lo mais completo, ao passo que, através de suas formas mais flexíveis, informalizadas e firmadas em consenso, tende a iluminar novas vias para se alcançar a Justiça⁸.

O atual panorama jurídico não cede mais espaço a uma justiça cega, legalista, formal e unicamente ditada pelo poder estadual, mas sim a uma justiça de olhos abertos para os critérios mais tangíveis de oportunidade social que reflitam num tratamento desigual das desigualdades, na persecução e obtenção do consenso entre as partes em um litígio, na busca pela otimização do sistema, do reestabelecimento da paz jurídica entre as partes no mais curto lapso de tempo possível e na restauração da confiança da sociedade nas normas que a regem⁹.

1.1. Natureza das Resoluções Alternativas de Litígio

Diariamente surgem controvérsias entre particulares ou comerciais, e entre estes e a administração pública. São questões que surgem em razão de posições divergentes sobre como deve ser tratada determinada situação, mas que, na maioria das vezes, encontra uma solução, mediante negociação e conseqüente transação, em que cada uma das partes cede, em benefício da outra, parte da posição que se encontrava previamente¹⁰. Essa consciência e predisposição são de suma importância para se reduzir essa conflitualidade.

Muito embora a grande maioria das questões possa ser resolvida mediante mera negociação, sem gerar, assim, qualquer reflexo para fora da esfera individual de cada uma das partes, é evidente que ainda surgem situações em que as mesmas têm plena consciência de que, sozinhas, não conseguem estabelecer uma solução de um conflito que as posicionam de forma diametralmente opostas a ponto de viabilizar a sua resolução via mera negociação. Essa realidade leva as mesmas a recorrerem a um terceiro, ou terceiros, que as elucidem e as auxiliem a lapidar uma solução, trazendo-as de suas respectivas posições extremadas em direção a outras mais próximas e suscetíveis a uma solução¹¹.

Nesse contexto, como formas de RAL, surgem a mediação, a conciliação e a arbitragem. As quais se estabelecem como vias efetivas, adequadas e complementares à via

⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo - **III Conferência: Meios Alternativos de Resolução de Litígios**...p. 10.

⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo - **III Conferência: Meios Alternativos de Resolução de Litígios**...p. 10.

¹⁰ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem. In **Estudos de Direito de Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo**. Lisboa: Universidade Católica, 2015. ISBN 9789725404492. p. 238.

¹¹ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 328.

judicial, uma vez que são meios que, na busca de uma solução justa para determinados litígios, não substituí, mas antes pressupõe, quando pertinente, o recurso ao sistema judiciário¹².

1.2. Mediação

No que concerne à mediação, em síntese, cabe destacar que ela pode ser realizada por entidades públicas ou privadas, através das quais as partes almejam, de forma voluntária, alcançar uma solução para seu litígio com a assistência de um mediador, podendo este ser um terceiro que, de forma independente, imparcial e desprovido de poderes de qualquer imposição às partes, possa auxiliá-las na procura de uma solução para o referido litígio¹³.

A Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, que regula a mediação em Portugal, consagra os princípios gerais incidentes na mediação realizada sob a sua égide, independentemente da entidade que a realiza, seja ela, portanto, pública ou privada, ou da matéria em causa. Referidos princípios consubstanciam-se na voluntariedade, confidencialidade, igualdade, imparcialidade, competência, responsabilidade e exigibilidade. São estes, portanto, a espinha dorsal que assegura o desenvolvimento desta forma de RAL cada vez mais popular¹⁴.

Em consonância com o tema desta dissertação, insta destacar o princípio da confidencialidade, o qual deve ser respeitado por todos os intervenientes, designadamente em duas ordens primordiais: pelo mediador, no desenvolvimento de suas funções, e por todos quanto à impossibilidade de valoração, nas vias judiciais, do conteúdo abarcado durante a mediação¹⁵.

É, portanto, uma forma de RAL que manifesta um cariz confidencial e voluntário e que distingue-se por conceder às partes envolvidas o poder e a responsabilidade de construir uma eventual solução que porá fim ao conflito de seus interesses.

Assim, diversamente de um árbitro ou de um juiz, o mediador não decide sobre o resultado do litígio, no entanto, guia as partes no sentido de favorecer o diálogo entre as

¹² LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso - **Lei da Mediação Comentada**. Coimbra: Ed. Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5442-1, p. 8.

¹³ Cfr. als. *a e b* do art. 2.º da Lei 29/2013, de 19 de abril.

¹⁴ GALTIER, Thomas – The long awaited portuguese mediation law – fundamental principles. **YAR Young Arbitration Review** [Em linha]. n.º 10 (2013), p. 53. [Consult. em 08 janeiro 2017]. Disponível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tgau_MA_26333.pdf.

¹⁵ LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso - **Lei da Mediação Comentada**...p. 39

mesmas e a troca de perspectivas com finalidade de que estas possam encontrar, segundo suas próprias deliberações, a base do acordo que trará a resolução ao litígio.

1.3. Conciliação

Na conciliação, tal como meio voluntário de RAL, as partes almejam alcançar seu objetivo mediante a ação de um terceiro, o conciliador, que, diferentemente do mediador, interfere no desfecho da questão.

O conciliador, mantendo uma posição neutra ao litígio, ouve as partes nele envolvidas e, com a devida imparcialidade e sem as forçar, de forma hábil e técnica, procura instruí-las a alcançar um acordo que, mesmo que não totalmente satisfatório, lhes diminua o risco de ter que enfrentar questões futuras através das quais ambas perderiam tempo e dinheiro.

O conciliador assume, portanto, um comportamento mais ativo que o mediador na medida em que coordena a negociação e propõe soluções e padrões de entendimento comum que tende a viabilizar um acordo amigável entre as partes. Para tanto, o conciliador observa e pondera sobre os aspectos objectivos do conflito, incentiva, na medida do possível, uma solução rápida, prática e não exaustiva da questão, bem como auxilia os conflitantes para que alcancem um acordo que compreendam como justo. Esse engendramento tende a leva-los a uma resolução do conflito, sendo este, portanto, um resumo da dinâmica da conciliação.

Todavia, mesmo diante de propostas e sugestões, estas podem não ser aceitas por quaisquer das partes, assim, neste contexto, tornar-se-á conveniente e necessário o julgamento da questão depois de ponderados os fatos e argumentos apresentados pelas mesmas, comprometendo-se ambas a respeitar e a cumprir o que vier a ser decidido por esse terceiro ou terceiros¹⁶.

Eis, portanto, a principal dinâmica caracterizadora da arbitragem, sendo este o tema a seguir aventado e que, cumpre ressaltar, é o plano de fundo desta dissertação que tem como escopo principal externar relação desta para com os efeitos da confidencialidade.

¹⁶ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 238.

1.4. Arbitragem

Ao contrário do que muitos creem, a arbitragem voluntária não é um fenômeno relativamente recente. Não obstante ainda exista muito por ser desvendado no que atine às suas origens históricas e o sinuoso percurso que percorreu, passando por diversas modificações até os dias atuais, tem-se como certo que as primeiras manifestações deste instituto remontam, ao menos, ao terceiro milênio antes da era cristã, com as chamadas Leis Assírias¹⁷. Por conseguinte, tanto no Antigo Testamento como no Corão, encontram-se referências expressas à arbitragem¹⁸.

No entanto, é no Direito Helênico que o referido instituto vai se configurando segundo a forma que atualmente conhecemos. Em seu texto *A Retórica*, Aristóteles faz a distinção entre *juiz* e *árbitro* de modo tão significativo que, mesmo depois de 2.500 anos, referida obra continua a ser notória e de relevante importância. Consoante, de forma incidental, cumpre citar sua seguinte colocação: “*O juiz apenas tem em atenção à lei; mas o árbitro foi criado para dar força também à equidade*”¹⁹.

A arbitragem também é objeto de referência no Império Romano, designadamente nas obras de, entre outros, Cícero, Tito Lívio e Sêneca. Existindo normas nos códigos do Baixo Império, notadamente nos Códigos Gregoriano e Teodosiano, mas, principalmente, no Digesto. A arbitragem segue presente no Império Bizantino e nas leis visigodas. E, no que concerne à Idade Média, há documentos que corroboram a sua utilização a partir do século XII²⁰.

Em Portugal, a arbitragem surge, provavelmente, a partir do século XIII. No entanto, é por força do movimento de sistematização do direito que o instituto vem a ser abarcado com algum detalhe, inicialmente, no Livro das Leis e Posturas e, futuramente, nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas²¹.

É nestas Ordenações que se estabelece a diferenciação entre *juízes alvidros* e *alvidradores* ou entre *juízes árbitros* e *arbitradores*, alterando-se a terminologia segundo o

¹⁷ MIRANDA, Agostinho Pereira - Arbitragem Voluntária e Deontologia Considerações Preliminares. **Revista Internacional de Arbitragem e conciliação**. Ano II (2009), p. 115.

¹⁸ Cfr. PEREIRA, Fernanda da Silva Cit. por MIRANDA, Agostinho Pereira - Arbitragem Voluntária Nacional, 2009, p. 115.

¹⁹ CLAY, Thomas Cit. por MIRANDA, Agostinho Pereira - Arbitragem Voluntária...p. 115

²⁰ CLAY, Thomas Cit. por MIRANDA, Agostinho Pereira - Arbitragem Voluntária...p. 115 -116.

²¹ NOGUEIRA, José Duarte Cit. por MIRANDA, Agostinho Pereira - Arbitragem Voluntária...p. 116.

momento histórico em que cada texto foi elaborado. Em ambos os casos, os juízes são livremente escolhidos pelas partes que os incumbem de poderes para tanto²².

Depreende-se, assim, que o árbitro apresenta-se como o elemento central da arbitragem. Partindo dessa premissa, atualmente, temos como certo que além de o mesmo estar sujeito aos termos do contrato de árbitro e aos ditames da lei que lhe é aplicável, ele também está sujeito a um conjunto de deveres éticos que raramente são expressamente referenciados em disposições de ordem regulamentar. É, portanto, nos códigos de conduta que estão contidas as regras mais importantes nesse sentido²³.

Destarte, dos deveres deontológicos mais frequentemente previstos, insta citar os seguintes: Independência, imparcialidade, competência, diligência, disponibilidade, lealdade para com os co-árbitros, as partes e o processo, razoabilidade e previsibilidade na fixação de honorários e, por último e não menos importante, a confidencialidade²⁴.

Neste sentido, corroborar-se-á, através destas páginas, que referido dever ético, em meio a entraves quanto à exegese e hermenêutica de seu sentido e efeitos, estendeu-se para além da pessoa do árbitro, envolvendo, então, partes, peritos, testemunhas e demais elementos que, eventualmente, venham a ser integrantes do procedimento arbitral e, por assim ser, está consagrado com uma das “clássicas” razões que favorecem as partes a optarem pela arbitragem à justiça comum²⁵.

Atualmente, o procedimento arbitral português é regido pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, notoriamente conhecida como LAV. A arbitragem é, geralmente, o derradeiro mecanismo de RAL a ser utilizado pelos interessados que, oportunamente, escolhem uma ou mais pessoas, desde que em número ímpar, os árbitros, com o fim de se atingir a resolução, através destes, mediante uma decisão de natureza vinculativa, de suas divergências.

É semelhante a um processo litigioso, tendo em vista que a decisão é alheia ao conhecimento dos litigantes. As decisões arbitrais, para efeitos executivos, são equivalentes às sentenças exaradas pelos tribunais comuns e sendo executadas perante estes. Elas estão sujeitas a recurso para o Tribunal da Relação, salvo se houver renúncia

²² ALBUQUERQUE, Martim de; ALBUQUERQUE, Ruy de; Cit. por MIRANDA, Agostinho Pereira - Arbitragem Voluntária...p. 116.

²³ ALBUQUERQUE, Martim de; ALBUQUERQUE, Ruy de; Cit. por MIRANDA, Agostinho Pereira - Arbitragem Voluntária...p. 117.

²⁴ MIRANDA, Agostinho Pereira - Arbitragem Voluntária...p. 116.

²⁵ RAPOSO, Mário - Os Árbitros. **Revista da Ordem dos Advogados**. ISSN 0870-8118. Ano 72, n. 2/3, 2012, p. 512.

das partes neste sentido ou se tiverem concedido autorização ao árbitro para julgar o litígio segundo os critérios da equidade.

A arbitragem pode ser necessária ou voluntária. A arbitragem necessária tem lugar quando há uma determinação legal que ordene que a resolução de certos litígios transcorra perante um tribunal arbitral, estando defeso o acesso a tribunais judiciais de 1.^a instância.

No que concerne à arbitragem voluntária, insta afirmar que é a forma que mais se equipara ao processo judicial. É fulcrada num acordo, através do qual, as partes consignam a uma ou mais pessoas o poder de julgar o litígio, acordo este notoriamente denominado como *convenção arbitral*. Para que ocorra a instauração do processo de arbitragem voluntária tem de haver a adesão das partes, podendo a referida adesão assumir um carácter pontual, isto é, para um conflito concreto e determinado, ou pode assumir um carácter pleno, isto é, quanto há intenção prévia de uma das partes ou ambas de submeter à arbitragem os eventuais litígios oriundos de determinada relação.

No que concerne ao momento que se estabelece o referido acordo, insta externar que quando o mesmo se configura de forma prévia, mediante cláusula expressa que preceitue que a resolução de qualquer controvérsia decorrente daquela determinada relação se sujeitará a qualquer ou determinado meio de resolução de litígio, estaremos diante de uma *cláusula compromissória*²⁶, já para a situação em que as partes se prontificam a adotar essa mesma intenção, porém sem estar prevista em qualquer cláusula, teremos, então, um *compromisso arbitral*, que pode se estabelecer ainda que afecto por um tribunal do Estado²⁷.

Enfim, essa forma de RAL, adotada pelas partes através de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, tem a sua fonte imediata num negócio jurídico que regula todo transcurso procedimental inclinado à resolução desse litígio²⁸.

Assim, de forma geral, o processo arbitral é consequência e desenvolvimento de um acordo que as partes estabeleceram entre si com o escopo de resolver quaisquer e eventuais divergências que possam emanar, ou que já tenham emanado, de determinada relação, conservando-se, nas partes, como uma *longa manus* de flexibilidade e autonomia

²⁶ Cfr. segunda parte do n.º 3 do art. 1.º da LAV.

²⁷ Cfr. primeira parte do n.º 3 do art. 1.º da LAV.

²⁸ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 239.

da vontade manifestada, inicialmente, quando do estabelecimento da relação ou posteriormente à configuração de eventual divergência²⁹.

Destarte, além da lei e de princípios inerentemente incidentes em seus procedimentos, referido instrumento é fonte de suma importância para se delimitar sobre eventual incidência, ou não, dos efeitos da confidencialidade sobre a relação arbitral que poderá, eventualmente, se estabelecer ou que esteja prestes a se estabelecer.

2. CONFIDENCIALIDADE SEGUNDO UMA PERSPECTIVA GERAL

Ao apreciar os reflexos da confidencialidade no processo arbitral, verifica-se que os mesmos manifestam-se de forma quase que implícita, tendo em vista que estão sedimentados em uma prática normalmente aceita, seguida e respeitada. No entanto, crer que seus efeitos tendem a refletir naturalmente no procedimento arbitral pode ser relativamente arriscado. Decerto, nesse contexto, melhor perspectiva, talvez, seja concebê-la como princípio desprovido de força impositiva.

Partindo desta perspectiva, caso se pretenda garantir uma segurança absoluta nesse sentido, melhor alternativa configura-se em celebrar um acordo escrito com a parte contrária. Em melhores palavras, salvo se tiver sido formalmente assumida pelas partes, mediante a convenção arbitral, ou houver lei que imperativamente lhe assegure, a incidência dos efeitos da confidencialidade podem não ser garantidas diante de um caso concreto³⁰.

Em contrapartida, mesmo quando adotada de forma expressa pelas partes ou imposta por força de lei, a confidencialidade poderá ter seus efeitos obstados quando houver um direito que envolva uma questão de ordem pública e, portanto, detenha preponderância sobre aquele que está em litígio, caracterizado como direito disponível.

Assim, para melhor compreendermos a intermitente incidência dos efeitos da confidencialidade na arbitragem, necessário se faz externar, a seguir, as perspectivas que contribuem para a construção de seu ideal.

²⁹ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 238-239.

³⁰ RAPOSO, Mário - Os Árbitros. **Revista da Ordem dos Advogados**...p. 517

2.1. A arbitragem e a confidencialidade

A confidencialidade da arbitragem é uma matéria bastante debatida e comentada na doutrina mundial. A previsão da possibilidade de se estabelecer, via acordo entre as partes, o sigilo sobre o conflito arbitral, é um manifesto reflexo da flexibilização do processo e de um maior empoderamento das partes na condução deste, que dentre outras características, favorece o notório desenvolvimento da arbitragem. Dentre essas outras características, cumpre destacar a possibilidade de se estabelecer regras distintas quanto à forma de produção de prova, fixação de prazos etc. As linhas norteadoras são as da liberdade e da informalidade, desde que estejam em consonância com os princípios básicos da ampla defesa e do contraditório³¹.

Destarte, a arbitragem permite que as partes e os árbitros conduzam o procedimento segundo as circunstâncias e as necessidades de cada conflito. Assim, nos litígios que envolvam direitos disponíveis e, portanto, permitam a autocomposição, as partes podem ajustar, de comum acordo, mudanças no procedimento arbitral. Rompe-se, assim, com o formalismo presente no tribunal estadual, sedimentado na cultura rígida do processo, e coloca-se, à disposição das partes, uma série de opções que tende a favorecer a dinâmica do procedimento, nomeadamente de seus atos processuais³².

Sob o prisma do interesse público, é inteligível concluir que a confidencialidade da arbitragem pode refletir como um agente motivador ao bom andamento dos negócios, ao passo que tende a reduzir os custos de eventual transação, dirimindo danos maiores que possam advir de qualquer litígio, notadamente àquele que possa ser objeto de uma relação processual em trâmite perante o tribunal estadual³³.

Neste contexto, depreende-se que a confidencialidade apresenta uma racionalidade econômica no sentido de proteger a relação comercial entre as empresas e seus empresários, o que acaba por construir um real interesse público e social na adoção de seus efeitos por parte daqueles que optam pela arbitragem. Ademais, é notório que a geração e a manutenção de riqueza, de empregos e de novos empreendimentos são do interesse de toda a sociedade³⁴.

³¹ FONSECA, Rodrigo Garcia - O segredo de Justiça e a Arbitragem. In **Manual de Arbitragem**, org. por Manoel Pereira Barrocas, Coimbra: Ed. Almedina, 2010, ISBN 978-972-40-3983-1. p. 400.

³² FONSECA, Rodrigo Garcia - O segredo de Justiça e a Arbitragem...p. 400.

³³ FONSECA, Rodrigo Garcia - O segredo de Justiça e a Arbitragem...p. 402.

³⁴ FONSECA, Rodrigo Garcia - O segredo de Justiça e a Arbitragem...p. 402-403.

Contudo, não se pode aventar sobre interesse público sem, entretanto, levar em consideração os interesses individuais, ao passo que o bem comum inclui o bem de suas partes. Sob esta ótica, a perspectiva realista do mundo contemporâneo aponta que não há mais como diferenciar o interesse econômico do social, uma vez que ambos convergem e se compatibilizam na empresa, núcleo central de produção e de criação da riqueza, que beneficia tanto os empresários, como os trabalhadores e, assim, a própria sociedade de consumo³⁵.

Deste modo, realizar o interesse público implica, necessariamente, considerar cada um em sua dimensão individual. Assim, público e privado compreendem-se em posição de irreversível vinculação³⁶. Partindo dessa premissa, é razoável concluir que quando a confidencialidade da arbitragem tutela segredos comerciais, de propriedade intelectual, estratégias empresariais, ela está, necessariamente, favorecendo o desenvolvimento de um bom ambiente de negócios, apresentando-se como uma estrutura jurídica em consonância com a livre iniciativa e a economia contemporânea.

De outro modo, insta destacar que a confidencialidade na arbitragem tende, também, a tutelar a intimidade em sentido amplo, tanto da pessoa física, quanto da pessoa jurídica. Não obstante seja estranho fazer referência à intimidade da pessoa jurídica, face à importância das empresas na atualidade, é inteligível considerar que marcas registradas, segredos comerciais, financeiros ou intelectuais e estratégicos das pessoas jurídicas estariam compreendidas num patamar de intimidade a ser tutelado pela lei. Nesse sentido, cumpre destacar que o Supremo Tribunal de Justiça brasileiro já sumulou sobre a possibilidade de pessoas jurídicas obterem indenização por dano moral³⁷, entendimento este que há algumas décadas atrás poderia ser considerado um contrassenso jurídico³⁸.

No entanto, uma vez destacadas as nuances da importância da confidencialidade na arbitragem, urge enfatizar que seus efeitos não são necessariamente incidentes sobre esta forma de RAL. Há, portanto, uma errônea percepção difundida de que a confidencialidade se manifestaria como um princípio obrigatoriamente inerente à arbitragem, o que não condiz com a realidade.

³⁵ WALD, Arnaldo Cit. por FONSECA, Rodrigo Garcia - O segredo de Justiça e a Arbitragem...p. 403.

³⁶ FONSECA, Rodrigo Garcia - O segredo de Justiça e a Arbitragem...p. 403.

³⁷ Superior Tribunal de Justiça brasileiro – Súmulas [Em linha]. n.º 227: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”, (1999), [Consult. 31 Outubro 2016]. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf.

³⁸ FONSECA, Rodrigo Garcia - O segredo de Justiça e a Arbitragem...p. 403.

Deste modo, é de suma importância, para o operador do direito e para aqueles que optem por essa forma de RAL, terem o conhecimento preciso de que, para ocorrer incidência da confidencialidade em um caso específico, deve-se, previamente, conhecer a lei que se pretende adotar e conhecer o estatuto da instituição administradora do procedimento, caso haja a interseção deste, e, assim, optar, de forma expressa, através da convenção arbitral, pela sua adoção.

Outrossim, aventando-se sobre uma ótica geral atinente à confidencialidade na arbitragem, verifica-se que o tribunal estadual tem papel fundamental no seu desenvolvimento. Ademais, a arbitragem só tende a se aprimorar e crescer em ambientes institucionais favoráveis que agreguem, além de uma eficiente legislação, um poder judiciário atuante, vigilante, capaz de assegurar a validade das convenções de arbitragem e a efetividade das decisões preferidas por seus árbitros³⁹.

2.2. A confidencialidade como fator preponderante na arbitragem

Geralmente, são nas divergências surgidas nas relações comerciais entre empresas e entre empresas e civis, sobretudo manifestadas em um ambiente de forte concorrência e de um mercado cada vez mais bem informado, que é comum se tentar proteger a discrição dessas relações, notadamente quando se discutem questões tão importantes e vulneráveis como tecnologias, produtos, logísticas, sistemas, garantias, estratégias de negócio, elementos de propriedade intelectual, clientes, consumidores⁴⁰ e, até mesmo, o interesse de preservar a relação comercial entre os litigantes, o que seria relativamente mais complexo se as informações atinentes ao conflito estivessem ao alcance do público⁴¹.

A publicidade prevista na lei para os processos que tramitam junto aos tribunais estaduais⁴² para qualquer demanda atinente a um desses assuntos é, decerto, uma fonte de informações para as empresas concorrentes que tende a prejudicar não só as relações futuras entre as demandantes, mas, também, sua reputação, especialmente quando a situação abarca questões referentes à qualidade de sua prestação de serviços ou à sua idoneidade financeira⁴³. A título de exemplo, cumpre citar os litígios que envolvem

³⁹ FONSECA, Rodrigo Garcia - O segredo de Justiça e a Arbitragem...p. 392.

⁴⁰ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 241.

⁴¹ FONSECA, Rodrigo Garcia - O segredo de Justiça e a Arbitragem...p. 387-388.

⁴² Cfr. n.º 1 do art. 163.º do Código de Processo Civil Português, “*O processo civil é público, salvas as restrições previstas na lei*”.

⁴³ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 241.

elevadas indenizações, cujos pagamentos não se poderão ocultar de credores e entidades financiadoras, ou litígios que abarquem questões atinentes ao fornecimento e montagem defeituosos que, necessariamente, ficarão expostos aos seus clientes⁴⁴.

Enfim, por tratar-se de formas de RAL, eventual e oportunamente moldadas de comum acordo, é natural que as partes não queiram compartilhar informações atinentes às suas divergências com terceiros, alheios à referida relação, razão pela qual estes são geralmente afastados da referida tramitação, seja ela oral ou escrita⁴⁵.

Neste sentido, é relevante destacar a importância que as partes dão à confidencialidade no momento da escolha do método de resolução de conflitos. Em consonância, cumpre fazer referência a uma pesquisa promovida pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem entre seus usuários, a qual externou que a confidencialidade foi apontada por 28% dos pesquisados como um dos três principais atrativos que os levaram a optar pela arbitragem⁴⁶.

Nesse mesmo sentido, outra pesquisa internacional conduzida pela QMUL e pelo escritório *White and Case*, em 2010, apontou que a confidencialidade é importante para os usuários da arbitragem, porém não é a razão essencial que os levam a recorrer à arbitragem⁴⁷.

Entretanto, não obstante outros fatores, como a celeridade e a possibilidade de escolha de árbitros (especialistas na matéria que envolve o litígio) denotem ter mais importância, a confidencialidade, de fato, não deixa de ser um de seus elementos mais relevantes e característicos.

Enfim, não obstante ao já apontado nos parágrafos anteriores, as referidas pesquisas corroboram ser o sigilo uma característica própria e importante desse meio RAL.

2.3. Privacidade e confidencialidade

Decerto, a arbitragem é uma forma privada de RAL no sentido de ser organizada e constituída pelas próprias partes e árbitros e, eventualmente, com a interseção de uma

⁴⁴ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 241.

⁴⁵ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 244.

⁴⁶ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti - **Arbitragem no Brasil. Pesquisa CBar-Ipsos** [em linha]. 2012. [Consult. 29 outubro 2016]. Disponível em: http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBar-Ipsos-final.pdf.

⁴⁷ Cfr. “*confidentiality is important to users of arbitration, but it is not the essential reason for recourse to arbitration.*” Friedland, Paul; Mistelis, Loukas Cit. por QMUL, School of International Arbitration e White & Case - **2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration, 2010**, p. 29. [Consult. 10 novembro 2016]. Disponível em: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123290.pdf>.

instituição, administradora do procedimento, que também detém caráter privado no sentido de ser, *a priori*, desvinculada do Poder Público. Por assim ser, denota-se, naturalmente, uma “privacidade” inerente à arbitragem no sentido de o procedimento transcorrer fora do ambiente público⁴⁸.

Assim, é escorreito depreender que a privacidade é, efetivamente, uma característica importante da arbitragem, mas que, no entanto, não pode ser confundida com a confidencialidade, a qual não é uma característica plena do processo arbitral, mas que, entretanto, tem seus efeitos, na maioria dos casos, almejados pelas partes e, por assim ser, devem ser garantidos na medida do possível.

Depreende-se, deste modo, que a relativização da confidencialidade na arbitragem é real e, portanto, torna-se preciso dar ciência às partes que o referido instituto não está sujeito, durante todas as suas fases, de forma incondicional, aos seus efeitos. Ademais, a pesquisa da QMUL e *White and Case*, referida no capítulo anterior, também constatou que, praticamente, 50% dos pesquisados acreditavam, erroneamente, que a arbitragem era sempre confidencial, ou seja, independentemente de uma cláusula contratual específica para assegurá-la⁴⁹.

Destarte, as partes devem empregar certa cautela quando estiverem dispostas a valerem-se da referida forma de RAL, nomeadamente quando o conflito tiver por objeto algo que ambas considerem como merecedor de referido cuidado.

Neste contexto, é essencial que sejam tomados e respeitados todos os cuidados quando da redação do compromisso arbitral e na escolha do regulamento institucional, no sentido de não favorecer a quebra da confidencialidade, então almejada, com relação ao processo arbitral⁵⁰.

No mais, não obstante a privacidade deste instituto seja reconhecida e praticada, esta característica se manifesta, de fato, na faculdade de a escolha dos árbitros serem conferidas, direta ou indiretamente, às partes, de estas poderem, também, de forma direta e indireta, definirem as regras do procedimento arbitral que intentam sujeitarem-se, bem como o de não ser, normalmente, permitido o acesso de estranhos ao referido

⁴⁸ FONSECA, Rodrigo Garcia - O segredo de Justiça e a Arbitragem...p. 391.

⁴⁹ Cfr. “50% of respondents erroneously believe that arbitration is confidential even where there is no specific clause to that effect in the arbitration rules adopted” Friedland, Paul; Mistelis, Loukas Cit. por QMUL, School of International Arbitration e White & Case - **2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration, 2010**, p. 29. [Consult. 10 novembro 2016]. Disponível em: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123290.pdf>.

⁵⁰ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 263.

procedimento, mas tal realidade não tem poder de garantir que nenhuma informação possa escapar aos limites previamente acordados ou determinados em lei⁵¹.

No que concerne aos conceitos de privacidade e confidencialidade e a distinção entre os mesmos, verifica-se que a confidencialidade consubstancia-se num respeito ao sigilo dos fatos, dos documentos carreados aos autos, das colocações das partes e das decisões do tribunal arbitral, nomeadamente a sentença. Já com relação à privacidade, verifica-se que seu ideal manifesta-se num dever de não interferência no local em que a arbitragem é realizada e em seus atos, notadamente nas audiências⁵².

Neste mesmo sentido está o raciocínio de James Hargrove, quando afirma que:

*“The words privacy and confidentiality are often used as interchangeable terms for the general secrecy of the Arbitration process. In fact, there is an important distinction between the privacy of hearing (ie, holding oral hearing in private) and the confidentiality of the proceedings (ie, the extent to which materials submitted and generated during an arbitration can be made available to third parties)”*⁵³.

É a partir desta perspectiva, portanto, que torna-se razoável concluir que a publicidade faz oposição à confidencialidade, e não exatamente à privacidade.

Já no que atine à distinção entre publicidade e transparência, esta última está pautada na possibilidade de conhecimento de determinados elementos do procedimento arbitral com relação à comunidade arbitral e dos novos interessados que pretendam se engajar nesse mercado, enquanto que a publicidade configura-se como um respeito ao conhecimento por parte da sociedade de questões que sejam de interesse público⁵⁴. Denota-se, portanto, que a confidencialidade está mais pautada na estruturação do procedimento pelas partes do que como condição essencial da arbitragem.

2.4. Os limites da Confidencialidade na arbitragem

A confidencialidade, mesmo quando estabelecida por força da vontade das partes ou por força de lei, pode ter seus efeitos total ou parcialmente obstados quando há outro

⁵¹ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 263.

⁵² LEME, Selma Cit. por OLIVEIRA, Gustavo Justino; FIGUEIROA, Caio Cesar - Arbitragem é...Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-09/arbitragem-conciliavel-transparencia-publicidade>.

⁵³ HARGROVE, James – Mispalced confidence? An Analysis of Privacy and Confidentiality in Contemporary International Arbitration. **Dispute Resolution International**. ISSN 1817 5694. Vol. 3, n.º 1 (2009), p. 47-48.

⁵⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino; FIGUEIROA, Caio Cesar - Arbitragem é...Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-09/arbitragem-conciliavel-transparencia-publicidade>.

direito cuja importância se sobreponha àquele em demanda, notadamente perante questões de ordem pública. Cabe citar, a título de exemplo, quando uma das partes, por força de lei, se vê obrigada a revelar informações atinentes ao processo arbitral. Cite-se, também, o eventual pedido de uma das partes, ou de qualquer autoridade estadual com específica competência, em caso de necessidade justificada, de utilização de qualquer elemento de prova, oriundo do processo arbitral, para ser empregado em outro processo ou instância⁵⁵.

Lembrando que o tribunal, por sua própria iniciativa, também não pode deixar de revelar às autoridades competentes qualquer situação que denote possível indício de utilização do processo para a prática de ato ilícito⁵⁶ ou para a finalidade prejudicar direito de terceiros ou à ordem pública, tal como o crime de branqueamento de capitais.

Seguindo esta perspectiva atinente à intermitente incidência dos efeitos da confidencialidade, cumpre citar a própria sentença final que traz em seu conteúdo todas as informações que a construíram e a moldaram em sua integralidade e que, portanto, sintetizam todo o procedimento arbitral, mas que, todavia, não poderá deixar de ser revelada em caso de sua eventual impugnação pela parte vencida, ou em caso de sua eventual execução pela parte vencedora, ao passo que ambos os contextos transcorrem perante o tribunal estadual em que, em regra, vigora a regra da publicidade⁵⁷.

No mais, como já aventado, nas causas que envolvam Estados e entidades públicas, é fundamental que os princípios da transparência da gestão pública e da fiscalização e controle democráticos sejam respeitados, tornando, assim, essencial a efetiva divulgação das pertinentes informações que forem angariadas através do processo arbitral, viabilizando a sua devida apreciação pela sociedade⁵⁸.

Assim, diante desses mais variados contextos que estabelecem distintos limites à confidencialidade na arbitragem, torna-se evidente a necessidade de se adotar, de forma preventiva, todas as cautelas necessárias quando da elaboração da convenção arbitral, notadamente para que sejam expressas disposições que garantam, na medida do possível, a incidência de seus efeitos.

Contudo, mesmo sendo convencioneadas, de forma expressa e rigorosa, todas as referidas cautelas, a confidencialidade encontrará limites que lhe são necessários, os quais

⁵⁵ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 263.

⁵⁶ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 264.

⁵⁷ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 264.

⁵⁸ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 264.

serão precisamente vigorantes quando forem oriundos de determinação legal, isto é, quando o texto da lei estabelecer que seja necessário divulgar a informação obtida através do procedimento arbitral⁵⁹, notadamente para o bem de outro direito de caráter preponderante. Entretanto, não obstante às circunstâncias com relação às quais a confidencialidade pode ter seus efeitos mitigados, é possível sustentar que, na arbitragem, ela é conciliável com a transparência e a publicidade, em menor ou maior grau de intensidade.

2.5. Críticas à confidencialidade

Embora a confidencialidade seja uma inegável tendência incidente nos processos arbitrais, notadamente na arbitragem comercial, ainda surgem críticas exigindo maior transparência do processo.

No que concerne à arbitragem que envolve interesses privados, uma das características do processo é a de não haver uma exposição pública do litígio, diferentemente do que ocorre, por regra, nos tribunais estaduais. Assim, tratando-se de efeito oriundo da vontade das partes ou da lei, os argumentos que visam favorecer a transparência desse procedimento tendem a ser frágeis.

Entretanto, críticos à excessiva confidencialidade da arbitragem defendem que a ausência de seus efeitos com relação às suas decisões viabilizaria a construção de um sistema arbitral mais previsível, bem como proporcionaria uma precaução maior em face do risco de parcialidade ou dependência de árbitros e instituições, o que elevaria, por consequência, a legitimidade projetada pela referida forma de RAL⁶⁰.

Todavia, não obstante a aparente plausibilidade dos referidos argumentos, insta confrontá-los afirmando que não há necessidade de se afastar os efeitos da confidencialidade para que a arbitragem caminhe em direção às positivas projeções que ora vivencia. Ademais, cumpre destacar que a própria impugnação da sentença arbitral e sua execução junto aos tribunais estaduais impõem, necessariamente, a revelação pública das referidas informações, disponibilizando-as à comunidade jurídica.

Concomitantemente, essa realidade, certamente, pode causar, ao potencial impugnante, uma mudança em sua perspectiva, levando-o a abdicar-se de assim proceder, guiando-o em direção ao intencional e efetivo cumprimento da obrigação que lhe incorre

⁵⁹ FONSECA, Rodrigo Garcia - O segredo de Justiça e a Arbitragem...p. 391.

⁶⁰ MOREIRA, João Ilhão - Transparência ou confidencialidade na arbitragem comercial...p. 24.

por receio à publicitação do litígio. Enfim, a sentença arbitral manifesta-se como o objeto destes processos que, entretanto, quando incursa na jurisdição estadual, perdem sua isenção no que atine à regra de publicidade.

Contudo, embora essa realidade nos externe que a confidencialidade não seja uma constante na relação arbitral, ela também nos ensina que não há razão para nos preocupar com relação a eventuais riscos de parcialidade ou dependência de árbitros e instituições, ao passo que, na eventual ocorrência de tais vicissitudes, a parte que sentir-se lesada em seu direito poderá impugnar a sentença arbitral perante os tribunais estaduais.

3. A CONFIDENCIALIDADE E A ARBITRAGEM NO MUNDO

Não obstante a arbitragem esteja em clara evolução em todo o globo, há, todavia, uma tendência em regradar os efeitos da confidencialidade que, frequentemente, lhe são aplicados. Assim, as apreensões internacionais com a regra da confidencialidade identificaram uma necessidade de se aprimorar a própria arbitragem, enquanto meio de RAL.

Depreendeu-se, portanto, haver a necessidade de, concomitante à expansão do conhecimento atinente à arbitragem, tornar real uma maior transparência em benefício da comunidade arbitral, com a finalidade de conferir maior responsabilidade ética aos tribunais arbitrais e legitimidade às suas decisões, despertando, por consequência, um maior interesse da sociedade. Em consonância, a proporção em que os objetivos da transparência são, gradativamente, absorvidos por esta nova tendência internacional, decerto são registrados efeitos positivos nos procedimentos, ao passo que tendem a gerar maior confiança nas instituições arbitrais, nos árbitros e, até mesmo, às partes que submeteram seu litígio a esta forma de RAL⁶¹.

Indo além, a disponibilização do teor das decisões tende a favorecer a criação de um banco de sentenças arbitrais, configurando-se, assim, sua particular jurisprudência. Indaga-se, entretanto, se a função desses precedentes poderia ter o condão de vincular uma decisão. Decerto, não é este o norte almejado pela incidência da transparência, mas sim o

⁶¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino; FIGUEIROA, Caio Cesar - Arbitragem é...Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-09/arbitragem-conciliavel-transparencia-publicidade>.

de asseverar mais garantia e segurança ao árbitro, de maneira a orientá-lo quando houver de proferir sua decisão.

Entretanto, como bem aventado através desta dissertação, não obstante a tendência global anteriormente referida, é perfeitamente possível estabelecer a coexistência dos efeitos da confidencialidade, da transparência e da privacidade na arbitragem, em maior ou menor grau, e segundo às singulares circunstâncias inerentes a cada caso. Não havendo, portanto, margens precisas, gerais e constantes com relação aos respectivos atributos, mas sim margens norteadoras e hábeis a proporcionar ordem e credibilidade ao procedimento arbitral.

Destarte, para melhor elucidar as nuances que envolvem o atributo da confidencialidade, insta abarcarmos suas concepções segundo algumas leis e regulamentos de arbitragem de grande expressão no cenário mundial.

3.1. A historicidade da confidencialidade na arbitragem mundial

Uma das notórias razões que favorecem a adoção da arbitragem, sobretudo da arbitragem comercial, se consubstancia na confidencialidade que a ela está potencialmente condicionada. Todavia, sua expressão legislativa é relativamente recente, com exceção da concepção que lhe é concedida pelos tribunais ingleses, conforme veremos posteriormente.

Inicialmente podemos citar o art. 15.º da lei de arbitragem de Taiwan, de 24.06.1998,⁶² e o art. 42.º da lei de arbitragem vigente na Venezuela, de 07.04.1998⁶³.

Entretanto, antes dessas leis, o art. 14.º da lei de arbitragem neo-zelandeza, de 1996, já havia abordado sobre a reserva que o processo envolvia. Todavia, o texto legal sofreu críticas suficientes a ponto de levá-lo a ser substituído, em 2007, por um novo preceito⁶⁴, porém, agora, com novas alíneas que atualmente integram o *Arbitration Amendment Act 2007*⁶⁵, as quais passaram a abordar a confidencialidade de forma mais precisa no procedimento arbitral⁶⁶.

⁶² Cfr. Chinese Arbitration Association – **The Arbitration Law of ROC** [Em linha]. Taipei, (1998). [Consult. em 09 janeiro 2017]. Disponível em: <http://www.arbitration.org.tw/law01-en.php>.

⁶³ Cfr. Centro de Arbitraje La Cámara de Caracas - **Ley De Arbitraje Comercial** [Em linha]. Caracas, (1998). [Consult. em 09 janeiro 2017]. Disponível em: <http://arbitrajecccc.org/arbitraje/wp-content/uploads/2014/07/Ley-de-arbitraje.pdf>.

⁶⁴ HWANG, Michael S. C.; CHUNG Katie – Defining the indefinable: practical problems of Confidentiality in Arbitration. **Journal of International Arbitration**. ISSN 0255-8106. Vol. 26, n.º 1 (2009), p. 631.

⁶⁵ RAPOSO, Mário - Os Árbitros. **Revista da Ordem dos Advogados**...p. 512.

⁶⁶ Cfr. New Zealand Legislation – **Arbitration Act 1996** [Em linha]. [Consult. em 09 janeiro 2017]. Disponível em: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1996/0099/latest/whole.html#DLM403277>.

Já a lei de arbitragem espanhola, de 2003, nos termos do n.º 2 do art. 24.º, que não veio a ser alterado pela lei 11/2011 de 20 de Maio⁶⁷, veio assim determinar: “*Os árbitros, as partes e as instituições arbitrais estão obrigadas a manter confidencialidade sobre as informações que conheçam através da sua actuação arbitral*”⁶⁸.

Por conseguinte, outras leis nacionais atinentes à arbitragem foram publicadas, consagrando, de forma positiva, a questão da confidencialidade. Em consonância, podemos citar a lei de arbitragem peruana, de 2008, que, através de seu artigo 51.^{º69}, abordou a questão de forma minuciosa, a lei dominicana⁷⁰, publicada no mesmo ano, e que, não obstante não tenha abordado a matéria na mesma intensidade, nos termos do n.º 2 de seu artigo 22.º, reconheceu a importância de seus efeitos, tal como sucedeu com a lei de arbitragem da Costa Rica, de 25.05.2011⁷¹, através de seu artigo 38.^{º72}.

Com relação à confluência dos efeitos da confidencialidade e a legislação Portuguesa, insta informar que a matéria está devidamente escrutinada através do capítulo 4 e, no que atine à legislação brasileira, a matéria está abarcada através do subtítulo 3.2..

Já quanto ao *Arbitration Act* inglês, de 1996, e a legislação federal dos EUA, cumpre apontar que os mesmos não trazem em seus respectivos conteúdos preceitos referentes à confidencialidade. Todavia, os tribunais ingleses consagraram-na, por vezes, como intrínsecas à natureza privada do processo arbitral.

No que concerne aos tribunais ingleses, cabe afirmar que o reconhecimento da incidência da confidencialidade não é tão recente quanto nas demais legislações ora

⁶⁷ Cfr. Tribunal Arbitral de Barcelona - **Arbitration Act 60/2003** [Em linha]. Barcelona. [Consult. em 09 janeiro 2017]. Disponível em: http://www.tab.es/images/documents/normativa/reforma_ley_60-2003_eng.pdf

⁶⁸ Referido texto legal está consagrado como fonte para o Anteprojeto de 2010 da APA, conforme anotação n.º 96, p. 25. **Associação Portuguesa de Arbitragem** [em linha]. 2010. [Consult. 13 dezembro 2016] *Projeto de nova LAV de 2010 com Notas Justificativas revistas, artigo por artigo*. Disponível em: <http://arbitragem.pt/projetos/lav-2011/lav-annotada210509.pdf>.

⁶⁹ Cfr. Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE - **Decreto Legislativo que norma el arbitraje** [Em linha]. Lima, (2008). [Consult. em 09 janeiro 2017]. Disponível em: http://portal.osce.gob.pe/arbitraje/sites/default/files/Documentos/Legislacion_aplicable/DL-1071-ley-que-norma-el-arbitraje.pdf.

⁷⁰ Cfr. Camara Comercio y Produccion Santo Domingo - **Reglamento de Arbitraje del Centro de Resolución Alternativa de Controversias de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo** [Em linha]. Santo Domingo, (2011). [Consult. em 09 janeiro 2017]. Disponível em: http://www.camarasantodomingo.do/wp-content/themes/ccpsd/docs/leyescrc/reglamento_de_arbitraje_crc_21_de_julio_2011.pdf

⁷¹ Cfr. WIPO - **Ley Nº 8937 de 27 de abril de 2011 sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional** [Em linha]. San José, (2011). [Consult. em 09 janeiro 2017]. Disponível em: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=223538.

⁷² RAPOSO, Mário - Os Árbitros. **Revista da Ordem dos Advogados**...p. 513.

referidas. Em 1880, ao avaliar os efeitos de uma cláusula compromissória, Sir George Jessel MR disse: “*As a rule, persons enter into these contracts with the express view of keeping their quarrels from the public eyes, and of avoiding that discussion in public*”⁷³. Esta posição já refletia, portanto, a colocação exposta no parágrafo anterior tendo em vista que as partes na arbitragem e o tribunal já estavam sujeitos a deveres implícitos para manter a confidencialidade com relação ao procedimento e às informações e provas então angariadas, mesmo na ausência de um acordo expressamente celebrado⁷⁴. Todavia, em consonância com o posicionamento da arbitragem atual, esse dever está sujeito a exceções em razão da preponderância de outros direitos.

Voltando a fazer referência aos EUA, cumpre destacar que há considerável pressão doutrinal com intenções de alterar o *Federal Arbitration Act* de modo que nele seja consagrada, supletivamente, a confidencialidade, notadamente no que atine à publicação das sentenças, ficando a mesma condicionada ao consentimento das partes⁷⁵.

Contudo, na Escócia, o *Arbitration Act*, de 2010⁷⁶, não obstante seja bastante semelhante ao inglês, há a consagração do princípio da confidencialidade de forma supletiva (*Rule 26, Schedule 1*)⁷⁷.

Em Hong-Kong, embora sua lei demonstre inspiração britânica, a mesma consagra a confidencialidade da arbitragem como regra desde 2011⁷⁸ (*Arbitration Ordinance*)⁷⁹.

Por fim, na França, o decreto 2011-48, de 13.01.2011, atinente à reforma da arbitragem, introduziu em seu título I, respeitante à *arbitragem interna*, a seguinte al. 4.º do art. 1464.º: “*sob reserva das obrigações legais e se as partes não dispuserem em*

⁷³ Cfr. *Russell v Russell* Cit. por WATERS Andrew; SMITH Kimberley. Confidentiality in Arbitration: fact or fiction? **Arbitration: what in-house lawyers need to know** [Em linha]. (2015), p. 2. [Consult. 08 janeiro 2017]. Disponível em <http://www.wfw.com/wp-content/uploads/2015/10/WFW-ArbitrationNewsletterEdition2-Confidentiality.pdf>.

⁷⁴ Cfr. *Ali Shipping Corporation v Shipyard Trogir* cit. por HARGROVE, James – Mispalced...p. 47.

⁷⁵ RAPOSO, Mário - Os Árbitros. **Revista da Ordem dos Advogados**...p. 514.

⁷⁶ Cfr. Legislation.gov.uk - **Arbitration (Scotland) Act 2010 2010 (asp 1)** [Em linha]. (2010). [Consult. em 09 janeiro 2017]. Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/asp/2010/1/pdfs/asp_20100001_en.pdf

⁷⁷ RAPOSO, Mário - Os Árbitros. **Revista da Ordem dos Advogados**...p. 514.

⁷⁸ RAPOSO, Mário - Os Árbitros. **Revista da Ordem dos Advogados**...p. 514.

⁷⁹ The Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China - **Arbitration Ordinance** [Em linha]. Hong Kong, (2014). [Consult. em 09 janeiro 2017]. Disponível em: [http://www.legislation.gov.hk/blis_pdf.nsf/6799165D2FEE3FA94825755E0033E532/C05151C760F783AD482577D900541075/\\$FILE/CAP_609_e_b5.pdf](http://www.legislation.gov.hk/blis_pdf.nsf/6799165D2FEE3FA94825755E0033E532/C05151C760F783AD482577D900541075/$FILE/CAP_609_e_b5.pdf).

contrário o processo arbitral fica sujeito ao princípio da confidencialidade”⁸⁰. Entretanto, no que concerne à arbitragem *internacional*, a remissão constante no art. 1506.º para algumas das disposições da *arbitragem interna* não abrange a referida al. 4.º. Todavia, mesmo sem a referida remissão, é concebido que a confidencialidade mantém-se vigente como “princípio”, embora sem valor manifestamente imperativo⁸¹.

3.2. A confidencialidade e sua relação com a legislação arbitral vigente no mundo

Embora a confidencialidade do procedimento arbitral seja um dos seus grandes atrativos, o sigilo que a LAV portuguesa faz referência está sujeito à relativização de seus efeitos. Em consonância, podemos citar a Lei-Modelo⁸² da UNCITRAL⁸³ que, não obstante sirva de referência à legislação da maioria dos países, não lhe faz uma referência expressa⁸⁴. As *Notes on Organizing Arbitral Proceedings*⁸⁵, anexas à referida Lei-Modelo, esclarecem a razão de assim ser⁸⁶. Embora seja notório de que a confidencialidade seja um dos atributos mais úteis e relacionados à arbitragem, não há uma adesão a este princípio por parte da maioria das leis nacionais, tendo em vista que não é possível garantir que os envolvidos numa relação arbitral fiquem, sem mais, sujeitos ao dever de respeitá-lo.

Deste modo, verificando as leis de arbitragem de diferentes países, atualmente, somente a China, a República Checa, a Espanha, a França (apenas nos casos de arbitragens internas)⁸⁷, a Hungria, a Romênia, a Sérvia, a Eslováquia, Singapura, bem como nos EUA, nomeadamente os estados de Arkansas, Califórnia, Missouri e Texas, e, por fim, Nova Zelândia estabelecem como regra a confidencialidade não apenas concernente às sentenças

⁸⁰ Cfr. Legifrance.gouv.br Le Service public de la diffusion du droit - **Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage** [Em linha]. Paris, (2011). [Consult em 09 janeiro 2017]. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2011/1/13/JUSC1025421D/jo#JORFARTI000023417521>.

⁸¹ RAPOSO, Mário - Os Árbitros. **Revista da Ordem dos Advogados**...p. 515.

⁸² Adotada inicialmente em 1985 pela United Nations Commission on International Trade Law e que foi objeto de importantes alterações em 2006.

⁸³ UNCITRAL in Dicionário infopédia de Siglas e Abreviaturas [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2016. [Consult. 03 dezembro 2016]. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/siglas-abreviaturas/UNCITRAL>.

⁸⁴ HWANG, Michael S. C.; CHUNG Katie – Defining the indefinable: practical...p. 628.

⁸⁵ Cfr. United Nations Commission on International Trade Law - **Notes on Organizing Arbitral Proceedings** [Em linha]. (2016). [Consult. em 09 janeiro 2017]. Disponível em <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-2016-e-pre-release.pdf>, p. 12-13.

⁸⁶ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 244.

⁸⁷ WATERS Andrew; SMITH Kimberley. Confidentiality in Arbitration: fact or fiction?...Disponível em <http://www.wfw.com/wp-content/uploads/2015/10/WFW-ArbitrationNewsletterEdition2-Confidentiality.pdf>. p. 02.

arbitrais, mas também aos respectivos processos, estendendo o seu dever às partes, aos árbitros e demais interventores, salvaguardando o direito, em qualquer caso, de as partes, por acordo, decidirem de maneira diversa⁸⁸.

Em contrapartida, a maioria dos países estabelece em suas leis que a confidencialidade das sentenças arbitrais e dos respectivos processos depende de requerimento ou de acordo de vontade das partes, o que não impede que os árbitros fiquem obrigados, deontologicamente, a não se valerem de qualquer informação obtida durante a tramitação do processo arbitral para seu proveito ou de terceiro, ou para lesarem o interesse de outrem. Em consonância com esta disposição, podemos citar a Alemanha, Argentina, Áustria, Bélgica, Bulgária, Itália, Holanda (não obstante, em regra, se preveja a publicação das sentenças arbitrais), do Estado de Nova Iorque e de outros estados dos EUA, exceto aqueles referidos anteriormente e, em geral, dos restantes dos estados federados, bem como a Polônia, Reino Unido, Rússia, Suécia, Suíça, Turquia e Ucrânia⁸⁹.

Por assim ser, segundo a legislação desses países, qualquer das partes, mesmo com a oposição da outra, pode tornar pública, se for de seu interesse, a sentença arbitral, salvo se houver compromisso arbitral, previamente acordado entre as mesmas, e que as vincule a expressa obrigação em sentido contrário.

No Brasil, a questão ganha considerável destaque, especialmente pelo fato de o princípio da publicidade do processo judicial ter caráter constitucional. Por assim ser, é significativamente perceptível o contraste que se estabelece entre a ampla exposição a que pode ser submetido o litígio, objeto de um processo judicial, e a possível confidencialidade aplicável à resolução de conflitos através do processo arbitral. Assim, sua Lei Geral de Arbitragem, n.º 9.307/1996, não faz referência à confidencialidade, no entanto consagra o dever de discrição dos árbitros através do parágrafo 6.º de seu art. 13.⁹⁰. Contudo, referida legislação consagrou a autonomia da vontade das partes, ao passo que deixou à disposição das mesmas à sua livre escolha quanto às regras essenciais do procedimento⁹¹.

⁸⁸ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 244.

⁸⁹ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 245.

⁹⁰ Cfr. Palácio do Planalto - **Lei Federal n.º 9.307/1996** [Em linha], art. 13, parágrafo 6.º: “*No desempenho de suas funções o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.*” Brasília, (1996). [Consult. em 09 novembro 2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm.

⁹¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino; FIGUEIROA, Caio Cesar - Arbitragem é...Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-09/arbitragem-conciliavel-transparencia-publicidade>.

Ainda com relação ao Brasil, deve-se ressaltar que o novo Código de Processo Civil, Lei n.º 13.105 de 16.03.2015, inovou ao prever a possibilidade de decretação de segredo de justiça em feitos relativos a procedimentos arbitrais, conforme os termos do inciso IV de seu art. 189.º. Ademais, como dito, não há na Lei n.º 9.307/1996 qualquer menção que disponha sobre a confidencialidade no procedimento arbitral. Trata-se, portanto, de matéria omissa na legislação arbitral brasileira que, por sua vez, apenas aborda matéria correlata quando relaciona, dentre os princípios norteadores da atuação do árbitro, juntamente da imparcialidade, da independência, da competência e da diligência, o dever de “discrição”. Referido dever está, portanto, mais vinculado à noção de privacidade do que de confidencialidade e, por consequência, esta é frequentemente estabelecida por força de cláusula expressa em contrato ou através de termo da instituição é instaurado o procedimento. Nesse contexto, sendo a confidencialidade fruto de contrato, da liberdade da vontade das partes, a sua extensão e a sua aplicabilidade, em cada arbitragem, tende a ser diferente. Por outra via, seus efeitos também podem surgir por força de um regulamento institucional que assim os determine sobre os procedimentos conduzidos sob a sua regência⁹².

3.3. A confidencialidade e sua relação com alguns dos grandes regulamentos de arbitragem

De forma divergente às leis de certos Estados, que não versam sobre os efeitos da confidencialidade nos processos e sentenças arbitrais, os regulamentos de consagradas instituições arbitrais dão a ela considerável respeito.

Referidos regulamentos servem de base, quando não de referência direta, não apenas às arbitragens institucionais nelas realizadas, mas também às muitas arbitragens *ad hoc*. Nestes regulamentos, o princípio da confidencialidade é uma constante, ainda que consagrada de formas heterogêneas⁹³. Destarte, para o efeito de fundamentar esta assertiva, insta indicar alguns desses regulamentos.

O regulamento da LCIA, de 2014, em seu art. 30.1⁹⁴, contém disposições expressas que impõem obrigações de confidencialidade⁹⁵.

⁹² FONSECA, Rodrigo Garcia - O segredo de Justiça e a Arbitragem...p. 390.

⁹³ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 249.

⁹⁴ Disponível em: http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article30

Como outro exemplo manifesta-se o regulamento da SCC⁹⁶ que, desde 2010⁹⁷, dispõe em seu art. 46.º que “*salvo acordo em contrário das partes, o tribunal arbitral deve manter confidencialidade sobre o processo arbitral e a sentença*”⁹⁸. Contudo, insta informar que um novo regulamento da referida Câmara de Comércio entrou em vigência em 1.º de janeiro de 2017, mantendo a mesma perspectiva através de seu art. 3.º.

O regulamento do DIAC expressa, em seu art. 41.º⁹⁹, que a confidencialidade é um princípio geral para as suas arbitragens, influenciando não só nas sentenças e suas deliberações, mas em tudo que tenha relação com o transcorrer do processo arbitral, ressaltando-se as relações que envolvam acordo entre as partes, o qual expressamente estipule o contrário, ou nas situações em que a revelação possa vir a ser exigida por uma das partes, por força de obrigação legal ou para efeitos de execução ou de impugnação da sentença arbitral¹⁰⁰.

O Regulamento do HKIAC, em seu art. 42.º¹⁰¹, também prevê expressamente o termo “confidencialidade”, estendendo sua abrangência sobre todas as matérias e documentos pertinentes ao processo arbitral, tais como provas, ordens, sentenças e suas deliberações, salvaguardando sempre a expressa vontade das partes que acordarem em sentido contrário ou que definirem as condições em que, excepcionalmente, possa ser dada publicidade ao conteúdo das sentenças¹⁰².

O ICDR, da AAA, em vigor desde 01.06.2009, também preceitua sobre o âmbito de incidência da confidencialidade, admitindo, contudo, que as sentenças possam ser arquivadas e registradas, se a lei do país que as regular assim dispor, serem publicitadas, em caso de necessária execução ou por decisão da instituição, ainda que livre de dados

⁹⁵ WATERS Andrew; SMITH Kimberley. Confidentiality in Arbitration: fact or fiction?...Disponível em <http://www.wfw.com/wp-content/uploads/2015/10/WFW-ArbitrationNewsletterEdition2-Confidentiality.pdf>. p. 4.

⁹⁶ Cfr. Arbitration Institute of the Stockholm chamber of Commerce. **Arbitration Rules** [Em linha]. Stockholm, (2010). [Consult. em 08 janeiro 2017]. Disponível em: http://www.sccinstitute.com/media/40120/arbitrationrules_eng_webbversion.pdf.

⁹⁷ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 249-250.

⁹⁸ RAPOSO, Mário - Os Árbitros. **Revista da Ordem dos Advogados**...p. 516.

⁹⁹ Cft. Dubai International Arbitration Centre - **Arbitration Rules** [Em linha]. Dubai, (2007). [Consult. em 09 janeiro 2017]. Disponível em: <http://www.diac.ae/idias/rules/Arb.Rules%202007/6MISCELLANEOUS/>

¹⁰⁰ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 246.

¹⁰¹ Cfr. Hong Kong International Arbitration Centre - **Regulamento de Arbitragem Administrada** [Em linha]. Hong Kong, (2013). [Consult. 09 janeiro 2017]. Disponível em http://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/2013_hkiac_rules%28en_pt%29.pdf

¹⁰² PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 247.

identificadores e com ressalva do acordo das partes, tudo segundo os termos dos n.º 6 e 8 do seu art. 27.^o¹⁰³.

Entretanto, as normas mais precisas e completas em matéria de confidencialidade são aquelas que já estavam presentes no regulamento do SIAC desde 01.07.2010, em seu art. 35.^o¹⁰⁴, e que, atualmente, encontram-se consagradas em seu artigo 39.^o¹⁰⁵.

De forma semelhante, as Câmaras de Comércio e Indústria Suíças da Basileia, Berna, Genebra, Ticino, Vaud e Zurique, todas com consolidada tradição em arbitragens internacionais, adotaram, em conjunto, um regulamento conhecido como *Swiss Rules of International Arbitration*¹⁰⁶, o qual, atualizado em junho de 2012, preceitua sobre a confidencialidade através de seu art. 44.^o¹⁰⁷.

Por conseguinte, cumpre citar as regras de um centro de arbitragem especializado, a WIPO, que, em vigor desde 01.10.2002, com recente alteração em 2014, versa sobre a confidencialidade do procedimento arbitral de forma minuciosa, asseverando sua importância ao consagrá-la num capítulo próprio, sob o título denominado *confidentiality*¹⁰⁸, designadamente com quatro artigos¹⁰⁹.

Já o regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, através de seu art. 14.^o¹¹⁰, opta por pautar sobre o caráter sigiloso do procedimento arbitral¹¹¹.

Diferentemente dos demais, o regulamento de arbitragem do Centro Comercial de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, que encontra-se em vigor desde 01.03.2014, além de não fazer qualquer referência à confidencialidade do

¹⁰³ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 248-249.

¹⁰⁴ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 248-249.

¹⁰⁵ Cfr. Singapore International Arbitration Centre - **Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Internacional de Singapura** [Em linha]. Singapura, (2016). [Consult. 08 janeiro 2017]. Disponível em: <http://siac.org.sg/images/stories/articles/rules/2016/SIAC%20Rules%202016%20-%20Portuguese%20version.pdf>.

¹⁰⁶ Cfr. Swiss Chambers' Arbitration Institute - **Swiss Rules of International Arbitration** [Em linha]. (2012). [Consult. 08 janeiro 2017]. Disponível em: https://www.swissarbitration.org/files/33/Swiss-Rules/SRIA_portuguese_2012.pdf.

¹⁰⁷ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 250-251.

¹⁰⁸ Cfr. WIPO – **Arbitration Rules** [Em linha]. (2014). [Consult. 08 janeiro 2017]. Disponível em: <http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/>.

¹⁰⁹ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 251-252.

¹¹⁰ Cfr. Centro de Arbitragem e Mediação - **Regulamento do CAM-CCBC** [Em linha]. (2012). [Consult. 08 janeiro 2017]. Disponível em: <http://www.ccbc.org.br/Materia/1067/regulamento>.

¹¹¹ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 253.

procedimento, também preceitua, em seu art. 41.^o¹¹², sobre a publicidade da sentença. Referido regulamento tem como foco resguardar a transparência como quesito de legitimação e credibilidade da arbitragem, especificamente quando estejam envolvidas entidades públicas. Todavia, insta fazer referência ao art. 8.^o do vigente Código Deontológico do Árbitro deste Centro de Arbitragem¹¹³, que obriga-o a respeitar a confidencialidade do processo, bem como da decisão arbitral¹¹⁴.

Entretanto, para além destes regulamentos e de outros não citados, temos o regulamento de arbitragem da UNCITRAL¹¹⁵, o qual é detentor de merecido reconhecimento face à sua respectiva aplicabilidade quase que universal. Seu atual regulamento, de 2013, não inclui uma obrigação de confidencialidade geral, embora o art. 34.5 detalhe as circunstâncias em que uma sentença pode ser tornada pública¹¹⁶, vejamos:

“A sentença pode ser tornada pública com o consentimento de todas as partes ou quando a sua divulgação for requerida por uma das partes para cumprimento de uma obrigação legal, para proteger ou fazer valer um direito ou relativamente a um processo que corra num tribunal ou perante outra autoridade competente”¹¹⁷.

Em termos semelhantes a estas mesmas regras sobre confidencialidade e restrição quanto à publicidade das sentenças arbitrais, estão os preceitos constantes nas secções 42 e 43 do regulamento do DIS¹¹⁸, o centro internacional de arbitragem alemão¹¹⁹.

¹¹² Cfr. Centro de Arbitragem Comercial – Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa - **Regulamento De Arbitragem** [Em linha]. (2014). [Consult 08 janeiro 2017]. Disponível em: http://www.centrodearbitragem.pt/images/pdfs/Legislacao_e_Regulamentos/Regulamento_de_Arbitragem/Regulamento_de_Arbitragem_2014.pdf.

¹¹³ Cfr. Centro de Arbitragem Comercial – Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – **Código Deontológico** [Em linha]. (2014). [Consult 08 janeiro 2017]. Disponível em: http://www.centrodearbitragem.pt/images/pdfs/Legislacao_e_Regulamentos/Regulamento_de_Arbitragem/Codigo_Deontologico_2014.pdf.

¹¹⁴ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 253.

¹¹⁵ Cfr. United Nations Commission on International Trade Law - **Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration** [Em linha]. (2013). [Consult. 05 janeiro 2017]. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf>.

¹¹⁶ WATERS Andrew; SMITH Kimberley. Confidentiality in Arbitration: fact or fiction?...Disponível em <http://www.wfw.com/wp-content/uploads/2015/10/WFW-ArbitrationNewsletterEdition2-Confidentiality.pdf>. p. 4.

¹¹⁷ RAPOSO, Mário - Os Árbitros. **Revista da Ordem dos Advogados**...p. 517.

¹¹⁸ Cfr. DIS - **Arbitration Rules 98** [Em linha]. (1998). [Consult. 05 janeiro 2017]. Disponível em: <http://www.dis-arb.de/en/16/rules/dis-arbitration-rules-98-id10>.

¹¹⁹ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 245.

Por fim, insta fazer referência ao regulamento que, tal como o regulamento de arbitragem da UNCITRAL, detém notório reconhecimento em decorrência de sua aplicabilidade quase que universal, o regulamento de arbitragem da CCI.

Quanto a este, insta ressaltar que seu anterior regulamento, de 1998, continha três arts. que externavam sua intenção de tutelar, de forma pontual, a confidencialidade. Seguindo uma ordem, havia o art. 20.7 que expressava que o tribunal arbitral poderia tomar medidas para proteger os segredos de negócios e as informações confidenciais. Já o art. 21.3 rezava que, salvo acordo do tribunal arbitral e das partes, às audiências não poderiam assistir pessoas estranhas ao processo, e, por fim, havia o art. 28.2 que determinava que as certidões, para além das entregues quando da notificação, poderiam, a todo tempo, ser entregues, exclusivamente, às partes ou a qualquer delas. No entanto, o atual regulamento, em vigor desde 01.01.2012¹²⁰, externa esta referida tendência de forma clara e objetiva¹²¹, através de seu art. 22.3, nos seguintes termos:

“A pedido de qualquer das partes, o tribunal arbitral pode impor regras relativas à confidencialidade do processo arbitral ou de qualquer outro assunto relativo à arbitragem e adoptar medidas para proteger os segredos comerciais e as informações confidenciais”.

Não obstante a essa tendência das regras de arbitragem da CCI, insta frisar que a confidencialidade está expressamente abarcada através do art. 6.º dos Estatutos do Tribunal Internacional de Arbitragens¹²², que corresponde ao centro de arbitragem independente desta Câmara. Referido preceito deixa claro que os trabalhos da Corte têm cariz confidencial e, portanto, devem ser respeitados por todas as pessoas que deles participem, a qualquer título¹²³.

Em consenso, o art. 1.º do Regulamento Interno desta mesma *International Court of Arbitration* expressa¹²⁴, de forma detalhada, sobre a extensão dos efeitos da

¹²⁰ Cfr. International Chamber of Commerce - **Rules of Arbitration** [Em linha]. (2012). [Consult. 05 janeiro 2017]. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration/>.

¹²¹ RAPOSO, Mário - Os Árbitros. **Revista da Ordem dos Advogados**...p. 516-517.

¹²² Regras de Arbitragem e Mediação. **International Chamber of Commerce - Portugal** [Em linha]. (2013), p. 44. [Consult. 02 dezembro 2016]. Disponível em: http://www.icc-portugal.com/images/documentos/comissao_de_arbitragem/Arbitragem-Mediacao.pdf

¹²³ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 247.

¹²⁴ Regras de Arbitragem e Mediação. **International Chamber of Commerce - Portugal** [Em linha]. (2013), p. 45. [Consult. 02 dezembro 2016]. Disponível em: http://www.icc-portugal.com/images/documentos/comissao_de_arbitragem/Arbitragem-Mediacao.pdf

confidencialidade no que concerne à forma protocolar que deve incidir sobre os trabalhos da Corte, sobre as provas, documentos, procedimentos, e sobre aqueles que venham a ter contato com o procedimento arbitral, primordialmente para se garantir a confidencialidade da arbitragem¹²⁵.

Enfim, mediante breve leitura dos regulamentos da CCI e dos demais regulamentos ora referenciados, mais precisamente com relação aos preceitos atinentes à confidencialidade, cerne desta dissertação, é possível depreender o quão importante são seus efeitos sobre os procedimentos arbitrais que são realizados segundo suas respectivas regras.

3.4. Relevantes decisões contrárias à confidencialidade

Não obstante sua importância, a confidencialidade, por vezes, teve seus efeitos relativizados perante relevantes tribunais do cenário jurídico mundial. Consoante a esta colocação, podemos citar o que ocorreu na Suécia, na decisão proferida no ano 2000 pelo *Svea Court of Appeal*, no caso *Bulgarian Foreign Trade Bank Lda. v. Al Trade Finance Inc.*, que considerou que não existe nenhuma obrigação implícita de se manter a confidencialidade em arbitragens privadas, especialmente por que uma das partes argumentou que não estava vinculada à cláusula de arbitragem inserida num contrato de que não era parte¹²⁶.

Outra ocasião materializa-se na decisão do *High Court of Austrália*, de 1995, incidente no processo em que eram partes *Eso Austrália Res. Lda. v. Plowman*, a qual foi mais conhecida e divulgada, pois reconheceu que a confidencialidade, ao contrário da privacidade, não é “atributo essencial” da arbitragem comercial. Neste sentido, seu Supremo Tribunal decidiu que o Ministério da Energia e Minérios Australiano, que não era parte nessa arbitragem, teria direito a tomar conhecimento de todos os documentos e informações concernentes ao referido processo arbitral¹²⁷.

Mesmo nos EUA há decisões que relativizam a incidência de qualquer dever implícito de confidencialidade na arbitragem. Sendo citado, como precedente, o caso *United States v. Panhandle E. Corp.*, julgado em 1988. O Governo Federal Americano procurou obter da referida empresa certos documentos pertinentes a uma arbitragem que

¹²⁵ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 247-248.

¹²⁶ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 255.

¹²⁷ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 255.

tramitava perante a CCI, envolvendo uma de suas subsidiárias e uma companhia petrolífera argelina. A *Panhandle* tentou impedir argumentando que a arbitragem tinha natureza confidencial e que eventual divulgação poderia frustrar as expectativas das partes. No entanto, o tribunal compreendeu que não havia qualquer dever de confidencialidade aplicável à referida arbitragem, ao passo que não havia ficado especificado referido dever em prévia convenção das partes, e que, entretanto, o regulamento de arbitragem da CCI não prescrevia qualquer obrigação de confidencialidade para as arbitragens que lhe eram submetidas. Por assim ser, o Tribunal deferiu o pedido do governo¹²⁸.

Certamente, referidas decisões ressaltam a importância de se assegurar a confidencialidade da arbitragem mediante clara e pormenorizada redação de uma convenção arbitral, escolhendo-se o regulamento que as partes desejam aplicar ao litígio e a lei do respectivo lugar. Deste modo, é de grande importância conhecer a legislação do país do lugar da arbitragem e ponderar sobre o tratamento que essa legislação aplica à confidencialidade¹²⁹, notadamente com a finalidade de se evitar eventuais surpresas durante e depois do transcurso do processo.

4. A ARBITRAGEM E SUA RELAÇÃO COM A CONFIDENCIALIDADE NO DIREITO PORTUGUÊS

4.1. Base legal do Tribunal Arbitral

Não obstante a arbitragem esteja, hodiernamente, em evidência, ela é relativamente antiga, porém, o que se depreende, é que o momento atual consagra a sua expansão e firma seus alicerces como um meio inteligente de RAL.

Contudo, embora a CRP preceitue, através do n.º 2 de seu art. 209.º, sobre a possibilidade de existência dos tribunais arbitrais, ela não trás a sua definição. O que levamos a concluir que o seu conceito é oriundo da tradição jurídica vigente no direito infraconstitucional, designadamente através da Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, conhecida como LAV. E, como características fundamentais dos tribunais arbitrais, podemos fazer referência, em primeiro lugar, ao fato de serem geralmente formados *ad hoc*, ou seja, com a finalidade de se atingir uma solução para determinado litígio e tão

¹²⁸ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 256.

¹²⁹ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 256.

somente, podendo, todavia, haver tribunais arbitrais permanentes, aos quais podem incorrer a incumbência de se alcançar soluções para litígios emergentes de certos tipos de relações jurídicas, trata-se da arbitragem institucionalizada. Em segundo lugar, como característica fundamental, insta citar o fato de a relação arbitral ser formada por iniciativa das partes ou por iniciativa de instituições representativas dos possíveis litigantes, tais como associações comerciais etc¹³⁰.

Destarte, é correto concluir que o tribunal arbitral tem origem contratual, ao passo que a intenção de submeter o litígio à referida forma de resolução de litígio emana da vontade das partes¹³¹. Característica dessa premissa consubstancia-se, a título de exemplo, no fato de uma pretensão que, apesar de ser apresentada perante um tribunal judicial, pode, contudo, ter seu desfecho manifestado através de um tribunal arbitral, designadamente quando as partes celebram um compromisso arbitral, fato este que tende acarretar a extinção da referida instância.

Outro exemplo manifesta-se na possibilidade de as partes poderem renunciar a convenção arbitral, notadamente com o fim de submeter o litígio perante um tribunal judicial¹³².

No que concerne aos árbitros, cabe destacar, em síntese, que devem ser pessoas singulares e plenamente capazes, conforme termos do n.º 1 do art. 9.º da LAV. E, segundo o texto legal do n.º 1 do art. 10º da LAV, as partes tem a liberdade de, na convenção de arbitragem ou em termo posterior, por elas assinado, designar o árbitro ou os árbitros que irão compor o tribunal arbitral ou determinar o modo pelo qual estes deverão ser escolhidos, nomeadamente, cometendo a designação de todos ou de alguns dos árbitros a um terceiro.

Verifica-se, portanto, a preponderância da vontade das partes dentro da margem discricionária que a lei lhes concede. Sob este mesmo prisma está à possibilidade de as partes, na convenção de arbitragem, ou em escrito posterior, estabelecerem as regras de processo que deverão ser observadas durante o procedimento arbitral, regras estas que, de forma indubitável, não poderão ser contrárias aos princípios da igualdade de tratamento das partes e do contraditório, nos termos das alíneas do n.º 1 do art. 30º da LAV.

¹³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa Anotada. 4.ª ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2014. ISBN 978-972-32-2287-6. Vol. II, p. 550.

¹³¹ SOUZA, Miguel Teixeira - A intervenção de terceiros no processo arbitral. **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação**. ano V (2012), p. 177.

¹³² CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa...p. 550.

Assim, face à ampla sujeição do procedimento arbitral à vontade das partes, é razoável depreender que a natureza dos litígios que lhes sejam submetidos não seja pertinente a direitos indisponíveis e a litígios que, por ordem constitucional, sejam de competência dos tribunais judiciais¹³³.

É neste cenário, portanto, no qual a arbitragem é o plano de fundo, e, em regra, os direitos disponíveis convergem-se no tema, enquanto as partes apresentam-se como atores principais que são dirigidos por um ou mais árbitros, é que se estabelece a preponderância, ou não, da confidencialidade atinente aos elementos que compõe o litígio e o contexto no qual ele se estabelece, delineando-se, segundo a vontade das partes, os seus limites. Contudo, referidos limites, além da vontade das partes, tem suas balizas também estabelecidas por lei, princípios e direitos que, uma vez em conflito com a confidencialidade almejada, sobrepõe-se a esta, notadamente com a finalidade de se garantir a integridade de um bem maior. Realidade esta claramente asseverada pelo n.º 5 do art. 30.º da LAV.

4.2. Base legal da confidencialidade com relação à arbitragem

A CRP, designadamente através de seu art. 26.º, consagra, dentre vários direitos pessoais, tais como o direito à intimidade pessoal e ao bom nome e reputação, o direito a reserva da intimidade da vida privada e familiar em seu n.º 1. Referido artigo também determina, através de seu n.º 2, que a lei estabelecerá garantias efetivas contra a utilização abusiva ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.

O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar está, naturalmente, atrelado ao direito à integridade pessoal, previsto em seu art. 25.º, servindo outros direitos e instrumentos jurídicos, por sua vez, como sua garantia.

Em consonância com este raciocínio jurídico está o direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, nos termos do art. 34.º, a proibição de se utilizar a informática para tratamento de dados relativos à vida privada, conforme disposto no n.º 3 de seu art. 35.º, o sigilo profissional e o dever de reserva das cartas confidenciais e demais papéis pessoais, direitos estes devidamente consagrados através dos arts. 75.º a 78.º do Código Civil Português.

¹³³ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa...p. 551.

Em síntese, depreende-se que o direito em referência subdivide-se em dois direitos menores, quais sejam: o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a sua vida privada e familiar e o direito a que ninguém divulgue informações que possua sobre a vida privada e familiar de outrem.

Essa realidade jurídica nos externa que esta disposição constitucional tem como escopo proteger, designadamente, a vida privada dos indivíduos e, concomitantemente, proporcionar margem ao legislador ordinário de poder disciplinar sobre a referida matéria¹³⁴.

Destarte, é escorreito concluir que a protecção da confidencialidade, tutelado constitucionalmente, está sujeito a parâmetros estabelecidos na legislação ordinária, e é sob este prisma que os efeitos da confidencialidade colocam-se, de forma legítima, à disposição das formas de RAL e, em especial, no que concerne à arbitragem, à vontade das partes, quando da celebração da convenção arbitral.

4.3. A Lei de Arbitragem Voluntária e a Confidencialidade

Notoriamente vinculada à arbitragem, o sigilo é uma de suas características que induz muitas das partes a recorrer à referida forma de RAL, especialmente para que a existência do processo, bem como suas consequências, não sejam publicitados ao público.

Assim, em consonância com a consideração aventada, o n.º 5 do art. 30.º da LAV, aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, estabelece:

“Os árbitros, as partes e, se for o caso, as entidades que promovam, com carácter institucionalizado, a realização de 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.”

Inicialmente, este número estabelece um dever de sigilo dos árbitros, das partes e das entidades que organizam arbitragens institucionalizadas¹³⁵.

¹³⁴ MESQUITA, Maria Margarida - Protecção da confidencialidade em matéria fiscal. **Ciência e Técnica Fiscal**. ISSN 0870-340 X. n.º 364 (1991), p. 217.

¹³⁵ VICENTE, Dário Moura [et al.] - **Lei de Arbitragem Voluntária: anotada**. 2ª ed. revisada e atualizada. Coimbra: ed. Almedina, 2015, ISBN 978-972-40-5975-4, p. 86.

No que concerne ao dever de sigilo incidente sobre os árbitros, é razoável depreender que os dados atinentes a fatos e conhecimentos técnicos, revelados no transcorrer do processo arbitral, não podem ser aproveitados para fim diverso se a informação disponibilizada pelo árbitro não puder ser obtida por outros meios. Deste modo, se as informações puderem ser angariadas por outros meios, decerto não haverá razão para se falar em dever de sigilo. Nesse contexto, o árbitro tem o dever de guardar sigilo no que concerne a fatos relacionados a assuntos que lhe tenham sido revelados pelas partes ou por sua ordem, ou que tenha obtido conhecimento no exercício de sua incumbência, sejam eles trazidos pelas partes, testemunhas ou peritos, antes, durante e depois de finalizado o procedimento arbitral. Enfim, trata-se de um dever de sigilo que tutela valores superiores àqueles que emanam dos interesses das partes e, por assim ser, oponível até mesmo em face daquela que, eventualmente, o tenha nomeado¹³⁶.

Entretanto, referido preceito legal, ao final, comporta, no entanto, algumas exceções. Dentre estas estão o direito de as partes tornarem públicos os atos processuais imprescindíveis à defesa de seus direitos e o dever de o tribunal revelar às autoridades competentes sobre atos do processo que a lei assim lhe imponha, notadamente no âmbito do combate a atos de corrupção ou de branqueamento de capitais¹³⁷. Tais exceções ao dever de confidencialidade não são influências oriundas de nenhuma lei estrangeira, denotando “*impor-se por si, dispensando justificação específica*”, conforme anotação do Anteprojeto da LAV de 2010 da APA¹³⁸.

Contudo, não obstante a lei não expresse o termo *confidencialidade*, é escorreito concluir que a mesma corresponde à propriedade da informação de que não estará disponível ou não será divulgada sem autorização. Todavia, o referido texto legal expressa, em seu conteúdo, o termo *sigilo*, o qual envolve, em seu significado, um maior grau de segurança na proporção em que a informação, assim classificada, não poderá ser divulgada, só podendo ser conhecida por um número restrito de pessoas¹³⁹.

¹³⁶ TIMBANE, Tomás - Regras deontológicas aplicáveis aos árbitros. **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação**. Vol. VI, (2013), p. 215.

¹³⁷ VICENTE, Dário Moura [et al.] - **Lei de Arbitragem Voluntária: anotada**...p. 86.

¹³⁸ Referido texto legal está consagrado como fonte para o Anteprojeto de 2010 da APA, conforme anotação n.º 97, p. 25. **Associação Portuguesa de Arbitragem** [em linha]. 2010. [Consult. 13 dezembro 2016] *Projeto de nova LAV de 2010 com Notas Justificativas revistas, artigo por artigo*. Disponível em: <http://arbitragem.pt/projetos/lav-2011/lav-anotada210509.pdf>.

¹³⁹ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 242.

Em consonância com a percepção legal anteriormente exposta, ainda que sem força de lei, consiste a redação expressa através do art. 8.º do Código Deontológico do Árbitro que, sob o título de confidencialidade, assim preceitua:

“Sem prejuízo do disposto na lei, 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 objetivo de alcançar ganho, para si ou para terceiro, ou de lesar o interesse de outrem.”

Entretanto, cumpre asseverar que este dever, embora consagrado através do n.º 5 do art. 30 da LAV, sob a epígrafe de “princípios e regras do processo arbitral”, não integra nenhum dos princípios ou regras fundamentais da arbitragem elencados no n.º 1 deste mesmo artigo, sendo tais princípios consubstanciados na prévia citação do demandado para poder exercer o direito de defesa, no tratamento das partes com igualdade e na observância do contraditório.

Todavia, segundo Rui Pena, são estes ideais de confidencialidade e de sigilo, que parecem envolver a arbitragem, que têm proporcionado, ultimamente, em Portugal, fortes críticas por parte daqueles que defendem que Justiça deve ser construída de portas abertas¹⁴⁰, conforme preceito expresso no art. 10.º da DUDH¹⁴¹. Estando, neste mesmo sentido, ainda que mais amplo, a redação do n.º 1 do art. 6.º da CEDH¹⁴².

Porém, no cenário no qual se estabelece tal discussão, é escorreito concluir que, sob a égide da Constituição da República Portuguesa (n.º 2 de seu art. 209.º), há espaço suficiente para os tribunais estaduais e para os tribunais arbitrais atuarem segundo sua própria natureza. Por assim ser, em regra, a publicidade preconizada na lei deve ser aplicada aos tribunais estaduais e não à arbitragem, na medida em que esta é uma justiça quase que essencialmente privada. Cumprindo destacar, portanto, a admissibilidade de as partes acordarem sobre a possibilidade ou obrigatoriedade de publicitar sobre a existência do processo e dos respectivos atos e documentos¹⁴³.

Destarte, de forma complementar, insta citar o n.º 6 do referido art. 30.º da LAV, que assim expressa: *“O disposto no número anterior não impede a publicação de sentenças e outras decisões do tribunal arbitral, expurgadas de elementos de identificação*

¹⁴⁰ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 243.

¹⁴¹ Cfr. art. 10.º da DUDH.

¹⁴² Cfr. n.º 1 do art. 6.º da CEDH.

¹⁴³ OLIVEIRA, Mário Esteves, [et. al.] - **Lei de Arbitragem Voluntária**. Coimbra: Ed. Almedina, 2014, ISBN 978-972-40-5368-4, p. 388.

das partes, salvo se qualquer destas a isso se opuser.” Contudo, no que atine à identificação dos árbitros, seus elementos podem vir a permanecer¹⁴⁴.

Assim, sem contrariar o dever de sigilo acolhido pelo n.º 5, é razoável depreender que o próprio texto legal admite a possibilidade de publicação das sentenças e outras decisões do tribunal arbitral, desde que incidentes as referidas circunstâncias¹⁴⁵. Neste contexto, é possível conceber a conclusão de que a publicação das sentenças arbitrais tem como finalidade viabilizar sua análise por estudiosos, no sentido de favorecer a formação e consolidação de uma jurisprudência arbitral¹⁴⁶. Em consonância com o referido entendimento consubstancia-se o fato de a APA, ao divulgar em seu *site* da internet os registros das decisões arbitrais nacionais, devidamente expurgadas de elementos de identificação das partes¹⁴⁷.

Logo, as partes podem, a qualquer momento, autorizar a publicação das sentenças ou decisões arbitrais, no entanto, salvo o cumprimento das obrigações expressas na parte final do n.º 5 do referido art., se uma das partes se opuser, pode a decisão arbitral permanecer sob o sigilo do processo, não carecendo de justificar sua oposição¹⁴⁸.

Assim, a *não oposição* ou a *autorização* apresentam-se como formas de externar o consentimento. A razão de assim ser está em seu efeito prático. A autorização pressupõe um *facere*. Todavia, se assim não o fosse, poderia acontecer que a parte vencida não viesse a conceder sua autorização como forma de reação em face de eventual desfecho desfavorável do processo arbitral. Sendo assim, certamente, devem as partes ter prévio *conhecimento* de que se pretende publicar a sentença¹⁴⁹. Logo, não surgindo, por exemplo, a necessidade de execução judicial da sentença, nenhuma informação seria publicada com relação ao procedimento arbitral¹⁵⁰.

Quanto à intervenção de terceiros no procedimento arbitral, conclui-se tratar de questão bastante complexa, notadamente ao que se refere às condições substanciais e

¹⁴⁴ VICENTE, Dário Moura [et al.] - **Lei de Arbitragem Voluntária: anotada...**p. 86.

¹⁴⁵ OLIVEIRA, Mário Esteves, [et. al.] - **Lei de Arbitragem Voluntária...**p. 388.

¹⁴⁶ Referido texto legal está consagrado como fonte para o Anteprojeto de 2010 da APA, conforme anotação n.º 98, p. 25. **Associação Portuguesa de Arbitragem** [em linha]. 2010. [Consult. 13 dezembro 2016] *Projeto de nova LAV de 2010 com Notas Justificativas revistas, artigo por artigo*. Disponível em: <http://arbitragem.pt/projetos/lav-2011/lav-annotada210509.pdf>.

¹⁴⁷ Jurisprudência Nacional – Arbitragem. **Associação Portuguesa de Arbitragem** [em linha]. [Consult. 08 Outubro 2016] Disponível em: <http://arbitragem.pt/jurisprudencia/nacional-sobre-arbitragem/>

¹⁴⁸ VICENTE, Dário Moura [et al.] - **Lei de Arbitragem Voluntária: anotada...**p. 86.

¹⁴⁹ RAPOSO, Mário - Os Árbitros. **Revista da Ordem dos Advogados...**p. 520.

¹⁵⁰ CATELA, Miguel - Confidencialidade em arbitragem *versus* interesse público. **Revista Vida Judiciária**. n.º 194 (2016), p. 35.

procedimentais inerentes ao processo arbitral quando da ocorrência da referida circunstância, entretanto, em decorrência do tema desta dissertação, ressaltaremos, de forma restrita, a sua relação para com os efeitos da confidencialidade que, na maioria dos casos, lhes são incidentes.

A LAV regula a intervenção de terceiros em seu art. 36.º, segundo seu preceito, além das partes do processo, o terceiro deve estar vinculado à mesma convenção arbitral. Se o terceiro não for parte da referida convenção, as partes iniciais têm de aceitar a adesão desse terceiro a essa convenção. Por conseguinte, o terceiro deve aceitar a composição do tribunal arbitral para, finalmente, o tribunal arbitral decidir se admite, ou não, a intervenção do terceiro, levando em consideração, para tanto, se esta nova composição não perturbará, indevidamente, o normal andamento do processo arbitral, bem como se há razões de relevo que a justifique¹⁵¹. Partindo dessa premissa legal, verifica-se que a condição essencial, para que se admita a intervenção de terceiros, é que haja a adesão deste com relação à convenção arbitral¹⁵².

Logo, havendo a sua aceitação à referida convenção, decerto estará o terceiro anuindo, de forma expressa, com as eventuais disposições atinentes à confidencialidade, então já estabelecidas, incidindo, assim, nos mesmos deveres, contratualmente¹⁵³, estabelecidos às partes, bem como nas mesmas obrigações legais que se disponha a respeitar, possivelmente aquelas previstas no n.º 5 do art. 30 da LAV.

Deste modo, com já externado, a arbitragem está intrinsecamente ligada um negócio jurídico que é quase que predominante e essencialmente voluntário, ao passo que envolve um acordo das partes envolvidas.

Assim, a confidencialidade decorre da renúncia voluntária das partes em sujeitar eventual litígio a um tribunal estadual, notadamente quando o mesmo se configura sob a égide de uma cláusula expressa que preceitue que a resolução de qualquer controvérsia, decorrente daquela determinada relação, se sujeitará a qualquer ou determinado meio de RAL (cláusula compromissória), ou quando, diante de um litígio já estabelecido e reconhecido, as partes se prontifiquem a adotar essa mesma intenção, porém sem estar prevista em qualquer cláusula (compromisso arbitral), optando, designadamente, por um tribunal arbitral, certamente tão capaz, independente e imparcial como um tribunal

¹⁵¹ SOUZA, Miguel Teixeira - A intervenção de terceiros no processo arbitral...p. 177.

¹⁵² SOUZA, Miguel Teixeira - A intervenção de terceiros no processo arbitral...p. 166.

¹⁵³ SOUZA, Miguel Teixeira - A intervenção de terceiros no processo arbitral...p. 164.

estadual, distanciando-se, desta forma, de suposta imposição contida no referido preceito da DUDH e da CEDH¹⁵⁴.

4.4. Consequência da violação do dever de sigilo

Deve-se aplicar as penas previstas na lei geral como consequência às situações em que se verifique uma violação ao dever de sigilo. Essa realidade se estabelece tendo em vista que a LAV é omissa com relação ao referido contexto.

Assim, eventual revelação não autorizada de atos do processo e de informações e de elementos da arbitragem configurará o tipo penal de violação de segredo, nos termos do n.º 1 do art. 383.º e al. c do n.º 1 do art. 386.º do Código Penal Português, devendo, por consequência, recair sobre o autor o dever de indenizar a parte lesada pelos prejuízos sofridos em decorrência da divulgação dos elementos confidenciais.

Decerto, tratando-se de confidencialidade contratualmente pactuada entre as partes, a sua violação sujeitará o infrator às consequências que dessa conduta possa advir, como indenização por perdas e danos à parte que os sofrer e os corroborar, o que seria, insta salientar, difícil de aferir e quantificar, sem prejuízo de eventual rescisão de contrato, se assim se mostrar pertinente¹⁵⁵.

5. A RELATIVIZAÇÃO DA CONFIDENCIALIDADE NA ARBITRAGEM

Não obstante se constate manifesta confluência de posicionamentos quanto aos regulamentos dos centros de arbitragem institucionalizada no que tange à confidencialidade, a realidade não nos permite concluir que há uma regra geral sobre a mesma na arbitragem e, tão pouco, assegurar que qualquer arbitragem realizada num desses centros, com abrangência nacional ou internacional, esteja sujeita aos seus efeitos. Igualmente, pode-se depreender sobre as arbitragens *ad hoc*, por força das disposições imperativas das leis de arbitragem em vigência no país do lugar das mesmas, escolhido para o efeito que, diferentemente dos centros institucionalizados, não vislumbrem os efeitos da confidencialidade como qualidades imperativas¹⁵⁶.

¹⁵⁴ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 243.

¹⁵⁵ FONSECA, Rodrigo Garcia - O segredo de Justiça e a Arbitragem...p. 391.

¹⁵⁶ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 254.

Independentemente da referida possibilidade, importa asseverar que, mesmo sendo o procedimento arbitral demarcado segundo os termos de um acordo celebrado entre as partes, não se pode tergiversar para o fato de haver exigências legais quanto ao dever dar publicidade a determinadas informações, nomeadamente àquelas pertinentes às autoridades públicas do Estado do local da arbitragem ou de qualquer outro ente relacionado com as partes, seja a favor de terceiros, detentores de interesses legítimos e legalmente reconhecidos, ou, também, em razão de necessidade razoável, devidamente justificada, de um dos litigantes, ou por força de interesse público, não apenas para garantir a transparência do procedimento arbitral que demandem entidades públicas, mas, também, nas hipóteses em que se confirme a ocorrência de ilícito criminal ou contraordenacional de denúncia obrigatória às autoridades competentes¹⁵⁷.

Ademais, até mesmo os regulamentos dos centros de arbitragem que dispõe sobre a confidencialidade como regra, também consentem estas exceções. Enfim, quando se trata de arbitragem que envolve entes públicos, a concepção do princípio da confidencialidade perde sua força diante do dever de transparência que, necessariamente, recai sobre tais circunstâncias, realidade esta que, forçosamente torna o processo arbitral relativamente público.

Certamente, a confidencialidade incidente na arbitragem, de forma geral, não deve ser concebida como uma garantia intransponível. Decerto, não obstante as exceções referidas a pouco, há muitas outras vias que podem levar as informações deliberadas durante o processo para além do espaço físico de onde este se instalou. Entretanto, não obstante seja difícil apontar até onde os efeitos da confidencialidade podem alcançar, pode-se inferir, sem sombra de dúvidas, que, por força dos regulamentos que lhe fazem referência expressa, bem como face à sua real incidência nos processos arbitrais quando invocadas pelas partes, este princípio detém fundamental importância na manutenção, na identidade e no desenvolvimento desta forma de RAL.

5.1. A vulnerabilidade da arbitragem diante das circunstâncias que a envolvem

Embora muito se preceitue a respeito da confidencialidade e das circunstâncias que podem relativizar seus efeitos, é importante considerar que o tribunal arbitral não

¹⁵⁷ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 254.

funciona apenas com as partes e com os árbitros, mas também, mediante o auxílio de muitas outras pessoas, tais como testemunhas, peritos e auxiliares administrativos, como secretariado, tradutores, transcritores etc¹⁵⁸.

De forma realista, é escorreito concluir que o compromisso arbitral não é suficiente para obrigar todas essas pessoas a respeitarem o dever de confidencialidade. Os centros de arbitragem institucionalizados comumente assumem este dever e, portanto, podem ser responsabilizados por qualquer incumprimento de funcionários e auxiliares. Entretanto, é demasiadamente difícil garantir os efeitos da confidencialidade com relação às testemunhas, peritos, ou com uma eventual intervenção necessária do tribunal estadual, tal como é permitido pelo art. 19.º da LAV. Enfim, é relativamente impraticável assinar um acordo de confidencialidade com cada uma destas entidades que acabam por intervir no processo arbitral¹⁵⁹.

Além dessa realidade, podemos afirmar que a confidencialidade também apresenta-se vulnerável diante da banalização dos meios reprográficos e o inexorável recurso, cada vez mais intenso nas arbitragens institucionais e nas arbitragens *ad hoc*, a meios informáticos e de transmissão eletrônica para envio das peças processuais, dos meios probatórios, das notificações e das próprias decisões dos tribunal arbitral, incluindo a sentença final, que facilitam não apenas o acesso de terceiros, como também dificultam a integridade da prova e da consequente responsabilização daquele que não vier a respeitar os limites da confidencialidade e, por consequência, vier a causar prejuízo a uma das partes¹⁶⁰.

Enfim, embora vulnerável diante das circunstâncias em referência, a confidencialidade na arbitragem tem, de fato, sua importância, ao passo que, uma vez acordada entre as partes ou imposta por força de lei, a probabilidade de ocorrer eventual desrespeito aos seus efeitos tende a ser relativamente pequena. Ademais, não incide sobre seu processo o dever de ser publicitado tal como ocorre com aqueles que tramitam perante o tribunal estadual, realidade esta que denota-nos a conclusão de que o alcance é manifestamente menor, diante de eventual e pontual desrespeito à confidencialidade, não sendo, portanto, hábil a gerar um descrédito quanto à importância de sua previsão contratual ou legal, e, muito menos, quanto ao próprio processo arbitral.

¹⁵⁸ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 257.

¹⁵⁹ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 257.

¹⁶⁰ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 257.

5.2. Confidencialidade *versus* dever legal de informação

A confidencialidade é manifestamente importante para arbitragem, no entanto, não há como deixar de reconhecer o dever legal de informação que pode recair sobre as partes, sendo este um dever digno de ser respeitado por qualquer tribunal arbitral. É o que, eventualmente, pode ocorrer com as entidades sujeitas à regulação, em matérias como banca, seguros, energia, saúde, medicamentos, telecomunicações, águas e resíduos, dentre outras que detêm o dever legal de prestar às entidades reguladoras eventuais informações que lhes vierem a ser solicitadas, notadamente sobre suas pendências com relação à entidades concorrentes ou terceiros¹⁶¹. Ademais, depreende-se ser bastante delicado tratar de questões com empresas concorrentes sujeitas a arbitragem, ao passo que podem contrariar as determinações previstas na Lei da Concorrência, tendo em vista que devem permanecer sob a vigilância das respectivas autoridades e, portanto, agir em conformidade com os preceitos constantes na referida lei¹⁶².

Outra questão, aparentemente, conflitante com a confidencialidade, manifesta-se nos casos atinentes a questões societárias que recorrem à arbitragem, especialmente em relação às sociedades abertas, nas quais a confidencialidade pode colidir com a necessidade de divulgação de informações relevantes ao mercado e aos próprios acionistas. Neste contexto, uma causa arbitral em que intervenha uma sociedade aberta, e que tenha valor considerável, pode ser considerada como fato relevante para efeitos de se enquadrar no dever de comunicação prévia à CMVM, conforme termos do art. 248.º do CVM, tendo em vista o manifesto potencial de influenciar o preço das respectivas ações¹⁶³.

Destarte, a questão de divulgação de informações é respeitada nos casos em que está em evidência uma sociedade aberta, isso por que sua adesão ao mercado de capitais acarreta, necessariamente, aumento de transparência ao grau de informação que deve ser fornecido aos seus investidores, o que tende a proporcionar melhores condições para que se sedimente o seu desenvolvimento e a sua liquidez no mercado de capitais. Enfim, a adoção voluntária de práticas e mecanismos que assegurem aos acionistas e outros em potencial,

¹⁶¹ HWANG, Michael S. C.; CHUNG Katie – Defining the indefinable: practical...p. 626.

¹⁶² PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 257-258.

¹⁶³ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 258.

formas de controle e apreciação de sua realidade, tende, certamente, a aumentar as chances de elevar o valor das ações das sociedades abertas¹⁶⁴.

Todavia, embora este cenário nos leve a crer que o dever de informação emane de certo caráter imperativo em detrimento da confidencialidade do procedimento arbitral, é escorreito ressaltar que o tribunal arbitral, não obstante tenha de respeitar e cumprir o referido dever, não deve revelar todos os elementos de seu procedimento, mas apenas as informações essenciais para que o referido dever legal seja necessário e estritamente cumprido¹⁶⁵, podendo o processo arbitral desenvolver-se sob a égide de seu caráter confidencial, sem facultar o acesso a quaisquer outras informações, documentos, dados, deliberações ou elementos, nomeadamente aos respectivos elementos de prova e à argumentação das partes em conflito. No mais, numa eventual situação manifestamente conflitante, decerto será oportuno revelar, apenas, as implicações que se mostrarem pertinentes e necessárias, mas não os detalhes e circunstâncias do procedimento arbitral¹⁶⁶.

Conclui-se, nestes contextos, portanto, que há uma evidente relativização dos efeitos da confidencialidade, todavia, não há que se falar em sua incompatibilidade com o dever de informar, razão pela qual qualificamos essa hipotética circunstância como aparente. Ademais, como já externado, é possível compatibilizar as regras do procedimento arbitral com aquelas sobre o dever de informar, já referidas nos parágrafos anteriores¹⁶⁷.

Em suma, desde que sejam fornecidas aos específicos órgãos de controle, ao público, aos acionistas e investidores em potencial, as informações necessárias para o atendimento das regras legais relacionadas ao dever de informação, nada obsta que o procedimento arbitral transcorra sem o acesso de acionistas ou do público em geral a quaisquer outros elementos empregados no procedimento arbitral.

Certamente, nas eventuais situações ora vislumbradas, devem os interessados, em consonância com os parâmetros das leis que determinem sobre o dever de informação, compactuarem, de forma expressa, através de convenção arbitral, sobre a extensão dos efeitos da confidencialidade a que queiram se sujeitar, mitigando e dosando o alcance de seus efeitos sobre o processo arbitral em que serão partes.

¹⁶⁴ SEREC, Fernando Eduardo; COES, Eduardo Rabelo Kent - Confidencialidade de arbitragem é relativizada. **Consultor Jurídico** [Em linha]. (2010). [Consult. 02 novembro 2016]. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-set-13/confidencialidade-arbitragem-relativizada-mercado>.

¹⁶⁵ HWANG, Michael S. C.; CHUNG Katie – Defining the indefinable: practical...p. 626.

¹⁶⁶ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 258-259.

¹⁶⁷ SEREC, Fernando Eduardo; COES, Eduardo Rabelo Kent – Confidencialidade...Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-set-13/confidencialidade-arbitragem-relativizada-mercado>.

5.3. Quebra da confidencialidade pelo tribunal arbitral

Certamente, há momentos em que confidencialidade pode vir a ser quebrada pelos árbitros ou pelo árbitro. São situações em que o procedimento vem a revelar, nomeadamente na fase instrutória, que as partes, ou só uma delas, intentam valer-se da arbitragem para atingir determinado fim ilícito. A referida conduta pode ser simulatória, ocultando ou encobrindo interesses, lesiva ao interesse de terceiros, ou até mesmo configurar um tipo penal ou um ilícito contraordenacional¹⁶⁸.

Todavia, por precaução, não obstante seja possível absterem-se de julgar determinada situação, ou de a julgarem liminarmente improcedente, melhor alternativa, muitas vezes, se consubstancia na participação do Ministério Público para que, deste modo, possa averiguar a ocorrência de eventual responsabilidade penal ou contraordenacional manifestada na conduta de quaisquer das partes¹⁶⁹.

Enfim, mera suspeita da prática de conduta ilícita já seria suficiente para justificar a participação do Ministério Público. Ademais, tal obrigação emana da lei e, portanto, trata-se de um dever que recai sobre aqueles que, eventualmente, venham a deparar-se com determinadas situações que lhe ressaltem qualquer suspeita.

A título de exemplo, podemos citar as suspeitas de branqueamento de capitais com relação às situações que denotem a existência do objetivo de ocultar a sua propriedade e a sua origem, manter, administrar e prover-lhes uma aparência de legalidade, tal como o tipo penal e sua respectiva pena previstos no art. 368.º-A do Código de Processo Penal Português.

Assevere-se que referido dever de revelação ou de comunicação consta na Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho, que consagra medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo, devendo seus efeitos recaírem, também, sobre os árbitros. E, neste mesmo sentido, cumpre citar os crimes de fraude fiscal e de abuso de confiança fiscal previstos e punidos nos termos dos arts. 103.º, 104.º e 105.º da Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho, que versa, designadamente, sobre o Regime Geral das Infrações Tributárias¹⁷⁰.

¹⁶⁸ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 259.

¹⁶⁹ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 259.

¹⁷⁰ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 259.

5.4. Quebra da confidencialidade por qualquer das partes na defesa dos seus direitos

O direito de as partes tornarem públicos os atos processuais necessários à defesa de seus direitos é reconhecido pela maioria dos regulamentos dos centros de arbitragens já referidos nesta dissertação, bem como por algumas leis de arbitragem, dentre elas, a LAV, designadamente nos termos do n.º 5 do art. 30.º. Evidentemente, a parte interessada em publicitar em outro processo, arbitral ou estadual, que seja parte ou esteja envolvida, quaisquer elementos protegidos, em princípio, pela confidencialidade, terá, necessariamente, de justificar a sua pretensão, pontuando e provando que não lhe resta outro meio para obter tais elementos¹⁷¹.

Destarte, embora nos tribunais estaduais seja admitido, em regra, o valor extraprocessual das provas, conforme preceito expresso através do art. 421.º do Código de Processo Civil Português, tal prática, em regra, não é possível num processo arbitral, em razão da privacidade que lhe é inerente e da confidencialidade almejada pelas partes e que envolve sua instrução¹⁷².

Nesse contexto, Rui Pena afirma que, numa eventualidade em que as peritagens realizadas e utilizadas como provas no processo arbitral não possam ser novamente realizadas, ou que uma testemunha que prestou seu depoimento no processo arbitral venha a falecer, conjuntamente com a essencial justificação, uma das partes, não obstante vinculada ao dever de zelar pela confidencialidade em razão do compromisso de arbitragem ou do regulamento aplicável à mesma, poderá requerer a dispensa do mesmo para ver-lhe assegurado o direito de exibí-las noutra processo em que seja parte. Mesmo que a parte contrária não concorde com a dispensa requerida, e o tribunal, todavia, estiver convencido da essencialidade desses elementos de prova para a construção da defesa da parte solicitante, poderá proferir uma ordem deferindo o pedido em referência. Enfim, trata-se de mais uma circunstância em que os efeitos da confidencialidade podem tornar-se inertes em uma arbitragem¹⁷³.

Assim, é escorreito concluir que, se houver a necessidade pontual de a parte valer-se do tribunal estadual para proteger seu direito, e se no tribunal estadual o processo é público, não se pode considerar que o ajuizamento do litígio relativo a uma arbitragem

¹⁷¹ PENA, Rui - O(s) Equivoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 260.

¹⁷² PENA, Rui - O(s) Equivoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 260.

¹⁷³ PENA, Rui - O(s) Equivoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 260.

configure uma violação ao acordo de confidencialidade. Não se trata de mitigar os efeitos da confidencialidade avençada entre as partes, mas sim de reconhecer que a mesma detém posição secundária ao passo que não pode se sobrepor ao bem da vida, o objeto primordial do litígio. Enfim, a confidencialidade é importante, mas configura-se como acessória e, portanto, não pode superar o principal¹⁷⁴.

Destarte, se para garantir a integridade de um direito for necessário o rompimento do sigilo, assim haverá de ser. Neste contexto, a “transgressão” do dever de confidencialidade se manifesta como um exercício regular de direito, pois esta se configura como a única forma de se tutelar outro direito mais relevante.

Sob este prima, a execução judicial da sentença arbitral não pode ser caracterizada como transgressão ao dever de sigilo, pois é a própria lei que autoriza a parte vencedora a levar a sentença ao conhecimento do tribunal estadual para proceder à sua execução forçada através de um processo público, justamente por consequência da recusa da parte perdedora em proceder ao cumprimento voluntário da obrigação à qual fora condenada¹⁷⁵.

Ainda neste contexto, também podemos abarcar a problemática atinente à exceção de caso julgado. Neste contexto, o que está em evidência não é matéria da preclusão de faculdades processuais, mas a da possibilidade de utilização de uma decisão arbitral em eventual e futuro processo em que se configurem relações de identidade ou de prejudicialidade entre objetos processuais e às partes que tenham concordado em respeitar cláusula de confidencialidade atinente ao primeiro processo e sua respectiva decisão.

Destarte, neste possível segundo processo, a parte poderá invocar a exceção de caso julgado, impedindo, desta forma, a incidência de nova decisão sobre o mesmo objeto ou de uma segunda decisão, configurando uma nova apreciação capaz de gerar nova decisão atinente a objetos já abarcados no primeiro processo. Trata-se, portanto, de mais uma situação em que a confidencialidade deve ceder no sentido de impedir que estabeleça um manifesto abuso de direito¹⁷⁶.

Em suma, a convenção arbitral não está à disposição das partes para viabilizar fraudes através de decisões arbitrais e, certamente, a confidencialidade não pode se sobrepor ao bem da vida e ao direito material em litígio, ou seja, não pode prejudicar o

¹⁷⁴ FONSECA, Rodrigo Garcia - O segredo de Justiça e a Arbitragem...p. 393-394.

¹⁷⁵ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 394.

¹⁷⁶ SILVA, Paula Costa e - **A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias**. Lisboa: Ed. Coimbra, 2009. ISBN 978-972-32-1751-3. p. 118.

exercício do próprio direito de ação ou se apresentar como um obstáculo ao amplo exercício de defesa sob pena de desconstituir o principal propósito da arbitragem e do tribunal estadual, que é a aplicação da justiça, no seu mais alto grau, ao caso concreto.

5.5. Confidencialidade *versus* interesse público

A lógica atinente ao plano a ser abarcado no presente tópico sustenta-se no fato de o tribunal arbitral, por iniciativa própria ou por força de ordem externa, ter de externar determinadas informações pertinentes ao processo, justamente quanto suas decisões estão diante da preponderância do interesse público. Sob este prisma estão os litígios em que figuram como partes os estados soberanos, entidades públicas e demais órgãos a eles relacionados.

A realidade é que, não obstante às referidas situações, a publicidade manifesta-se como um comando de otimização da administração pública que se materializa por dois motivos, o primeiro, que sucede por consequência de sua natureza enquanto gestora de interesses e bem coletivos, e o segundo, que advém do fato de a publicidade ser a medida propulsora da transparência e, portanto, ser indispensável para dar corpo à responsabilidade ética dos agentes públicos¹⁷⁷.

E, no que atine à transparência, depreende-se como correta a assertiva que externa tratar-se de conceito praticamente vinculado ao domínio da vida pública, ao passo que exige-se, atualmente, uma efetiva transparência dos entes públicos. Entretanto, seus efeitos atingem, também, as grandes empresas privadas e outros agentes que se encontram entre os domínios de ordem pública e privada¹⁷⁸. Logo, a transparência manifesta-se, essencialmente, como uma precaução contra as ignomínias que são suscetíveis à administração da coisa pública e privada.

Então, como dito anteriormente, a lógica que incide nestes casos é que a confidencialidade não tem efetivo domínio sobre o processo arbitral, ademais seria de total incongruência, em uma sociedade democrática, que as partes litigantes acordassem sobre um eventual pacto de confidencialidade¹⁷⁹.

¹⁷⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino; FIGUEIROA, Caio Cesar - Arbitragem é...Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-09/arbitragem-conciliavel-transparencia-publicidade>.

¹⁷⁸ MOREIRA, João Ilhão, Transparência ou confidencialidade na arbitragem comercial...p. 24.

¹⁷⁹ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 260.

Decerto, quando a arbitragem implica interesse de ordem pública, tal como as arbitragens de investimentos, a necessidade de maior transparência é manifestamente compreensível¹⁸⁰, uma vez que permite aos cidadãos acompanhar, compreender e avaliar como são afetados os interesses públicos, assim como as ações dos agentes públicos.

Assim, quando num dos polos do conflito está um ente público, não há razão que justifique a total incidência do privilégio da confidencialidade, tornando-a estranha à persecução do interesse público e à inerente transparência que lhe é necessária. Deste modo, é razoável concluir que os efeitos da confidencialidade, neste contexto, seriam, certamente, impertinentes e capazes de gerar dúvidas com relação à integridade e a justiça das decisões preferidas através do procedimento arbitral, nomeadamente quando alicerçadas na equidade direta ou numa equidade sucedânea, conforme preceito expresso constante no n.º 3 do art. 566 do Código Civil Português¹⁸¹.

Logo, a perspectiva sob a qual se estabelece o processo arbitral, deve primar pela independência e imparcialidade dos árbitros, não bastando, portanto, firmar-se, tão somente, na convicção e integridade de cada um, mas também na sua disponibilidade ao público, notadamente se o trâmite e as decisões estiverem sujeitos à apreciação da opinião pública¹⁸². No mais, a transparência, incidente nas relações arbitrais que abarquem interesse público, apresenta-se, também, como um meio de defesa dos próprios árbitros, ao passo que suas decisões, estando longe da sombra da confidencialidade, podem ser escrutinadas, ainda que não incidentalmente, pela sociedade e por parte de várias entidades administrativas e judiciais¹⁸³.

Neste contexto, no que concerne à arbitragem que envolva conflito de interesses iminentemente ligados à gestão de recursos e interesses públicos, é de suma importância que parte de suas informações e elementos procedimentais sejam divulgados, na medida do necessário, para que se possa garantir a credibilidade da transparência que impende sobre o procedimento.

Deste modo, nos conflitos que envolvam interesses públicos relevantes, evidentemente, as sentenças arbitrais devem, necessariamente, ser publicadas ou, no

¹⁸⁰ VICENTE, Dário Moura [et al.] - **Lei de Arbitragem Voluntária: anotada**...p. 86.

¹⁸¹ CATELA, Miguel - Confidencialidade em arbitragem *versus* interesse público...p. 35.

¹⁸² PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 260-261.

¹⁸³ CATELA, Miguel - Confidencialidade em arbitragem *versus* interesse público...p. 35.

mínimo, ser franqueado o acesso aos seus respectivos conteúdos àqueles que manifestem interesse, notadamente à mídia¹⁸⁴.

Por conseguinte, é certo depreender que os efeitos da confidencialidade, incidentes sobre a arbitragem e sobre os interesses das partes, não são prejudicados se as decisões dos processos arbitrais são publicadas pelos centros institucionalizados, sem a divulgação de quaisquer referências nominais e elementos de fato identificadores. Neste contexto, almejar-se disseminar a ciência do Direito e favorecer a evolução de uma jurisprudência arbitral, assim como sucede em muitos países e nos mais consagrados centros de arbitragem¹⁸⁵.

Enfim, em meio a conceitos com sentidos, aparentemente, divergentes, tal como transparência e confidencialidade, é possível assegurar a incidência de mecanismos que possam assegurar seus valores e efeitos, sem, contudo, perder suas respectivas essências e, acima de tudo, suas respectivas importâncias.

5.6. Guarda e preservação da sentença e do processo arbitral

Conforme os termos do n.º 4 do art. 44.º da LAV, ao presidente do tribunal arbitral está confiado os originais do processo e sua sentença, configurando, assim, o ideal de privacidade e de confidencialidade da referida lei. Não obstante a possibilidade de as partes acordarem de forma diferente, a lei preceitua sobre a destruição do processo arbitral após o prazo de dois anos e, quanto à sentença, após o prazo de cinco anos.

Todavia, o acordo entre as partes é, na maioria dos casos, improvável, ao passo que a parte vencida tende a manifestar, naturalmente, desinteresse no processo, e o presidente do tribunal pode não ter as condições pertinentes para a conservação e manutenção do mesmo, então sob sua guarda, ressaltando-se que, normalmente, é volumoso e, em face de tais circunstâncias, pode torna-lo vulnerável quanto à sua inacessibilidade, dependendo da forma como aquele venha a exercer sua incumbência.

No mais, as partes podem vir a perder os originais da sentença que vieram anexas às suas respectivas notificações, sendo, portanto, relativamente complicado substituí-los, tendo em vista que eventual certificação do original por quaisquer das entidades

¹⁸⁴ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 261.

¹⁸⁵ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 261.

competentes para tanto, tornaria necessário à inclusão de um terceiro entre aqueles que tomaram conhecimento da mesma¹⁸⁶.

No que concerne a esta questão, a antiga LAV¹⁸⁷, mais precisamente através do n.º 2 de seu art. 24.º, externava uma determinação mais eficiente. O original da sentença haveria de ser depositado na secretaria judicial do tribunal do lugar da arbitragem, salvo se as partes, de forma diversa, através de convenção inicial ou, posteriormente, no curso do processo, assim acordassem¹⁸⁸.

Na legislação comparada, há outros meios além do depósito judicial, notadamente o arquivo em cartório notarial, facultando à possibilidade de se restringir o acesso de terceiros durante certo período oportunamente determinado. Decerto, não seria uma prática incomum, ademais os cartórios já detêm a incumbência legal de serem depositários de testamentos públicos¹⁸⁹.

E, no que concerne à questão em tela, não obstante as alternativas ora apontadas, temos que ressaltar a disponibilidade, a facilidade e, por que não, a segurança dos meios digitais de armazenamento de dados que, através de seus sistemas de proteção, podem servir como meios efetivos e restritos de consulta às decisões arquivadas, designadamente, e somente, por aqueles que detêm o direito legal de aceder ao seu conteúdo.

Enfim, embora as situações ora apontadas sejam suscetíveis de pôr em risco os efeitos da confidencialidade, as mesmas não são hábeis a proporcionar a divulgação das informações atinentes ao processo tal como sucede com os processos que tramitam perante um tribunal estadual. Esta realidade denota-nos, portanto, que a confidencialidade pode ter seus efeitos mitigados diante de determinadas circunstâncias, todavia, sua essência, quando almejada pelas partes, por eventual determinação legal ou por força de regulamento interno da instituição onde a arbitragem é realizada, deve ser respeitada e tutelada. E quanto àquele que infringe clara determinação em contrário, resta sujeitar-se às consequências legais externadas através do subtítulo 4.4.

¹⁸⁶ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 262.

¹⁸⁷ Cfr. Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto.

¹⁸⁸ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 262.

¹⁸⁹ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 262-263.

5.7. O dever de confidencialidade de intervenientes e auxiliares administrativos

Verifica-se que a LAV, de forma expressa, determina, subjetivamente, o dever de sigilo aos árbitros, às partes e às entidades que promovam, por via institucionalizada, a realização de arbitragens voluntárias, não se estendendo o referido dever, sem razões aparentes, ao corpo administrativo que assessora o Tribunal, bem como a outras figuras importantes do meio arbitral, tal como os peritos, já não as testemunhas, não obstante referidas categorias de pessoas encontrem-se abrangidas pelas leis que versam sobre a protecção de segredos¹⁹⁰. Todavia, de forma concomitante, o dever de sigilo deve incidir sobre intervenientes e entidades, conforme está expressamente mencionado.

Por conseguinte, cumpre salientar que há referência, na primeira parte do preceito, sobre as “*informações*” que venham a obter e sobre os “*documentos*” de que venham a tomar conhecimento através do processo arbitral, integrando, assim, o dever zelar pela confidencialidade aqueles que, em razão de seu ofício, tenham acesso a tudo que externar eventual carácter sigiloso. Já na segunda parte do preceito, entretanto, há referência concernente às exceções atinentes à possibilidade de revelação. Verifica-se que tais exceções referem-se a “*actos processuais*”, e não a “*informações*” e “*documentos*”, porém, decerto, é escorreito concluir que, em essência, o legislador procurou referir-se sobre a mesma realidade através de termos relativamente distintos¹⁹¹. Assim, depreende-se que o dever de sigilo estende-se aos auxiliares administrativos através do qual o procedimento arbitral se instaura, bem como sobre os depoimentos testemunhais produzidos no processo arbitral¹⁹².

5.8. Precauções a serem observadas quando da redação da convenção arbitral

Como amplamente aventado através do presente estudo, a confidencialidade manifesta-se na arbitragem de forma oscilante e intermitente em razão de sua vulnerabilidade a circunstâncias imprevistas e legalmente previstas. Diante desta realidade, torna-se relevante disseminar alternativas, de carácter geral, para que seus efeitos possam ser assegurados, preservados e respeitados o máximo possível, especialmente quando

¹⁹⁰ OLIVEIRA, Mário Esteves, [et. al.] - **Lei de Arbitragem Voluntária**...p. 388.

¹⁹¹ OLIVEIRA, Mário Esteves, [et. al.] - **Lei de Arbitragem Voluntária**...p. 388.

¹⁹² VICENTE, Dário Moura [et al.] - **Lei de Arbitragem Voluntária: anotada**...p. 86.

pretendida pelas partes. Neste sentido, é importante que haja disposições expressas na convenção arbitral, na medida em que a lei de arbitragem aplicável não às impeça, bem como sejam resguardados outros cuidados quanto à redação da mesma¹⁹³.

É relevante, por exemplo, inserir uma disposição que, para o bem de resguardar a confidencialidade do procedimento, expressamente, determine que nenhuma das partes poderá, isoladamente, divulgar a terceiros a existência da referida arbitragem ou de qualquer informação que a integre¹⁹⁴, salvo se a mesma vier a ser exigida por lei ou por autoridade pública competente e, nesses contextos, limitar a informação tão somente ao que for legal e estritamente necessário¹⁹⁵.

De forma complementar e expressa, por precaução, caberia sujeitar às mesmas determinações em referência, os árbitros, independentemente de a grande maioria dos códigos deontológicos assim as preverem, o centro de arbitragem institucionalizado onde tramitar o processo, bem como os seus eventuais intervenientes auxiliares, e, por fim, os representantes das partes e peritos.

Quanto à testemunha, importa reconhecer que seria relativamente complicado sujeitá-la aos efeitos da referida disposição. Todavia, caso a mesma tenha que ter prévio acesso às informações ou elementos do processo antes de seu depoimento, evidentemente, os árbitros tornar-se-ão aptos a exigirem da mesma seu efetivo compromisso de confidencialidade.

Outra disposição relevante consiste em especificar que qualquer documento carreado aos autos, por qualquer das partes, detém caráter confidencial, independentemente de sua relevância ao processo, devendo estender-se essa previsão a qualquer outra prova juntada aos autos, tal como testemunhal ou pericial. Da mesma forma, deve-se tratar as alegações das partes, sejam elas introdutórias, intercalares ou finais, em relação a fatos ou direitos.

Quanto ao contexto ora abarcado, por força da eventual utilização de meios informáticos na tramitação do processo em geral, seguramente deve existir a cautela de especificar endereços personalizados, de acessos nominais, específicos e limitados¹⁹⁶.

¹⁹³ Cfr. UNCITRAL - **Notes on Organizing Arbitral Proceedings** [Em linha]. (2016). [Consult. 05 janeiro 2017]. Disponível em <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-2016-e-pre-release.pdf>, p. 12.

¹⁹⁴ HWANG, Michael S. C.; CHUNG Katie – Defining the indefinable: practical...p. 641

¹⁹⁵ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 265.

¹⁹⁶ PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem...p. 265.

Já quando o objeto do processo arbitral se consubstanciar em matéria sensível, tal como segredos negociais, planos, projectos, patentes etc., cujo conhecimento por parte de concorrentes possa configurar um potencial risco de prejuízo a qualquer das partes, deve existir uma efetiva precaução de identifica-lo como tal perante o tribunal, à parte contrária e demais envolvidos e, assim, requerer as medidas de proteção que se fizerem adequadas e necessárias.

No que concerne aos árbitros, é de relevante importância estabelecer, expressamente, que suas decisões também devem ser tratadas com confidencialidade, não podendo, evidentemente, ser reveladas a terceiros, notadamente a sentença final, salvo se a mesma vier a ser objeto de impugnação ou execução em um tribunal estadual.

Entretanto, se as partes vêm a adotar o regulamento de um centro de arbitragem institucionalizado, as mesmas devem verificar se as regras nele previstas asseguram, de forma devida e em conformidade com suas expectativas, a confidencialidade almejada.

Não obstante aos cuidados a serem tomados quando da redação da convenção arbitral, as partes também devem assim proceder com relação à escolha da lei a que intentam aplicar à resolução do litígio, ao regulamento institucional que eventualmente venham a se vincular e, também, com relação à lei vigente no lugar da arbitragem, evitando, assim, eventual e possível conflito entre estes e as regras estabelecidas na referida convenção.

6. CONCLUSÃO

Diante do todo que fora pesquisado, sintetizado e ora exposto, torna-se inteligível concluir que em decorrência da manifesta tendência legislativa atinente à arbitragem, nas últimas décadas, evidencia-se como sendo de suma importância o aprofundamento dos estudos a ela relacionados, no sentido de aprimorá-la, reconhecendo-se seu respectivo crescimento e consagração diante de sua real eficácia na persecução de soluções efetivamente mais céleres e justas para as partes, sejam elas particulares, empresas ou o próprio Estado.

Concretizando, portanto, o referido propósito, insta ressaltar que, dentre princípios norteadores do procedimento arbitral, consagrados em seu conjunto normativo, estão, predominantemente, os princípios da igualdade, do contraditório, da voluntariedade, da imparcialidade, da independência e da transparência. Todavia, embora não consagrado, de forma expressa, os efeitos da confidencialidade estão consubstanciados no dever de sigilo, expresso nos termos do n.º 5, do artigo 30.º da LAV.

Assim, é escorreito depreender que, face à certeza de que as informações externadas durante o procedimento estarão legalmente proibidas de serem utilizadas em eventual processo judicial, há uma tendência direta de contribuir para criação de um ambiente mais seguro para as partes estabelecerem um diálogo colaborativo, de uma tendência indireta de contribuir para a construção de uma reputação positiva capaz de gerar uma maior adesão da sociedade, bem como, por consequência, de proporcionar a diminuição da litigância judiciária, com todos os seus inconvenientes para as partes e para o Estado.

Contudo, nas situações em concreto, mesmo colocando em prática todas as precauções ora expressas, não há como assegurar a total confidencialidade em uma arbitragem, seja ela institucionalizada ou *ad hoc*, nacional ou internacional. Todavia, é possível dirimir seus riscos para que seus efeitos possam ser assegurados, preservados e respeitados o máximo possível.

Assim, é importante e necessário que os operadores do direito possuam um raciocínio teórico e prático hábil a fundamentar um posicionamento jurídico lógico e aplicável ao caso em concreto.

É, portanto, neste contexto, que deve-se ressaltar a importância de se adotar, de forma preventiva, quando possível, a convenção arbitral, assegurando-se que suas disposições expressas sejam amplas, claras e objetivas, notadamente com a finalidade de abrigar as tutelas necessárias e hábeis a assegurar a incidência dos efeitos da confidencialidade ao procedimento arbitral.

Assim, concomitantemente, embora o alcance da confidencialidade seja oscilante e intermitente, não se pode deixar de concluir que ela é uma característica intimamente ligada a essa forma RAL, exercendo um efeito atrativo, muitas vezes preponderante, às partes que têm como escopo resolver seu conflito sem, necessariamente, ter que tornar público quaisquer matérias ou informações que apenas lhes dizem respeito.

Contudo, não obstante às circunstâncias com relação as quais a confidencialidade pode ter seus efeitos mitigados, é razoável concluir que não há necessidade de assim ser com relação a todos os direitos, procedimentos, circunstâncias e provas angariadas ao longo do processo arbitral, ou seja, em sua totalidade, mas sim, e tão somente, sobre aqueles em que a lei legitime a sua quebra em razão da preponderância de outro direito, mesmo quando dentre as partes estejam, além de particulares, empresas ou o próprio Estado.

Logo, não há que se falar no estabelecimento de uma dicotomia entre a confidencialidade e a transparência, na qual uma tende a incidir no processo arbitral em total detrimento da outra. Não é esta, certamente, a conclusão resultante deste estudo. O que se verifica, sobretudo, é que é escorreito sustentar que, na arbitragem, a confidencialidade é conciliável com a transparência em menor ou maior grau de intensidade. Assim, sob este prisma, caso a caso, deve-se construir um singular limite de incidência de seus efeitos, sendo o mesmo o resultado direto da diferença que se estabelece entre a preponderância de um direito sobre o outro na balança da justiça que, necessariamente, deve estar calibrada segundo os ditames da lei sob a qual a arbitragem se estabelece e a convenção arbitral celebrada entre as partes.

BIBLIOGRAFIA

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti - Arbitragem no Brasil. Pesquisa CBar-Ipsos [em linha]. 2012. Disponível em: http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBar-Ipsos-final.pdf;

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ARBITRAGEM [em linha]. 2010. *Projeto de nova LAV de 2010 com Notas Justificativas revistas, artigo por artigo*. Disponível em: <http://arbitragem.pt/projetos/lav-2011/lav-annotada210509.pdf>;

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa Anotada. 4.^a ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2014. ISBN 978-972-32-2287-6. Vol. II. pp. 550-555;

CATELA, Miguel - Confidencialidade em arbitragem *versus* interesse público. Revista Vida Judiciária. n.º 194 (2016);

DIAS, Jorge de Figueiredo - III Conferência: Meios Alternativos de Resolução de Litígios. Lisboa: Ed. Agora Publicações, 2004. ISBN 972-99281-1-8. p. 9-11;

FONSECA, Rodrigo Garcia - O segredo de Justiça e a Arbitragem. In Manual de Arbitragem, org. por Manoel Pereira Barrocas, Coimbra: Ed. Almedina, 2010, ISBN 978-972-40-3983-1. pp. 387-407;

FRIEDLAND, Paul; MISTELIS, Loukas Cit. por QMUL, School of International Arbitration e White & Case - 2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration, 2010, p. 29. Disponível em: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123290.pdf>;

GALTIER, Thomas – The long awaited portuguese mediation law – fundamental principles. YAR Young Arbitration Review [Em linha]. n.º 10 (2013), p. 53. Disponível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tgau_MA_26333.pdf;

HARGROVE, James – Mispalced confidence? An Analysis of Privacy and Confidentiality in Contemporary International Arbitration. *Dispute Resolution International*. ISSN 1817 5694. Vol. 3, n.º 1 (2009), p. 47-55;

HWANG, Michael S. C.; CHUNG Katie – Defining the indefinable: practical problems of Confidentiality in Arbitration. *Journal of International Arbitration*. ISSN 0255-8106. Vol. 26, n.º 1 (2009), p. 609-646;

LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso - *Lei da Mediação Comentada*. Coimbra: Ed. Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5442-1;

MESQUITA, Maria Margarida - Proteção da confidencialidade em matéria fiscal. *Ciência e Técnica Fiscal*. ISSN 0870-340 X. n.º 364 (1991);

MIRANDA, Agostinho Pereira - Arbitragem Voluntária e Deontologia Considerações Preliminares. *Revista Internacional de Arbitragem e conciliação*. Ano II (2009). pp. 115-124;

MOREIRA, João Ilhão - Transparência ou confidencialidade na arbitragem comercial: a propósito das alterações da CCI quanto à confidencialidade dos processos. *Revista Vida Judiciária*. n.º 194 (2016). pp. 24-25;

OLIVEIRA, Gustavo Justino; FIGUEIROA, Caio Cesar - Arbitragem é Conciliável com os princípios da transparência e publicidade. *Consultor Jurídico* [Em linha]. (2015). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-09/arbitragem-conciliavel-transparencia-publicidade>;

OLIVEIRA, Mário Esteves, [et. al.] - *Lei de Arbitragem Voluntária*. Coimbra: Ed. Almedina, 2014, ISBN 978-972-40-5368-4;

PENA, Rui - O(s) Equívoco(s) da confidencialidade na Arbitragem. In Estudos de Direito de Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo. Lisboa: Universidade Católica, 2015. ISBN 9789725404492. p. 235-266;

QMUL, School of International Arbitration e White & Case - 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, The most valuable characteristics of Arbitration [em linha]. (2015), p. 10. Disponível em <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>;

RAPOSO, Mário - Os Árbitros. Revista da Ordem dos Advogados. ISSN 0870-8118. Ano 72, n. 2/3, 2012;

SEREC, Fernando Eduardo; COES, Eduardo Rabelo Kent - Confidencialidade de arbitragem é relativizada. Consultor Jurídico [Em linha]. (2010). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-set-13/confidencialidade-arbitragem-relativizada-mercado>;

SILVA, Paula Costa e - A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Lisboa: Ed. Coimbra, 2009. ISBN 978-972-32-1751-3;

SOUZA, Miguel Teixeira - A intervenção de terceiros no processo arbitral. Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação. ano V (2012);

TIMBANE, Tomás - Regras deontológicas aplicáveis aos árbitros. Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação. Vol. VI, (2013);

VICENTE, Dário Moura [et al.] - Lei de Arbitragem Voluntária: anotada. 2ª ed. revisada e atualizada. Coimbra: ed. Almedina, 2015, ISBN 978-972-40-5975-4;

WATERS Andrew; SMITH Kimberley. Confidentiality in Arbitration: fact or fiction? Arbitration: what in-house lawyers need to know [Em linha]. (2015). Disponível em <http://www.wfw.com/wp-content/uploads/2015/10/WFW-ArbitrationNewsletterEdition2-Confidentiality.pdf>.