

OS ÁRBITROS(*)

Pelo Bastonário Mário Raposo (1975/77)

SUMÁRIO:

1. A constituição do tribunal; Designação e aceitação dos árbitros. E a lei portuguesa? O contrato de árbitro. Nomeação do árbitro presidente pelo presidente do tribunal da relação. E como se processa esse sistema de nomeação. O presidente do tribunal arbitral. **2. Independência e imparcialidade do árbitro;** Os conceitos. Anulabilidade da sentença proferida pelo presidente do tribunal arbitral. A violação da ordem pública. Ainda sobre o critério de ordem pública. A violação terá que ser flagrante e apenas da sentença? **3. Confidencialidade:** Termos gerais. Depois da Espanha, a França. Alguns dos grandes regulamentos de arbitragem. Natureza e limites da confidencialidade. Reflexão final.

1

A CONSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL

Designação e aceitação dos árbitros⁽¹⁾

1.1. É com a aceitação de todos os árbitros designados pelas

(*) Destinado ao Livro de Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas.

⁽¹⁾ Estamos a ter sobretudo em conta a arbitragem *ad hoc*, que será a sua vertente mais pura (JEAN ROBERT, cit. por PIERRE LALIVE, que para ela claramente se inclina — est. por nós referidos na *Rev. O. Advog.*, (R.O.A.) 2007, II, p. 521-545). Entretanto, numa perspectiva mais aberta e realista, cf. JEAN-BAPTISTE RACINE, *La marchandisation du règlement des différends: le cas de l'arbitrage*, em *Droit et marchandisation* (dir. Loquin-Martin), LEX-NEVIS LITEC, 2010, p. 321. Cf. ainda BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5.^a ed., Oxford University Press, 2009, p. 55-57. Para eles os principais defeitos da arbitragem *institucional* serão o seu custo e a demora no processamento.

partes que tem início o processo arbitral⁽²⁾. Considera-se instituída a arbitragem quando for aceite a nomeação pelo árbitro, se for único, *ou por todos*, se forem vários (art. 19 da lei brasileira de 1996).

E é a contar da aceitação pelos árbitros que se inicia o prazo previsto para a sentença, se ele estiver estabelecido⁽³⁾.

1.2. Acresce que os árbitros, ao aceitarem a designação, devem dar cumprimento do dever de revelação (*disclosure*) de qualquer circunstância que possa afectar a sua independência e imparcialidade.

O art. 1456 da lei francesa de 2011 (C.P.C.) diz mesmo que “o árbitro, *antes de aceitar a sua missão*, tem a obrigação de revelar *sem demora* qualquer circunstância susceptível de afectar a sua independência e imparcialidade (...)”.

É, aliás, uma regra comum á generalidade das legislações a de que o árbitro, logo que *convidado* para exercer funções de árbitro, deve revelar todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência⁽⁴⁾.

E a lei portuguesa?

1.3. Dispõe a actual LAV portuguesa (2011) que o árbitro designado “deve, no prazo de 15 dias a contar da comunicação da sua designação, declarar por escrito a aceitação do encargo à *parte que o designou*” (art. 12, 2).

Não ocorresse a explícita restrição de a aceitação do árbitro (se as partes não tiverem acordado de outro modo) dever ser comu-

(2) BENEDETTELLI-CONSOLO-RADICATI DE BRIZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, Cedam, 2010, p. 135.

(3) Assim já FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *Traité de l'Arbitrage Commercial International*, Litec, 1996, p. 551.

(4) Curiosamente, embora à *disclosure* seja conferido um significativo relevo na doutrina italiana o certo é que nas leis italianas de 1994 e de 2006 “a ela não se faz referência alguma” (CHIARA SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, Giuffrè, 2009, p. 170). Ao invés, na lei austríaca de 2006, que a não previa de modo explícito anteriormente, regula-a agora no § 581 (1). E a *revelação* deve ser feita antes de aceitar o encargo.

nicada *apenas* à parte que o designou e o preceito não justificaria especial reparo.

Mas, tal como está, justifica. Passa como moeda corrente que a designação dos árbitros por cada uma das partes não é feita para que assim passem, cada uma delas, a dispor de um *representante* no tribunal arbitral. É feita no interesse *colectivo* de ambas as partes⁽⁵⁾.

O árbitro que tiver aceite o encargo (a “missão”) de actuar como tal, estabelece um nexo em relação às duas partes e não somente em relação àquela que o designou. O árbitro passa a ser um juiz privado, investido do poder e do dever de, disso for caso, negar razão à parte que o designou⁽⁶⁾.

1.4. Por assim ser, no art. 13. 2, da Lei de Arbitragem interna de Macau (Dec.-Lei 29/96/M, de 11.6) declara-se com meticulosa concludência: “Se o designado pretender aceitar a designação deve declará-lo por escrito *a ambas as partes*, no prazo de 10 dias contados da comunicação da designação”.

As leis, na sua generalidade, não chegam a tão explícito pormenor, que, aliás, nem pecaria por excesso. Só que, na realidade, as leis estrangeiras são, como regra, mais sucintas. Assim, por ex., a lei (interna) suíça de 2008 (C.P.C.) limita-se a dizer (art. 364. 1): “les arbitres confirment l’acceptation de leur mandat”.

Mas essa menção será suficiente para a pretendida finalidade. Com efeito, logo se depreende que a aceitação é comunicada pelos árbitros às duas partes⁽⁷⁾.

1.5. Indo à *fons vitae* da nossa actual LAV é de confrontar aquele seu art. 12.2 com o *modelo* contido no *anteprojecto* de LAV da Associação Portuguesa de Arbitragem⁽⁸⁾.

(5) A aceitação dos árbitros designados pelas partes será o primeiro passo para que com o árbitro-presidente por eles escolhido ou nomeado por uma *appointing authority* se forme um “rapporto trilaterale” que possa promover uma solução de boa *justiça privada* (BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell’arbitrato*, Giuffrè, 1994, p. 69; SERGIO LA CHINA, *L’Arbitrato. Il sistema e l’esperienza*, 3.ª ed., Giuffrè, 2007, p. 87-89).

(6) MÁRIO RAPOSO, *est. cit.*, p. 529 e GIOVANNI VERDE, *Diritto dell’Arbitrato Rituale*, 2.ª ed., G. Giappichelli Editore, 2000, p. 97 ss.

(7) Se eles, como é usual acontecer, forem três.

(8) Publicado na *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação* (RIAC), 2010, p. 167 ss, *maxime* p. 177.

A resultante do confronto será inteiramente concludente: o preceito da LAV é a reprodução fiel do correspondente preceito do *Ante-projecto*. E, como neste se diz, aquele art. 12.2 inspirou-se no art. 16 da lei espanhola (de 2003) e no art. 27 da lei peruana (de 2008).

Feito o confronto verifica-se que, na realidade, na lei espanhola (cit. art. 16) cada árbitro deve comunicar a sua aceitação *a quem o designou*. Só que o art. 27 da lei peruana não acolhe o mesmo critério, sendo, portanto, injustificadamente envolvido nesse mau “critério”⁽⁹⁾.

1.6. Entretanto, quer a lei espanhola quer a lei peruana contêm preceitos que dificultam a observância de preceitos do conteúdo análogo ao do art. 13.1 da nossa LAV (dever de revelação).

Efectivamente, o art. 17.2 da lei espanhola, o art. 28.1, da lei peruana e aquele nosso art. 13.1 são praticamente idênticos. A diferença estará em que essa revelação é feita em relação *às partes* na lei espanhola (art. 17.2) e sem destinatário identificado no art. 13.1 da nossa Lei. Na lei peruana apenas se refere que a revelação é feita *às partes* depois de feita a designação, embora *sem demora*.

O contrato de árbitro

1.7. Tendo em conta a *Lei-Modelo* é de dizer que através duma “convenção de arbitragem” as partes decidem submeter a arbitragem todos ou certos diferendos que se possam suscitar entre elas relativamente a uma relação de direito determinada, contratual ou não contratual (art. 7)⁽¹⁰⁾.

Entretanto, a constituição do tribunal arbitral e o processo arbitral poderão ser regulados pelas partes ou pela lei⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Mau critério, mas sobretudo numa perspectiva formal. Pois ele será necessariamente incidental. Pelo que globalmente se acaba de dizer uma vez mais se dá razão a FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN (ob. e loc. citis): “L’arbitre est lié à toutes les parties à la procédure et non seulement à celle qui l’a désigné”.

⁽¹⁰⁾ Cf., em geral, LIMA PINHEIRO, *Convenção de Arbitragem...*, em *Estudos André Gonçalves Pereira*, Coimbra Editora, 2006, p. 1095 ss.

⁽¹¹⁾ Sobre a convenção de arbitragem, cf. também JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Algu-*

“A arbitragem não é redutível a um mero fenómeno contratual (...); a sua natureza jurisdicional não é já contestável (...). A arbitragem é certamente uma justiça privada, *mas é uma Justiça*; ela advém da vontade das partes de confiar a um terceiro o poder de julgar; o árbitro fica dotado de todos os atributos da *jurisdictio* (...); isto com a *souplesse* que lhe é facultada nos termos em que actua”(12).

1.8. Dizer-se, pois, que os árbitros aceitam os efeitos da convenção de arbitragem só por a ela terem aderido(13) não parece, pois, de acolher.

Os árbitros conformam o seu estatuto com base nos contratos de arbitragem (ou de “árbitro”) em que seja feita a sua *designação*, à qual se seguirá a sua *aceitação*. São, como dissemos, contratos de significação colectiva e não contratos “secamente” bilaterais.

Jean-François Poudret, na edição anotada de *Le Droit de l'Arbitrage Interne et International en Suisse*(14) dizia já há mais de 20 anos:

“O contrato de árbitro (*Schiedsrichtervertrag*) é celebrado *entre os árbitros e todas as partes* que intervêm na arbitragem e não somente com a parte que designou cada um deles (...). ESTE CONTRATO É INDEPENDENTE DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM, de modo tal que os árbitros são competentes para decidir sobre a validade desta (...)”.

1.9. A relação contratual *de árbitro* estabelece-se entre todas as partes e todos os árbitros, quer estes sejam directamente designados ou nomeados por terceiros(15).

mas implicações da natureza da convenção de arbitragem, em *Estudos Magalhães Colação*, II, Almedina, 2002, p. 625-641.

(12) BRUNO OPPETIT, *Justice étatique et justice arbitrale*, em *Études Pierre Bellet*, Litec 1991, p. 415 ss, *maxime* p. 420. Cf. no mesmo sentido e do mesmo autor *Théorie de l'Arbitrage*, Puf. 1998, p. 28 (obra póstuma).

(13) Como diz PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Análise do vínculo jurídico do árbitro em arbitragem voluntária ad hoc*, em *Estudos Marques dos Santos*, I, Almedina, 2005, p. 827 ss, *maxime* p. 831.

(14) LALIVE-POUDRET-REYMOND, 1989, Editions Payot, Lausanne, p. 92-93.

(15) PIERO BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, 2.^a ed., Giuffrè, 2008, p. 154.

Enquanto nesta veste, os árbitros são profissionais *independentes* — e estará mesmo aí o seu determinante (e condicionante) atributo deontológico e jurídico. É, pois, de rejeitar qualquer enquadramento como *mandato*, mesmo *sui generis*, ou como figura próxima⁽¹⁶⁾.

Não é, pois, uma forma de mandato ou de prestação de serviços. Aliás, como poderia ser visto (ou sequer *avistado*) qualquer elemento de subordinação dos árbitros às partes quando são eles que as julgam⁽¹⁷⁾.

A relação contratual, “criada entre o árbitro e as partes”, não é um dos “clássicos” contratos civis. Participa da natureza mista da arbitragem, contratual na sua origem, jurisdicional pelo seu objecto⁽¹⁸⁾.

Nomeação do árbitro presidente pelo presidente do tribunal da relação

1.10. A actual LAV (2011) prevê várias situações em que, por não haver uma diferente *appointing authority*, deve ser pedida ao presidente do tribunal da relação a nomeação do árbitro que as partes ou os árbitros não designaram ou escolheram atempadamente.

Será esse o caso do árbitro presidente (art. 10, 3 e 4, da LAV).

A este propósito põe-se desde logo a questão de saber se antes da nomeação deverá ou não o presidente do tribunal da relação ouvir as partes.

Lopes dos Reis propendeu, veementemente, no sentido da audição prévia, em homenagem ao princípio do contraditório⁽¹⁹⁾.

(16) Trata-se de um contrato típico, “*fattispecie* autónoma e independente se confrontada com qualquer outra figura disciplinada no Código Civil” (SERGIO MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato*, Giuffrè, 2008, p. 44).

(17) THOMAS CLAY, *l'arbitre*, Dalloz, 2001, p. 764.

(18) PHILIPPE FOUCHARD, *Écrits* (obra póstuma), publicação do *Comité français de l'arbitrage*, 2007, p. 150 e p. 432.

(19) *Questões de arbitragem ad hoc*, na R.O.A., 1998, I, p. 496-497. De resto, a escolha do árbitro terá sido, ao que refere LOPES DOS REIS, aduzindo factos concretos, na circunstância muito pouco feliz.

1.11. Com detida motivação lembra Lebre de Freitas que a intervenção sucedânea do presidente da relação, embora não tendo carácter *jurisdicional*, tem, inegavelmente, um carácter *judicial*. Está, na realidade, em causa um *suprimento* (judicial) pedido pelas partes, que dá causa a um processo de *jurisdição voluntária*, no qual vigora o *princípio do contraditório*⁽²⁰⁾.

E como se processa esse sistema de nomeação

1.12. Para a preparação de um estudo que seria depois publicado⁽²¹⁾ João Raposo procurou saber junto do Tribunal da Relação de Lisboa “qual o movimento de processos de nomeação de árbitros, e de presidente do tribunal arbitral”. E concluiu, por informação que lhe foi prestada pelo próprio Presidente que entre 2001 e “a presente data” (2007) foram por este “nomeados 27 *presidentes* de tribunal arbitral e 66 *árbitros*”.

Estes números — referentes apenas à Relação de Lisboa — são, de facto, impressionantes e revelam a acuidade de que a questão já há mais de dez anos (2001!) se revestia.

Apurou ainda João Raposo que as nomeações são feitas com base “numa lista que integra individualidades que as recomendavam especialmente para as referidas funções”.

1.13. A referência que se acaba de fazer revela bem como o “modus” de intervenção do presidente do tribunal da relação figurado na LAV86, poderia conduzir a menos certas resultantes. A ideia, afirmada na Exposição de Motivos da Proposta de Lei, de que a constituição e o funcionamento dos tribunais arbitrais se deverão desvincular tanto quanto possível da intervenção dos tribunais judiciais, claudicava aqui patentemente⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ *O princípio do contraditório na nomeação pelo tribunal da relação*, em *Thémis*, n.º 18, 2010, p. 33-45, e *RIAC*, n.º 4, 2011, p. 163-177.

⁽²¹⁾ *A intervenção do tribunal judicial na arbitragem: nomeação dos árbitros e produção de prova*, em *Intervenções*, 1.º Congresso do CAC, Almedina, 2008, p. 109 ss, *maxime* p. 120-121.

⁽²²⁾ Questiona ainda, muito ajustadamente, JOÃO RAPOSO: “Quais as condições que devem preencher as individualidades dela constantes? Não se conhecendo (estava-se em

1.14. No *anteproyecto* da APA, que esteve na base, com pouco significativas alterações, da LAV 2011, procurou-se ir mais ao encontro da realidade. E inspirou-se, para tal, na Lei-Modelo, na Lei alemã (ZPO) e na Lei espanhola.

Todos elas recomendam à autoridade judicial designante que tenha em conta todas as qualificações exigíveis ao árbitro nomeado e que tome os cuidados adequados para garantir que ele seja um árbitro imparcial e independente (art. 11.5 da Lei-Modelo e § 1035.5 da ZPO). O sistema da lei espanhola (art. 15.6) é praticamente idêntico. Tem como particularidade determinar que o tribunal (judicial) organize uma lista com três nomes por cada árbitro que deva nomear, procedendo depois a um sorteio para apurar o que será efectivamente nomeado⁽²³⁾.

1.15. A nossa LAV 2011 preocupa-se também (nº 6 do art. 10) que o órgão judicial (*in casu* o presidente do tribunal da relação) tenha em conta as qualificações que o árbitro deva possuir, e tudo o mais que seja relevante para garantir a nomeação de um árbitro independente e imparcial.

Há, no entanto, que convir que o critério susceptível de ser aplicado será o do “palpite”, ou o da “fama constat”, ou o do conhecimento pessoal, directo ou indirecto. O que — há que convir — continua a ser muito aleatório.

O presidente do tribunal arbitral

1.16. Se a escolha feita pelo presidente do tribunal da relação for a do árbitro que actuará como presidente do tribunal (arbitral) não se adequar à qualificação exigível a um “bom árbitro” os escolhos de percurso tornar-se-ão particularmente sensíveis.

2007) qualquer estatuição sobre a matéria, a conclusão só pode ser a de que a inclusão na lista oficial, bem como a exclusão dela, se situam na zona de discricionariedade do próprio tribunal. Por outro lado, não tendo as nomeações de ser fundamentadas, não serão, em regra, conhecidas as razões concretas pelas quais se escolheu determinada pessoa para esta ou aquela arbitragem, e não outra. O que se presta às mais variadas especulações (...).

⁽²³⁾ FAUSTINO CORDÓN MORENO, *El arbitraje de derecho privado*, Thomson-Civitas, 2005, p. 157.

O árbitro presidente poderá, designadamente, ter que redigir a sentença (art. 40.1. LAV 2011).

1.17. Em direito comparado é-lhe classicamente atribuído o poder, inscrito na lei ou resultante de consenso, de dirigir os trabalhos, por vezes no mais amplo sentido⁽²⁴⁾.

Na nossa actual LAV dispõe o art. 40.3:

“As questões respeitantes à ordenação, à tramitação ou ao impulso processual poderão ser decididas apenas pelo árbitro presidente, se as partes ou os outros membros do tribunal arbitral (*porque não dizer “os árbitros”?*) lhe tiverem dado autorização para o efeito”.

Este o regime da Lei-Modelo (art. 29).

E é também o do Regulamento de Arbitragem da CNUDCI (2011) aqui com a especificidade de a decisão do árbitro-presidente poder ser objecto de revisão pelo tribunal (art. 33.2).

Mesmo a prorrogação do prazo para a decisão final pode por vezes, nalguns sistemas, ser delegada no árbitro-presidente, com a concordância das partes⁽²⁵⁾.

1.18. Dispõe, entretanto, o art. 44.4, da LAV 2011:

“Salvo se as partes tiverem acordado de modo diferente, o presidente do tribunal arbitral deve conservar o original do processo arbitral durante um prazo mínimo de dois anos e o original da sentença arbitral durante um prazo mínimo de cinco anos”.

E aquele prazo de dois anos era, na 1.^a versão do *anteprojecto* APA, também de cinco anos!...

Que dizer?

⁽²⁴⁾ Assim na LAV86, art. 14.3: “Compete ao presidente do tribunal arbitral preparar o processo, dirigir a instrução, conduzir os trabalhos das audiências e ordenar os debates, salvo convenção em contrário”. CLAUDE REYMOND, que tem uma perspectiva prudentemente moderadora desta amplitude de poderes (ou atribuições) acautela que se deve guardar sempre alguma distância entre ele e o árbitro único (*Le président du tribunal arbitral*, em *Études Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 467-482).

⁽²⁵⁾ PHILIPP HABEGGER-ANNA VON MUHLENDahl, *Uncitral notes on organizing arbitral proceedings*, em *International Arbitration and International Commercial Law* (“*Liber Amicorum Eric Bergsten*”), Wolters Kluwer International, 2011, p. 207-222, *maxime* p. 213.

Desde logo é de supor que o possível acordo das partes sobre esta matéria teria a sua sede natural (e previsível) na convenção de arbitragem. Estamos, obviamente, a pensar que estará em causa uma arbitragem *ad hoc*. Ora, é imaginoso prever que nesse momento as partes cuidem desta matéria. Ou seja, a mais segura e certa solução do problema estará em acautelar na lei a sua regulação. E aqui desponta uma magna perplexidade: mesmo pressupondo que ele possa recorrer aos mais sofisticados sistemas de arquivamento documental poderá ser exigível que sobre o presidente do tribunal recaia a responsabilidade e a tarefa de conservar durante um mínimo de dois anos “o original (sic) do processo arbitral”?

Confronte-se, por ex., o que se diz naquele art. 44.4, com o que se prevê na lei espanhola de 2003. O prazo aí é (salvo se as partes diversamente dispuserem na convenção de arbitragem) de... *dois meses* (art. 38, 3). E durante ele as partes poderão pedir a restituição dos documentos que tenham junto ao processo.

O sentido das realidades do *Regulamento do Centro de Arbitragem Comercial* (29.7.2008) é, ainda aqui, evidente. Nos termos do art. 45.1, o Secretariado do *Centro* conservará nos seus arquivos “os originais das decisões arbitrais”. Mas “os articulados, documentos, comunicações e correspondência relativamente a cada processo serão *destruídos* passados seis meses sobre a data da notificação final, a não ser que alguma das partes, dentro desse prazo, requeira, por escrito, a sua devolução”.

2

INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DO ÁRBITRO**Os conceitos**

2.1. Determina o art. 9.3 da LAV 2011 que “os árbitros devem ser independentes e imparciais”. É uma dualidade que tem tradição no direito alemão (§1036.1 da ZPO).

Sistemas há em que se fala apenas em imparcialidade (*Arbitration Act* “inglês”, sec. 24.1 e 33.1, lei sueca, art. 8) e outros somente em independência (LDIP Suíça, art. 180, 1).

É de supor, no entanto, que são fórmulas equivalentes, a menos que se pretenda aprofundar uma indagação semântica.

De qualquer modo sempre se poderá dizer que a independência será um *estatuto*, que possibilitará e incentivará a *virtude* da imparcialidade (Sergio Guinchard). Delas advirá a *neutralidade*, que será a pedra angular de uma correcta justiça privada⁽²⁶⁾.

Anulabilidade da sentença arbitral

2.2. É evidente que sendo o tribunal constituído por mais do que um árbitro a decisão é tomada em deliberação em que *todos* os árbitros devem participar. Isso era dito pelo art. 20.1, da LAV 86, que logo, no entanto, aceitava que não se tendo formado a maioria necessária, a decisão fosse tomada unicamente pelo presidente, ou que a questão fosse decidida no sentido de voto do presidente (20.2).

A situação actual não é muito diversa (art. 40.1 LAV 2011), como também não o é em Direito Comparado⁽²⁷⁾.

⁽²⁶⁾ Cf., em geral, DOMINIQUE HASCHER, *Indépendances de la justice étatique et de la justice arbitral*, em suplem. esp. 2007 de *Bull. CCI*, 2008, p. 83-95; POUDRET-BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2.^a ed., Sweet & Maxwell, 2007, p. 348, e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *O dever de independência do árbitro de parte*, em *Themis*, n.º 16, 2009, p. 319 ss.

⁽²⁷⁾ MÁRIO RAPOSO, *A sentença arbitral*, em *Estudos sobre Arbitragem Comercial e Direito Marítimo*, Almedina, 2006, p. 5.

2.3. Dá-se, porém, o caso de, caso não se possa formar maioria entre os árbitros, “a sentença é proferida pelo presidente do tribunal, (art. 40.1 LAV 2011)⁽²⁸⁾.

Ora, o presidente do tribunal arbitral é nomeado, algumas vezes (cf. *supra*) pelo presidente do tribunal da relação. E, como referimos, essa nomeação nem sequer é precedida de audição das partes. Será mesma a mais clamorosa *exceção* ao princípio do contraditório, geralmente garantido “em todas as fases do processo” (arbitral) — art. 30, 1, (a).

2.4. É, pois, evidente que não pode ser deduzido o pedido de recusa. Ora a precedência temporal deste é tida por alguns antes como fase indispensável do pedido, a final, de anulação⁽²⁹⁾.

Mas não pode ser assim.

2.5. Assim sendo, e removendo todos estes escolhos, tem que se fazer com que a *arbitragem* seja uma solução *de confiança*.

Terá esta de passar, quase necessariamente, pela anulabilidade da sentença quando seja comprovável que ela atinge, em termos *irreparáveis*, um princípio de ordem pública⁽³⁰⁾. Está em causa o *valor* da independência e da imparcialidade, expressão maior desse princípio⁽³¹⁾.

Ora, na circunstância o presidente do tribunal arbitral, por vezes imposto às partes sem hipótese de discrepância, pode, por razões várias (os presidentes dos tribunais da relação não dispõem do dom da infalibilidade), infringir, sem possibilidade de repara-

(28) Ao presidente do tribunal arbitral caberá ainda decidir as “questões respeitantes à ordenação, à tramitação ou ao impulso processual” se as partes ou os outros membros do tribunal arbitral lhe tiverem dado autorização para o efeito” (mesmo art. 40.3). Poderá essa autorização ser depois retirada por iniciativa de uma das partes ou de um dos árbitros, contra a vontade dos restantes? Poderá sustentar-se que não.

(29) CHIARA SPACCAPELO, *ob. cit.*, p. 378. Cf. também DANIEL COHEN, *Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts*, na RA (*Revue de l'Arbitrage*), 2011, p. 611-652, *maxime* p. 640-641.

(30) JORGE MORAIS CARVALHO, *O processo deliberativo e a fundamentação da sentença arbitral*, em *O Direito*, 2011, p. 751-791, *maxime* p. 760-761.

(31) SELMA FERREIRA LEMES, *A independência e a imparcialidade do árbitro e o dever de revelação*, em *Intervenções*, III Congresso do C.A.C., Almedina, 2010, p. 41-57.

ção, esses determinantes valores da arbitragem: a independência e a imparcialidade.

A violação da ordem pública

2.6. No anteprojecto da APA a *ordem pública* era deliberadamente excluída dos fundamentos de anulação da sentença arbitral⁽³²⁾. O legislador da LAV, aspirando, possivelmente, a encontrar uma solução *ecléctica*, manteve a *ordem pública internacional* já prevista na *zona da arbitragem internacional* mas criou na *zona da arbitragem interna* (da qual constam, aliás, alguns dos essenciais princípios do instituto arbitral — art. 49.2 da LAV 2011)... como fundamento da anulação uma “ordem pública internacional do Estado português” (art. 46.3, alínea *b*), *ii*).

A Portugal fica assim subtraída a sua própria *ordem jurídica*. Passar-se-á, pois, a invocar apenas a ordem jurídica *internacional*, mesmo em... direito interno.

2.7. Em breve parêntese direi que, em certa medida, uma boa parte do equívoco radica na adopção *de base* que a APA fez e que o legislador acolheu de um sistema *dualista*, i.e., que não regula unitariamente a arbitragem interna e a arbitragem internacional.

Ora, quase todas as leis modernas⁽³³⁾, excepto as de influência francesa (como as leis de Marrocos de 30.11.2007 e da Argélia de 25.2.2008), adoptam um sistema monista.

(32) Entendia a APA que “semelhante fundamento de anulação criaria de facto o risco de se abrir a porta a um reexame do mérito pelos tribunais estaduais, (...) o que poria em causa a eficácia e o sentido da própria arbitragem (RIAC, 2010). Em artigo doutrinal publicado em Dezembro de 2009 (RIAC, 2009, *maxime* p. 42) evidenciou ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO (que, aliás, tinha sido um dos principais — se não o principal — relator do anteprojecto) peremptória e justificada discordância quanto à eliminação do aludido fundamento. Em síntese, para ele, do anteprojecto deveria ter constado uma *ordem pública interna* na área imputada às arbitragens “domésticas” e uma *ordem pública internacional* para as arbitragens internacionais (p. 48).

(33) *Dualistas* são as leis suíças, a lei grega (depois da lei de 1999, respeitante à arbitragem internacional) e algumas leis da América Latina. O Brasil tem um sistema *monista* e a lei peruana de 2008 trata também *unitariamente* da arbitragem interna e inter-

Daí adveio uma mais produtora flexibilização da arbitragem *interna*, que a leva a adoptar regras mais liberais. Certo é que a *lex mercatoria* continua a ser uma entidade tendencialmente específica da arbitragem internacional. Mas, designadamente, através do canal da *equidade*, é evidente que ela se está a propagar à arbitragem interna. Deixou de haver compartimentos estanques. Era esta a perspectiva de Goldman⁽³⁴⁾.

2.8. Diz-se na Exposição de Motivos da lei espanhola de 23.12.2003:

“(…) no que respeita à contraposição entre a arbitragem interna e arbitragem internacional, esta lei opta claramente por uma regulação unitária de ambas. Na alternativa entre dualismos (...) e monismo (em que, salvo contadas excepções, os preceitos se aplicam igualmente à arbitragem interna e à internacional), a lei adopta o sistema monista (...). A Lei-Modelo (...) está especificamente concebida para a arbitragem comercial internacional. Mas a sua inspiração e as suas soluções são perfeitamente válidas, numa imensa maioria dos casos, para a arbitragem interna”.

O mesmo se passa na Alemanha, na Áustria, na Inglaterra, na República Sérvia⁽³⁵⁾ e na Suécia⁽³⁶⁾.

2.9. A posição adversa a um dualismo formulário, mesmo que *mitigado* não significa que, designadamente num ponto de vista científico, não haja regras próprias à arbitragem internacional. O mais representativo sistema legal que aboliu quase por com-

nacional, ao invés do que acontecia com a lei de 1996. Cf. MANTILLA-SERRANO, *La nouvelle lois péruvienne...*, na RA, 2009, p. 659 ss (texto na p. 199).

(34) Existe uma forte tendência para a absorção pela arbitragem interna das soluções da arbitragem internacional. Cf. CHARLES JARROSSON, *L'apport de l'arbitrage internationale à l'arbitrage interne*, em *L'internationalité dans les institutions et le droit, convergence et défis — Études offertes à Alain Plantey*, Pedone, 1995, p. 233 s. e SYLVAIN BOLLÉE, *La clause compromissoire et le droit commun des conventions*, R.A. 2005, *maxime* p. 919, onde se refere, precisamente, o estudo fundamental de Jarrosson.

(35) Lei de 25.5.2006. É de notar que na sua feitura participaram especialistas franceses, como PIERRE MAYER e BERTRAND ANCEL.

(36) “(...) em que há um conjunto de regras comuns ou em que as regras aplicáveis à arbitragem interna são extensíveis, sob certas condições, à arbitragem internacional” (LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional...*, Almedina, 2005, p. 199).

pleto qualquer referência à arbitragem internacional terá sido o italiano, com a lei de 2 de Fevereiro de 2006⁽³⁷⁾.

Não é de esquecer, aliás, que a *Lei-Modelo* da CNUDCI, que se destinou declaradamente a estabelecer um padrão legislativo para a arbitragem *internacional* inspirou, desde então, a arbitragem *nacional e internacional*. Toda a arbitragem tende a transnacionalizar-se.

Ainda sobre o critério de ordem pública

2.10. A menção feita na nossa actual LAV, na área que afecta à arbitragem *interna* a referida “ordem pública internacional do Estado português” — art. 46.3, al. *b*) — não tem sustentação possível.

Desde logo, a própria Lei-Modelo — art. 34.2, al. *b*) fala, em “ordem pública do Estado (em causa)”.

E assim mesmo é acolhida na ZPO alemã (§ 1059) e na lei sueca de 1999, que não distinguem entre ordem pública interna e ordem pública internacional. É entendido que estando ambas inscritas no ordenamento jurídico *nacional*, ambas serão sempre nacionais. E a lei austríaca de 2006 (art. 611.3) refere que a sentença deve ser anulada se violar os valores fundamentais da ordem jurídica *austríaca*; essa violação é mesmo do conhecimento oficioso.

2.11. Significativamente, em França — pátria da solução dualista da arquitectura arbitral — fala-se no plano interno apenas em “ordem pública” (art. 1492.5 da Lei de 2011), aludindo-se apenas à ordem pública internacional” (art. 1520.5) no tocante à arbitragem internacional.

(37) Entretanto, e ao invés do que se poderá pensar, não advem deste critério uma desconsideração da arbitragem internacional. Caracteriza-se, sim, pela “internacionalização” da arbitragem interna ou por uma “reunificação” das duas interfaces (EDOARDO-F. RICCI, *La longue marche vers l'internationalisation du droit italien de l'arbitrage*, em *Les Cahiers de l'Arbitrage*, IV, 2008, p. 191 s).

2.12. É de concluir, pois, pela rejeição da solução da LAV. Excelente seria a solução que estabelecesse um critério comum à arbitragem interna e à internacional. E que optasse por uma indiferenciação das duas facetas de “ordem jurídica”, como designadamente acontece no direito alemão⁽³⁸⁾.

A violação terá que ser flagrante e apenas da sentença?

2.13. Como lembrámos, a determinante razão pela qual no anteprojecto da APA se rejeitou a violação da ordem pública como fundamento da anulação da sentença arbitral (em direito interno) foi o risco de com ela “se abrir a porta a um reexame do mérito pelos tribunais estaduais”⁽³⁹⁾.

Mas mesmo assim cuidou-se em incluir no art. 46 do *anteprojecto* um n.º 9, acautelando que o tribunal estadual que anule a sentença arbitral não possa conhecer do mérito da questão (...).

A LAV 2011, que transpôs quase que na íntegra para o plano normativo aquele *anteprojecto*, afoitou-se a *innovar*, incluindo no seu articulado o desastroso art. 46.3 *b*, em que *desnacionaliza*, internacionalizando-a, a ordem pública interna — que nos demais sistemas jurídicos é indelegável pertença do próprio País, até como valor cultural.

2.14. A finalidade do exame da ordem pública não é, por certo, corrigir “as sentenças erradas” o que, realmente, implicaria um controlo aprofundado de mérito⁽⁴⁰⁾. Ou, como referiu outro jurista francês, o tribunal de anulação não é o *juiz do processo*, mas o *juiz da sentença*⁽⁴¹⁾.

Mas será realmente assim?

Na realidade, será de pôr de lado uma perspectiva *maximalista* do exame *aprofundado* de todo o processo. A essa concepção

⁽³⁸⁾ Assim também LIMA PINHEIRO, *Apontamento sobre a impugnação da decisão arbitral*, na R.O.A., 2007 p. 1025-1039, *maxime* p. 1033.

⁽³⁹⁾ Nota justificativa n.º 156 do *anteprojecto* (RIAC, 2010, p. 213).

⁽⁴⁰⁾ Cf., por todos, LOUIS-CHRISTOPHE DELANOY, *Le controle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation...*, RA, 2007, p. 177-221.

⁽⁴¹⁾ SYLVAIN BOLLÉE, anot. jurisp., RA, 2007, p. 101-108, *maxime* p. 102.

se opõe (com algumas cambiantes) a corrente minimalista (Yves Derains, Alexis Mourre, Thomas Clay, por ex.), para a qual bastará uma violação manifesta *da sentença*⁽⁴²⁾. Assim também em Itália⁽⁴³⁾.

2.13. Creio, no entanto, que uma perspectiva excessivamente *light* (i.e., branda, aligeirada) é errada e improdutiva. Pôr de lado o *processo* e apenas encarar a *sentença* será esquecer que a sentença *resulta* do processo e que os vícios deste a ela necessariamente se propagarão. O processo e a sentença são fases indelíveis e não compartimentáveis. Como lembrava Manuel de Andrade todos os actos do processo têm uma significação colectiva.

2.14. E como ajustadamente dizem agora Assunção Cristas e Mariana França Gouveia⁽⁴⁴⁾ “não se vislumbra como é possível decidir se há ou não violação da ordem pública sem analisar o mérito da decisão”.

(42) No mesmo sentido a lei sueca de 1999, que exige que a *sentença* seja manifestamente incompatível com a ordem pública sueca” (art. 33.2).

(43) LUCA RADICATI DI BROZOLO, *Contratto del lodo internazionale e ordine pubblico*, na *Riv. Arb.*, 2006, p. 629 ss, *maxime* p. 637.

(44) *A violação da ordem pública como fundamento de anulação de sentenças arbitrais* (anotação jurisprudencial), em *Cadernos do Direito Privado*, n.º 29, Jan.-Março 2010, p. 48 ss., *maxime* p.56.

3

CONFIDENCIALIDADE

Termos gerais

3.1. Uma das “clássicas” razões que induzem à opção pela arbitragem (pensamos sobretudo na arbitragem comercial) é a confidencialidade que ela tendencialmente assegura. Isto já era dito por Fouchard⁽⁴⁵⁾ e por Ferrer Correia⁽⁴⁶⁾. E é agora repetido por Blackaby-Partasides-Redfern-Hunter⁽⁴⁷⁾.

O certo, porém, é que teve, até há não muito tempo, escassa expressão legislativa.

Eram assinaláveis a lei de Taiwan de 24.6.1998⁽⁴⁸⁾ e a da Venezuela de 25.3.1998⁽⁴⁹⁾.

Antes delas já o art. 14 da lei neo-zelandesa de 1996 tinha disposto sobre a reserva que o processo arbitral implicava. Só que o preceito foi alvo de fortes críticas (que culminaram no *Robertson Report* de 2003) vindo a ser substituído em 2007 por um novo art. 14 com nove (!) alíneas, que constam hoje do *Arbitration Amendment Act 2007*⁽⁵⁰⁾.

3.2. Inovando em relação à lei de 1988, a lei espanhola de 2003 dispõe no art. 24.2⁽⁵¹⁾:

⁽⁴⁵⁾ *Écrits*, cit., p. 205.

⁽⁴⁶⁾ *Da arbitragem comercial internacional*, na *Rev. Dir. e Economia*, X/XI (1984-1985), p. 3 ss.

⁽⁴⁷⁾ *Ob. cit.*, p. 33.

⁽⁴⁸⁾ Art. 15: “O árbitro deve ser independente e imparcial e deve respeitar o princípio da confidencialidade”.

⁽⁴⁹⁾ Art. 42: “Salvo acordo em contrário das partes, os árbitros têm a obrigação de manter confidencialidade sobre o processo arbitral, as provas e tudo aquilo que se refira ao processo”.

⁽⁵⁰⁾ Cf. MICHAEL HWANG-KATIE CHUNG, *Defining the indefinable: practical problems of confidentiality in arbitration*, em *Journal of International Arbitration*, 2009, n.º 5, p. 809-645, *maxime* p. 631-635.

⁽⁵¹⁾ Que não foi alterado pela lei 11/2011, de 20.5.

“Os árbitros, as partes e as instituições arbitrais estão obrigadas a manter confidencialidade sobre as informações que conheçam através da sua actuação arbitral”⁽⁵²⁾.

Desde então várias leis nacionais foram publicadas, encarando positivamente a questão da confidencialidade.

Em 2008 a lei *peruana* de arbitragem incluiu um extenso art. 51 no qual minuciosamente trata do regime da confidencialidade⁽⁵³⁾. E logo em Dezembro do mesmo ano a lei *dominicana*, em formulação muito mais sintética, mas de certo modo pouco nítida⁽⁵⁴⁾ seguiu-lhe o exemplo.

Nesta área geográfica será ainda de assinalar a lei da *Costa Rica* de 25.5.2011⁽⁵⁵⁾, que — substituindo uma lei publicada cerca de 3 anos antes (19.12.2008) — pretendeu atrair ao país uma profusa actividade arbitral — o que, dito assim mesmo, é um objectivo de certo modo ingénuo, já que não será apenas de uma lei, mesmo que porventura excelente, que o país que a produziu se tornará num Eldorado de “clientes” alheios.

3.3. De referir que nos países lusófonos a mais expressiva lei é, neste aspecto, a da Guiné-Bissau (2000). Nos termos do art. 28 o processo arbitral é confidencial (n.º 1). Sob reserva de

⁽⁵²⁾ Este art. 24.2 foi, por alguns autores (como CHILLÓN MEDINA e MERINO MERCHANT) considerado desde logo como insuficiente. Cf. MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO, *Comentarios prácticos a la ley de arbitraje* (dir. Vicente Guilarte Gutiérrez), Ed. Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 457.

⁽⁵³⁾ A lei de 1996 era omissa. E o regime consagrado na lei de 2008 valerá “salvo pacto em contrário” ou “salvo imposição legal em contrário”. É ainda disposto na actual lei que quando o Estado peruano for parte, o processo arbitral estará sujeito a confidencialidade, mas a sentença será pública (n.º 3 daquele art. 51).

⁽⁵⁴⁾ Dispõe, com efeito, o art. 22.2: “Os árbitros, as partes e as instituições de arbitragem têm a obrigação de manter a confidencialidade sobre as informações de que tenham conhecimento no âmbito do processo arbitral”. Cf. STEPHAN ADELL, *La nouvelle loi dominicaine sur l'arbitrage commercial du 19 décembre 2008*, em RA, 2009, p. 503-520. O texto completo é reproduzido na p. 661 ss.

⁽⁵⁵⁾ Dispõe o art. 38: “O processo arbitral será confidencial. Quando deva ser invocado perante os tribunais do Estado apenas terão conhecimento desta intervenção as partes e os seus representantes. Salvo acordo expresse em contrário, a sentença, quando transitada, será pública (...). Para protecção das partes estas serão identificadas unicamente através das suas iniciais”.

acordo em contrário das partes, estas e os seus advogados e demais pessoas associadas ao processo estão obrigados a confidencialidade, que de igual modo abrange as sentenças arbitrais.

3.4. O *Arbitration Act* “inglês⁽⁵⁶⁾ de 1996 e a legislação federal dos Estados Unidos não contêm preceitos relativos à confidencialidade. Entretanto, os tribunais ingleses reconheceram-na por vezes como sendo inerente à natureza privada do processo⁽⁵⁷⁾.

Nos Estados-Unidos — como, de resto, em Inglaterra — há uma forte pressão doutrinal no sentido de alterar o *Federal Arbitration Act* de modo a que nele seja reconhecida, supletivamente, a confidencialidade, designadamente no tocante à publicação das sentenças, que terá que ser consentida pelas partes⁽⁵⁸⁾.

3.5. Entretanto, o *Arbitration (Scotland) Act* de 2010, embora muito próximo do “inglês, acolhe o princípio da *confidencialidade*, com carácter supletivo (Rule 26 *Schedule 1*)⁽⁵⁹⁾.

Ainda de caracterizada inspiração britânica mas prevendo como regra a confidencialidade é a lei de Hong-Kong sobre arbitragem de 2011 (*Arbitration Ordinance*).

Depois de Espanha, a França

3.6. Dizia Eric Loquin, em 2006⁽⁶⁰⁾, que a confidencialidade da arbitragem era “un sujet à la mode”, mas que, não obstante, estava ausente das leis que regiam a arbitragem. E, ao invés,

⁽⁵⁶⁾ Dizemos “inglês” (entre comas) porque o *Arbitration Act* aplica-se na Inglaterra, no País de Gales e na Irlanda do Norte.

⁽⁵⁷⁾ Decisões da *Court of Appeal* nos casos *Dolling-Baker v. Merrett* (1990), *Hasenleh Insurance Co of Israel v. Mew* (1993) e *Emmot v. Michael Wilson* (2008), designadamente.

⁽⁵⁸⁾ BRUNET-SPEIDEL-STERNLIGHT-WARE, *Arbitration Law in America...*, Cambridge University Press, N.Y., 2006, *maxime* p. 369. O mesmo acontece com o *Revised Uniform Arbitration Act*, de 2000, aplicável apenas à arbitragem interna.

⁽⁵⁹⁾ NATHALIE MEYER FABRE-CARLA BACKER CHISS, *La nouvelle loi écossaise sur l'arbitrage*, RA, 2010, p. 801 ss.

⁽⁶⁰⁾ *Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage*, RA, 2006, p. 323-352.

era frequentemente referida a decisão do Supremo Tribunal sueco de 27.10.2000 que decidiu não existir em arbitragem qualquer dever legal de confidencialidade⁽⁶¹⁾.

Aconteceu, no entanto, que o Decreto francês 2011-48 de 13.1.2011, sobre a reforma da arbitragem, introduziu no título I, respeitante à *arbitragem interna*, a seguinte al. 4 do art. 1464:

“Sob reserva das obrigações legais e se as partes não dispuserem em contrário o processo arbitral fica sujeito ao princípio da confidencialidade”⁽⁶²⁾.

3.7. Relativamente à arbitragem *internacional* a remissão feita no art. 1506 para algumas das disposições da arbitragem *interna* não abrange a alínea (4) daquele art. 1464.

Entretanto, é entendido que mesmo sem essa remissão, a confidencialidade continuará a valer como “princípio”, embora sem valor imperativo⁽⁶³⁾.

Alguns dos grandes regulamentos de arbitragem

3.7. Se as leis dos Estados não são muito pródigas em encarar a problemática da confidencialidade dos processos arbitrais e das sentenças nelas proferidas, os Regulamentos das grandes instituições arbitrais preocupam-se com ela.

Sem cuidar de fazer uma enumeração exaustiva desses regulamentos, parece de indicar alguns deles.

Assim, o da LCIA (1998)⁽⁶⁴⁾, que no art. 30 aponta a confidencialidade como regra supletiva (30.1.) e estabelece que a sen-

(61) *A.I. Trade Finance Inc. V. Bulgarian Foreign Trade Bank, Ltd* (caso *Bulbank*).

(62) Acontecera que o texto proposto pelo *Comité français de l'arbitrage* para a reforma do livro IV do NCPC (designação que então tinha o CPC francês), ao qual pertenciam nomes de magna ressonância (BOISSÉSON, CLAY, DERAIS, FOUCHARD, GAILLARD, JARROSSON, MAYER, etc) considerara que o carácter confidencial da arbitragem era uma “noção ambígua e controversa” (RA, 2006, p. 497).

(63) JARROSSON-PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, RA, 2011, p. 5 ss.

(64) *London Court of International Arbitration* (LCIA).

tença não poderá ser publicada pela *Court*, integralmente ou em extractos, salvo acordo *prévio* das partes e do tribunal arbitral.

3.8. O Regulamento *suiço* de arbitragem internacional dispõe com minúcia, sensivelmente nos mesmos termos da LCIA⁽⁶⁵⁾.

O Regulamento da Câmara de Comércio de Estocolmo, (*Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce — SCC*) publicado em 1999 foi integralmente substituído em 2010. Dispõe agora que “salvo acordo em contrário das partes, o tribunal arbitral deve manter confidencialidade sobre o processo arbitral e a sentença”.

3.9. Entretanto, para além dos Regulamentos apontados com carácter meramente exemplificativo⁽⁶⁶⁾, dois há de aplicabilidade quase universal:

- o Regulamento de arbitragem da CCI.
- o Regulamento de arbitragem da CNUDCI (Uncitral).

3.10. O anterior *Regulamento da CCI* é de 1998. Incluía três disposições que revelavam o propósito de resguardar, até certo ponto, a confidencialidade.

Eram elas o art. 20.7 (“o tribunal arbitral pode tomar medidas para proteger os segredos de negócios e as informações confidenciais”), o art. 21.3 (... “Salvo acordo do tribunal arbitral e das partes, às audiências não podem assistir pessoas estranhas ao processo”) e o art. 28.2 (“certidões para além das entregues aquando da notificação podem a todo o tempo ser entregues exclusivamente às partes ou a qualquer delas”).

António Briguglio-Laura Salvaneschi (*Regolamento di Arbitrato della CCI*, Giuffrè, 2005, p. 388-389) consideram que estas medidas eram fragmentadas e insuficientes.

⁽⁶⁵⁾ Art. 43: O regulamento suiço é de 2004. Cf. *Riv. Arb.*, 2004, p. 385 ss.

⁽⁶⁶⁾ Outros, como o da WIPO, ou o do DIS alemão, são no essencial idênticos. Assim também a *Convenção CIRD-ICSID* (Centro Internacional para a resolução de diferendos relativos a investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados), embora com naturais especificidades.

Já o Regulamento actual — em vigor desde 1.1.2012 — é mais explícito (art. 22.3):

“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”.

3.11. Substituindo o Regulamento de 1976, o actual *Regulamento CNUDCI*, de 2010, é muito mais contido que o anterior no tocante à aplicabilidade de uma regra geral de confidencialidade⁽⁶⁷⁾.

Designadamente quanto à publicidade das sentenças dispõe (art. 34.5):

“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”.

Desde já podemos antecipar que, em geral, estamos em consonância com este novo critério, como adiante brevemente justificaremos.

Natureza e limites da confidencialidade

3.12. Eu diria, como já disse⁽⁶⁸⁾, que a confidencialidade é um *uso normativo*, no sentido de prática geralmente aceite e seguida. A menos que tenha sido formalmente assumida pelas partes ou imposta pela lei, a sua validade poderá ter limites.

De qualquer modo, e enquanto *valer*, integrará uma verdadeira “common law” da arbitragem, como já foi referido⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁷⁾ PIERRE PIC-IRÈNE LEGER, *Le nouveau règlement d'arbitrage de la CNUDCI* (2011), RA, 2011, p. 99 ss., *maxime* p. 105.

⁽⁶⁸⁾ *O Estatuto dos Árbitros*, R.O.A., 2007, *maxime* p. 541.

⁽⁶⁹⁾ VINCENZO VIGORITI, *Le revisione delle “Rules of Arbitration” dell’ Uncitral*, na Riv. Arb., 2009, p. 575 ss., *maxime* p. 578. Vigoriti mantém nesse escrito o que já dissera em *Towards a Common Law of Arbitration*, em *Am. Rev. Int. Arbitration*, 1995, p. 29. É o que o próprio diz.

Qualificar a confidencialidade de *uso normativo*, por assim dizer *implícito*, tem sido repetidamente feito. Assim, desde logo, por Eric Loquin⁽⁷⁰⁾ ou Philippe Cavaliers⁽⁷¹⁾.

3.13. Aliás, Cavaliers considera que “a confidencialidade da arbitragem tem todas as características de um uso internacional, cuja fonte não residirá em qualquer lei em particular, mas na *lex mercatoria*; pelo menos numa *lex mercatoria processualis*” (ob. cit., p. 60).

Esta remissão para uma *lex mercatoria processualis* poderá ser dogmaticamente arriscada. A não ser, talvez, como princípio, desprovido de força impositiva. Seria caso para dizer que se estaria perante uma *lex mercatoria processualis* que apenas se *propunha*, sem se *impor*, à vontade das partes⁽⁷²⁾.

Num comentário recente ao Regulamento NAI (holandês) é reafirmado que a confidencialidade é uma “usual practice”; caso se pretenda obter uma segurança absoluta, “seja conveniente obter-se o acordo escrito da outra parte”⁽⁷³⁾.

3.14. A dimensão *ética* do dever de confidencialidade pesará, mas muito mais fundamentalmente pesarão os deveres de *independência* e *imparcialidade*⁽⁷⁴⁾.

Agostinho Pereira de Miranda pôs, com realismo, dúvida sobre a existência de um *dogma da confidencialidade*, uma “condi-

⁽⁷⁰⁾ A existência de confidencialidade é implícita, e pode ser “explicada” “par l’existence en ce sens d’un usage supplétif de la volonté des parties” (*L’obligation de confidentialité de l’arbitrage*, RA, 2006, p. 323 ss, *maxime* p. 352).

⁽⁷¹⁾ *La confidentialité en l’arbitrage*, em *Cahiers de l’Arbitrage*, III, 2006, p. 56 ss., que assim expressamente o qualifica.

⁽⁷²⁾ De qualquer modo o que se tem como não aceitável é que se confunda este uso *comercial* ou “aparentado” com um mero uso inserível no art. 3 do Código Civil. Insistimos: a confidencialidade arbitral, com todas as limitações que possa ter, tem um lugar certo na arbitragem em geral (*costumary arbitration law*). Cf. assim PIETER SANDERS, *Quo vadis Arbitration?*, Kluwer Law International, 1999, p. 362 ss.

⁽⁷³⁾ BOMMEL VAN DER BEND e outros, *A Guide to the NAI Arbitration Rules*, Wolters Kluwer, 2009, p. 12. NAI corresponde a *Netherlands Arbitration Institute*.

⁽⁷⁴⁾ Assim F. ESTAVILLO-CASTRO, *Ethics in Arbitration*, em *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley, 2010, p. 398 ss e J. C. FERNANDEZ ROSAS, *Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators*, no mesmo *Liber Amicorum*, p. 441 ss.

ção inderrogável da arbitragem”(75). Vimos que não é, situando-a na sua exacta dimensão.

Reflexão final

3.15. Face ao que se deixou dito é de crer que uma solução legal correcta da magna questão da confidencialidade poderá ser a constante dos arts. 30.5 e 30.6 da nossa LAV 2011 — recebidas, *ne varietur*, do anteprojecto da APA.

Dando uma resposta legislativa ao problema faz-se no art. 30.5 uma equilibrada compatibilização entre o dever de sigilo e o direito à actuação processual pública quando disso for caso(76). Tem-se também em conta o dever de cooperação com as autoridades oficiais, se exigido.

3.16. A publicação das sentenças arbitrais, em moldes que não colidam no essencial com a confidencialidade, é de incentivar. A formação de um *acquis* jurisprudencial contribuirá em grau máximo para a qualidade científica de futuras decisões(77).

E, nesta perspectiva, será de aceitar a formulação do art. 30.6.

Expurgada de elementos de identificação das partes a sentença (*e porquê outras decisões?*) do tribunal arbitral pode ser publicada, salvo se qualquer das partes a isso se opuser.

(75) Cf. *O estatuto deontológico do árbitro...*, em *Intervenções*, III Congresso do CAC, Almedina, 2010, p. 59 ss, *maxime* p. 67. E nessa exacta medida está incluída no *Código Deontológico da APA* (art. 9).

(76) Cf. PAULA COSTA E SILVA, *A execução em Portugal de decisões arbitrais...*, em *Intervenções*, I Congresso CAC, 2008, p. 131 ss, *maxime*, p. 133.

(77) Destacando um exemplo é de lembrar o art. 27 da Convenção Internacional sobre Salvação (marítima) de 1989: “Os Estados devem incentivar na medida do possível e obtido que seja o consentimento das partes a publicação das sentenças arbitrais proferidas em casos de salvação”. Esta prática é hoje corrente em todas as áreas especializadas do Direito. Cf. EMMANUEL GAILLARD, *La Jurisprudence du CIRDI*, I, Pedone, 2004 e II *id*, 2010. Eduardo Parente (*Processo Arbitral e Sistema*), Ed. Atlas, S. Paulo, 2012, p. 306-307) distingue, e bem, entre a jurisprudência dos tribunais judiciais (sobretudo Tribunais Superiores) sobre arbitragem e a dos próprios *tribunais arbitrais*. Será esta que agora estará em causa.

3.17. A *não-oposição* ou a *autorização* são, qualquer delas, modos de dar *consentimento*. E, como é óbvio, em qualquer dos casos terão as partes que ter prévio *conhecimento* de que se pretende publicar a sentença.

A ser assim, porque optar pela fórmula *não oposição*? Apenas por uma razão “prática”. A *autorização* pressupõe um *facere*. Poderá acontecer que a parte vencida não dê autorização apenas como reacção (porventura instintiva) perante o desfecho desfavorável do processo arbitral.