



Brasília | ano 53 | nº 212
outubro/dezembro – 2016

A confidencialidade do procedimento arbitral e o princípio da publicidade

PEDRO IRINEU DE MOURA ARAÚJO NETO

Resumo: A confidencialidade do processo arbitral é uma vantagem comparativa deste em relação ao processo judicial. Todavia, a Lei nº 9.307/1996 obrigou a Administração Pública a observar o princípio da publicidade quando ela for parte do processo arbitral. Apesar dessa alteração, constatou-se que a confidencialidade ainda tem espaço na hipótese de a Administração Pública ser parte, dado existirem regras que tutelam o interesse de sigilo. Ademais, a confidencialidade aplica-se como dever de discrição do árbitro, para que o processo arbitral permaneça com essa característica que o distinga da publicidade do processo judicial, embora essa confidencialidade não possa obstar a eficácia do princípio da publicidade como *accountability*. Também se propôs como boa prática administrativa o estabelecimento, na convenção de arbitragem, de um desenho procedimental mínimo que reflita uma solução de compromisso entre a confidencialidade e a publicidade, de forma a eliminar *ex ante* os agentes que não estejam dispostos a firmá-la nesses termos.

Palavras-chave: Confidencialidade. Vantagem comparativa. Processo arbitral. Administração Pública. Princípio da publicidade.

1. Considerações iniciais

Por cautela e proteção da sua imagem no mundo dos negócios, as empresas tendem a cuidar para que não cheguem ao conhecimento público informações que apontem seus erros ou suas más condutas, revelem segredos empresariais (estratégicos, financeiros, tecnológicos) de vital importância ou até mesmo os valores discutidos em juízo. Por isso, a possibilidade de se confidenciarem todas ou mesmo apenas algumas informações contidas no processo arbitral certamente se insere na dinâ-

Recebido em 20/11/15
Aprovado em 26/4/16

mica de incentivos¹ para elas optarem pela arbitragem em detrimento do juízo estatal, uma vez que neste a publicidade é a regra e o sigilo, a exceção².

Ocorre que a alteração promovida na Lei nº 9.307/1996³, ao mesmo tempo em que acrescentou uma autorização geral para que a Administração Pública pudesse empregar a arbitragem, também dispôs que o princípio da publicidade é de observância obrigatória quando um ente público estiver envolvido nesse processo.

Portanto, nos casos em que tenha sido instaurado um juízo arbitral entre um agente privado e a Administração Pública (por exemplo, nas concessões de serviço público), surge um aparente conflito entre o incentivo promovido pela confidencialidade do juízo arbitral e o cumprimento do princípio da publicidade.

Exposta essa consideração, o propósito desse artigo é discutir se há exceções ao princípio da publicidade num processo arbitral envolvendo ente público e agente privado, ou seja, se ainda há espaço para a confidencialidade nesses casos.

Assim, num primeiro momento, discute-se a confidencialidade do processo arbitral, no sentido de averiguar o seu alcance segundo a Lei nº 9.307/1996, que regula a arbitragem no direito positivo brasileiro. Logo após, são feitas considerações acerca do princípio da publicidade na Administração Pública, ressaltando a sua importância e significado, para, num terceiro momento, definir como esse princípio deve ser aplicado ao processo arbitral e os possíveis espaços que ele ainda deixa para a confidencialidade, sugerindo-se um desenho procedimental mínimo como solução de compromisso entre a observância do princípio da publicidade e o incentivo promovido pela confidencialidade.

2. A confidencialidade do processo arbitral

É bastante comum que os regulamentos dos principais tribunais arbitrais disponham a respeito da confidencialidade do procedimento

¹ Segundo dados de pesquisa realizada pela *Queen Mary's School of International Arbitration*, da Universidade de Londres, 62% daqueles que optam pela arbitragem para a solução dos conflitos consideram que a confidencialidade é algo muito importante, tanto que 50% desses mesmos entrevistados afirmam que a confidencialidade é algo inerente a esse procedimento, independentemente de existir cláusula expressa a respeito, tanto na convenção de arbitragem quanto no regulamento do juízo arbitral (FRIEDLAND; MISTELIS, 2010).

² Ver artigos 5º, LX, e 93, IX, da Constituição de 1988.

³ Ver art. 1º da Lei nº 9.307/1996.

arbitral⁴; e até nas revistas e compêndios especializados⁵ em divulgar sentenças arbitrais com propósitos acadêmicos e científicos, costuma-se preservar a identidade das partes envolvidas na discussão dos casos julgados.

No direito positivo brasileiro, a Lei nº 9.307/1996 não faz referência expressa à confidencialidade, mas seu art. 13, § 6º, prescreve que: “No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”. Segundo Fitchner, Mannheimer, Monteiro (2012, p. 235-236), esse artigo impõe aos árbitros o dever de confidencialidade, que abrange a totalidade das informações que ele vier a obter das partes durante o processo arbitral, estendendo-se, inclusive, após a prolação da sentença arbitral – embora o mesmo artigo silencie quanto a se esse dever se estende também às partes. Assim, de acordo com esse posicionamento, não há necessidade de cláusula na convenção de arbitragem ou no regulamento do juízo arbitral que torne explícito o dever de confidencialidade imposto ao árbitro, por ser uma obrigação *ex lege*.

Desse modo, é importante desde já que se estabeleça uma diferença entre *confidencialidade* e *privacidade*, uma vez que a própria *International Law Association* a estabeleceu, ao declarar que

The concept of privacy is typically used to refer that only the parties, and not third parties, may attend arbitral hearings or otherwise participate in arbitration proceedings. In contrast, confidentiality is used to refer to the parties asserted obligations not to disclose information concerning arbitration to the third parties (ILA, 2010, p. 4).

Nesse mesmo sentido, explica Cretella Neto (2010, p. 65) que “ao passo que a privacidade é um conceito que impede que terceiros, estranhos à arbitragem, dela participem, a confidencialidade impõe obrigações às partes e aos árbitros”; daí o entendimento correto de que a discrição do juízo arbitral se conecta mais ao conceito de privacidade do que ao de confidencialidade. Assim, não se pode afirmar seguramente que haja obrigação jurídica *ex lege* que vincule as partes do processo arbitral – e não apenas o árbitro – a manter em sigilo as informações das quais tomaram conhecimento durante esse processo⁶, embora Pinto (2007, p. 92) defenda que o dever de confidencialidade na arbitragem,

⁴Ver Câmara de Comércio Internacional (2015), art. 6º e UNCITRAL (2008, p. 30), art. 25.4.

⁵Para mais informações, ver as revistas: *Bulletin de l'Association Suisse de l'Arbitrage*, *La Revue de l'Arbitrage* e *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*.

⁶Também afirmando que a Lei nº 9.307/1996 não determina a confidencialidade da arbitragem, Salles, 2011, p. 54-55.

ainda que não explicitado na Lei nº 9.307/1996, decorra do princípio da boa-fé objetiva.

No Reino Unido, a Corte de Apelação, ao julgar o caso *Wilson vs Emmott Michal & Partners Ltd.*, revelou algumas diretrizes que podem ser seguidas nessa questão, ao fazer a seguinte ponderação:

the principal cases in which disclosure will be permissible are these: the first is where there is consent, express or implied; second, where there is an order, or leave of the court (but that does not mean that the court has a general discretion to lift the obligation of confidentiality); third, where it is reasonable necessary for the protection of the legitimate interests of an arbitration party; fourth, where the interests of justice require disclosure, and also (perhaps) where the public interests requires disclosure (REINO UNIDO, 2008).

Mesmo diante dessa discussão, não há dúvidas de que, de toda forma, o dever de confidencialidade, entre dois agentes privados, pode ser perfeitamente inserido na convenção de arbitragem ou deixado a cargo do regulamento que disciplina o juízo arbitral eleito por elas. Por isso, a principal discussão é saber se há algum espaço para a confidencialidade quando na arbitragem estão envolvidos um agente privado e um ente público.

3. O princípio da publicidade no direito positivo brasileiro

Em verdadeira exortação ao princípio da publicidade, o Ministro Ayres Britto, na Suspensão da Liminar nº 623, declarou que “a prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros de concretizar a república enquanto forma de governo”. Nesse mesmo sentido, assevera Bastos:

A publicidade dos atos estatais e mais restritamente no caso dos da Administração tem sido uma preocupação constante no Estado de Direito. Só a publicidade permite evitar os inconvenientes necessariamente presentes nos processos sigilosos. O conhecimento, portanto, da atuação administrativa é indispensável tanto no que diz respeito à proteção dos interesses individuais como também aos interesses da coletividade em exercer o controle sobre os atos administrativos (BASTOS, 2002, p. 44).

Por sua vez, o art. 10 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção⁷ também declara:

⁷Essa convenção foi internalizada no direito brasileiro por meio do Decreto nº 5.687/2006.

Informação pública

Tendo em conta a necessidade de combater a corrupção, cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas que sejam necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública, inclusive no relativo a sua organização, funcionamento e processos de adoção de decisões, quando proceder. Essas medidas poderão incluir, entre outras coisas: a) A instauração de procedimentos ou regulamentações que permitam ao público em geral obter, quando proceder, informação sobre a organização, o funcionamento e os processos de adoção de decisões de sua administração pública, com o devido respeito à proteção da intimidade e dos documentos pessoais, sobre as decisões e atos jurídicos que incumbam ao público; b) A simplificação dos procedimentos administrativos, quando proceder, a fim de facilitar o acesso do público às autoridades encarregadas da adoção de decisões; e c) A publicação de informação, o que poderá incluir informes periódicos sobre os riscos de corrupção na administração pública (BRASIL, 2006).

Passadas essas considerações, o princípio da publicidade abre-se em duas frentes, como mandado de otimização: obriga a Administração Pública a que ponha dados a respeito da sua conduta à disposição dos cidadãos e de forma compreensível e eficaz; e também a impede de adotar procedimentos sigilosos fora das hipóteses constitucional e legalmente previstas⁸. Mais além, o princípio da publicidade não conduz a uma finalidade encerrada em si, dado que auxilia a concretização de outras normas, podendo-se afirmar que ele é um instrumental para o seu cumprimento (MOREIRA NETO, 2005, p. 83).

Portanto, é de se imaginar que o cumprimento do princípio da publicidade no proces-

so arbitral acompanhe essa tendência de divulgação cada vez maior de informações relativas a entes públicos, até mesmo por observância da Lei nº 12.527/2011, que inseriu, no direito positivo brasileiro, regras jurídicas destinadas a concretizar esse princípio.

A seguir, discutem-se as possíveis construções normativas para esse cumprimento, de forma a verificar se há algum espaço para a confidencialidade no processo arbitral.

4. Princípio da publicidade no processo arbitral e espaços para a confidencialidade

4.1. Confidencialidade e publicidade segundo a natureza do ato e a regra jurídica incidente

Como solução mais simples para o aparente conflito entre a confidencialidade que pode ser atribuída ao processo arbitral e a observância do princípio da publicidade, pode-se chegar à construção de uma norma, fundamentada no art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/1996, a qual prescreve que esteja disponível a qualquer terceiro toda a informação contida num processo em que esteja envolvido um ente da Administração Pública, de forma a impossibilitar que, sem exceções, a confidencialidade seja atribuída a esse procedimento.

Essa primeira construção normativa, de certo, daria máxima concretização ao princípio da publicidade. Todavia, os princípios jurídicos são espécies normativas que dependem da complementaridade de outros atos institucionais (princípios colidentes, regras jurídicas, regulamentos, julgados etc.) para que obtenham a sua adequada significação normativa (ÁVILA, 2015, p. 99-101), dado serem normas que prescrevem fins e com alto grau de abstração, ao contrário das regras, que apresentam

⁸ Art. 5º, X, XII, XXXIII, LX, por exemplo.

enunciado frontalmente descritivo – verdadeiros mandamentos de definição (ALEXY, 2015, p. 104).

Logo, aplicar determinado princípio de tal forma que não se verifique a existência desses outros atos institucionais que o complementam não representa um modo adequado de aplicação dos princípios jurídicos. Dessa maneira, na questão específica do procedimento arbitral, o princípio da publicidade deve conformar, tanto num aspecto subjetivo quanto objetivo, a sua hipótese de incidência e a adoção dos comportamentos vinculantes para o seu cumprimento, por meio da relação de complementaridade com os atos institucionais pertinentes à questão.

No aspecto subjetivo, a hipótese de incidência do princípio da publicidade recai onde estiver presente um ato unilateral da Administração Pública, qualquer que ele seja, uma vez que a sua própria atuação se baseia na publicidade de seus atos, em decorrência do art. 37 da CF⁹. Por sua vez, os atos institucionais que dão significação normativa (modo de cumprimento, exceções) ao princípio da publicidade, nessa hipótese, extraem-se das próprias leis que informam o regime jurídico administrativo. Apenas a título exemplificativo, uma vez que os casos podem ser inúmeros, tem-se como certo que ao procedimento arbitral se aplicam, ao menos hipoteticamente, as exceções previstas constitucionalmente em relação ao princípio da publicidade: os artigos 5º, XXXIII, e 37, § 3º, II.

⁹ Decerto que pode haver gradações quanto à amplitude da publicidade a ser dada, de forma que meros comunicados que interessam exclusivamente ao âmbito interno de determinado órgão público, sem prejudicar diretamente qualquer particular, necessitam somente serem aficcionados nas dependências do órgão, como é o caso do aviso a ser dado a respeito de treinamento dos servidores, ao passo que não tem eficácia o contrato administrativo cuja publicação resumida do instrumento não foi realizada por meio do *Diário Oficial*, conforme dispõe o parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666/1993.

No aspecto objetivo, por outro lado, há de se identificar a natureza do ato ou a *prevalência do interesse* que ele representa, para que se decida sobre a exclusão de qualquer possibilidade de ser acobertado pela confidencialidade. Numa primeira cogitação, parece certo que, se o ato tiver sido unilateralmente produzido pela Administração Pública (decretos, portarias, regulamentos), o aspecto subjetivo e objetivo se confundem, e não há maiores dúvidas de que o princípio da publicidade se aplica tal qual se apresenta no regime jurídico administrativo.

Em contrapartida, quando o ato apresentar natureza bilateral, por reportar a entendimento e interesses tanto do agente privado quanto da Administração Pública (o próprio contrato de concessão, prestações pecuniárias, avaliações sobre a realização da obra ou prestações do serviço), o princípio da publicidade pode encontrar uma significação diferente daquela que lhe é dada no regime jurídico administrativo, pois, para esses casos, há uma justaposição de interesses que, ao contrário do que afirma tradicional doutrina administrativa (MELLO, 2015, p. 60; MEIRELLES, 2001, p. 43), nem sempre é solucionada pela prevalência do interesse público sobre o interesse privado (BINENBOJM, 2008, p. 106-107).

Nesses casos, portanto, devem-se pesquisar as normas que definem previamente qual dos interesses deve prevalecer (regras jurídicas).

Ilustrativamente, tem-se como certo que o próprio contrato de concessão e as prestações pecuniárias realizadas em virtude dele, apesar de apresentarem natureza bilateral, não podem ser acobertados pela confidencialidade, uma vez que o art. 18, XIV, da Lei nº 8.987/1995¹⁰, e o

¹⁰ Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente: XIV – nos casos de

art. 1º, I, da Lei nº 8.443/1992¹¹, definem que o interesse público deve prevalecer nessas hipóteses – incidindo, portanto, o princípio da publicidade.

De outro modo, pode-se cogitar que ocorra, durante determinado procedimento arbitral, a produção de prova pericial, com a finalidade de determinar se houve ou não execução inadequada do contrato, ou até mesmo uma avaliação contábil-financeira acerca do desempenho da prestação do serviço ou execução de obra pública quando se estiver discutindo, no juízo arbitral, o equilíbrio econômico do contrato. Em ambas as hipóteses, há boas chances de irem a esse juízo informações empresariais consideradas estrategicamente relevantes – tais como balanço contábil, fluxo de caixa, *know-how*, patentes etc. – fornecidas até mesmo no intuito de colaborar para produzir provas. É certo que a publicidade dessas provas, no juízo arbitral, pode ser encarada, pelo agente privado, como vazamento de dados para a concorrência, e assim há o interesse de que a elas seja atribuída a confidencialidade, pelo menos no que diga respeito às informações consideradas estrategicamente relevantes.

Feita essa consideração, devem-se buscar regras jurídicas que tutelem o interesse do agente privado e que permitam, portanto, a confidencialidade dessas informações em detrimento de uma publicidade que a elas seria dada se aplicado o princípio da publicidade de forma irrestrita.

Dessa forma, podem-se mencionar ilustrativamente: o art. 175, XI, XII e XIV, da Lei nº 9.279/1996¹²; os arts. 1.190 e 1.191, do Código Civil¹³;

concessão, a minuta do respectivo contrato, que conterà as cláusulas essenciais referidas no art. 23 desta Lei, quando aplicáveis (BRASIL, 1995).

¹¹ Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei: I – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades dos poderes da União e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário (BRASIL, 1992).

¹² Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: [...] XI – divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato; XII – divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; [...] XIV – divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos (BRASIL, 1996).

¹³ Art. 1.190. Ressalvados os casos previstos em lei, nenhuma autoridade, juiz ou tribunal, sob qualquer pretexto, poderá fazer ou ordenar diligência para verificar se o empresário ou a sociedade empresária observam, ou não, em seus livros e fichas, as formalidades prescritas em lei. Art. 1.191. O juiz só poderá autorizar a exibição integral dos livros e papéis de escrituração quando necessária para resolver questões relativas a sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão à conta de outrem, ou em caso de falência. § 1º O juiz ou tribunal que conhecer de medida cautelar ou de ação pode, a requerimento ou de ofício, ordenar que os livros de qualquer das partes, ou de ambas, sejam

o art. 1º da Lei Complementar nº 105/2001¹⁴; e o art. 198, do Código Tributário Nacional¹⁵. Ocorrendo a hipótese de incidência dessas regras, a confidencialidade deve ser observada no juízo arbitral¹⁶.

Verdade é que as hipóteses mencionadas e as regras incidentes sobre elas, que permitem a confidencialidade na arbitragem, são, de fato, obrigações *ex lege*, cuja incidência opera tanto no juízo estatal quanto no arbitral. Não obstante, o que importa é evidenciar que, mesmo a teor da disposição do art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/1996, há espaço para a confidencialidade no procedimento arbitral, em decorrência das regras jurídicas específicas que protegem esse interesse.

4.2. Confidencialidade como discricção e publicidade como *accountability*

Neste ponto, devem-se observar as regras dos arts. 2º, § 3º, e 13, § 6º, ambos da Lei nº 9.307/1996. O primeiro prescreve a observância do princípio da publicidade quando um ente da Administração Pública for parte

examinados na presença do empresário ou da sociedade empresária a que pertencerem, ou de pessoas por estes nomeadas, para deles se extrair o que interessar à questão [...] (BRASIL, 2002).

¹⁴ Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados (BRASIL, 2001).

¹⁵ Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades (BRASIL, 1966).

¹⁶ Em se tratando de comparação com o procedimento arbitral desenvolvido nos EUA, entre agentes privados no âmbito das *agencies*, observa-se que a solução adotada por lá tende a tornar confidencial o procedimento arbitral; mas, por outro lado, tende a divulgar a sentença arbitral devidamente motivada, conforme se apreende da compatibilização entre o *Administrative Dispute Resolution Act – ADRA* – principalmente na parte que versa sobre a confidencialidade (§ 574) – e o *Freedom of Information Act- FOIA* [5 USCS, 552 (a) (2) (A)].

no processo arbitral; e o segundo obriga o árbitro a atuar com discricção na condução desse processo.

A primeira construção que pode ser feita por meio da inter-relação dessas duas regras é que, quando a arbitragem envolve um ente público, o cumprimento do princípio da publicidade é tal que não faz sentido ou não tem qualquer praticidade falar em dever de discricção imposto ao árbitro; ou, dito de outra forma, a hipótese de incidência para a regra do art. 13, § 6º, da Lei nº 9.307/1996, só recairia quando a arbitragem realmente se desse entre dois agentes privados.

Como consequência dessa interpretação, o processo arbitral se assemelharia, assim, ao processo judicial, no qual a práxis informa que praticamente qualquer terceiro pode vir a tomar conhecimento do que nele ocorre, a não ser que se decrete o segredo de justiça.

Noutro giro, tomando-se como premissa a dinâmica de incentivos própria¹⁷ para adoção do juízo arbitral em preferência ao juízo estatal, é possível atribuir algum conteúdo ao dever de discricção imposto ao árbitro, mesmo quando um ente público estiver presente no procedimento arbitral (SALLES, 2011). Desse modo, deve-se relembrar que, se não é possível dizer o mesmo da confidencialidade, a privacidade pode ser considerada como da própria natureza do procedimento arbitral; por conse-

¹⁷ Em linhas gerais, a arbitragem apresenta a seguinte dinâmica de incentivos quando comparada com o processo judicial: a celeridade para resolução do litígio, a confidencialidade ou caráter reservado que pode se dar a seus atos, a possível especialização do árbitro em face da matéria a ser decidida, a maior participação das partes na formação do procedimento e a possibilidade de elas também determinarem o direito aplicável à controvérsia. Para uma análise econômica acerca do instituto da arbitragem, ver Pugliese e Salama (2008); e já sobre essa dinâmica de incentivos, ver Lemes (2007). Nesse mesmo quadrante, Luciano Timm e Eduardo Jobim (2007) observam essa dinâmica de incentivos pelo lado reverso, i.e., pelos custos esperados quando a controvérsia se encampa no processo judicial.

guinte, a preservação dessa característica deve ser perseguida como uma das razões subjacentes à escolha da arbitragem.

Feita essa consideração, podemos afirmar que a observância do princípio da publicidade não significa, ilustrativamente, a participação de todo e qualquer cidadão em audiências realizadas no procedimento arbitral. É, portanto, dever do árbitro restringir esse acesso às partes, seus advogados e terceiros a ele vinculados e de interesse do procedimento, assim como ainda é dever do árbitro não divulgar quaisquer informações que venham a obter das partes em razão da sua função, salvo se solicitado por decisão judicial ou por ordem dos órgãos de controle externo e interno da Administração Pública (PINTO, 2004).

Assim, é certo que a discricção imposta ao árbitro não deve representar qualquer impedimento para que se concretize o princípio da publicidade como *accountability*¹⁸, caso a própria Administração Pública não cumpra seu dever de repassar as informações, que por lei é obrigada, aos órgãos públicos de controle e fiscalização, e à própria sociedade.

Para que exerçam o controle da atividade administrativa, os instrumentos processuais à disposição dos cidadãos e do Ministério Público (Ação Civil Pública, Ação de Improbidade Administrativa etc.) não ficam, de maneira alguma, obstados pela privacidade inerente ao procedimento arbitral, no sentido em que, presentes os requisitos para o emprego desses instrumentos, o procedimento arbitral pode vir a perder essa natureza tendencialmente voltada à privacidade, e assemelhar-se mais ao

processo judicial no que se relaciona à publicidade dos seus atos para terceiros.

Ainda assim, não cumpre ao próprio árbitro desincumbir-se de ofício do seu dever de discricção, pois é juiz de fato e de direito da causa somente no que diz respeito às questões arbitráveis¹⁹, e julgar ou não se estão presentes os requisitos para abertura de informações do procedimento arbitral para a prestação de contas ao Ministério Público ou a sociedade certamente não se insere entre essas questões. Disso decorre que é imprescindível ordem judicial que comande ao árbitro que esses terceiros venham a obter determinadas informações do procedimento arbitral – asseverando-se que tanto melhor quanto mais especificadas forem essas informações para o propósito do emprego dos instrumentos processuais que permitam a prestação de contas da Administração Pública à sociedade, a fim de que não se desnaturalize a privacidade da arbitragem e o árbitro possa cumprir sem embaraços a ordem judicial.

4.3. Princípio da publicidade como transparência e como divulgação

Neste ponto, pode-se desdobrar o princípio da publicidade em duas condutas vinculantes da Administração Pública. A primeira reflete o que se denomina transparência na gestão administrativa e, nesse sentido, seu elemento finalístico é simplesmente permitir aos cidadãos o acesso a informações relativas a determinado ente público; a segunda diz respeito

¹⁸ Segundo Pinho e Sacramento (2009), “*accountability* encerra a responsabilidade, a obrigação e a responsabilização de quem ocupa um cargo em prestar contas segundo os parâmetros da lei, estando envolvida a possibilidade de ônus, o que seria a pena para o não cumprimento desta diretiva”.

¹⁹ No direito positivo brasileiro, a Lei nº 9.307/1996 define como requisitos para a arbitralidade objetiva – isto é, o que pode ser submetidas ao juízo arbitral – a patrimonialidade e a disponibilidade do direito. Sobre esses requisitos, ver Carmona (2007). Sobre as nuances desses requisitos quando um ente da Administração está envolvido, ver também Mattos (2001).

à divulgação, no sentido de o ente público levar determinadas informações ao conhecimento dos cidadãos²⁰.

Em comum, é certo que tanto a transparência quanto a divulgação se inserem no conteúdo normativo do princípio da publicidade, que, complementado pelo princípio da eficiência, também obriga que a Administração Pública proceda de maneira coerente, eficaz e inteligível, ao levar aos cidadãos determinadas informações ou ao permitir-lhes o acesso a elas, cumprindo, por sua vez, o art. 5º da Lei nº 12.527/2011.

Como se depreende, a diferença entre essas duas condutas é sutil e pode ser compreendida binariamente em termos de conduta positiva/negativa; ou seja, para realizar a transparência, a Administração vê-se obrigada a apenas não impedir o acesso de terceiros a essas informações – e, portanto, o terceiro em questão deve requisitar esse acesso. No caso da divulgação, por sua vez, ela tem o dever de agir e levar essas informações a esse terceiro.

No entanto, por sutil que seja, essa diferença repercute no procedimento arbitral, no sentido de que a Administração Pública deve diferenciar uma situação em que lhe incumbe apenas a transparência daquela em que a divulgação lhe é obrigada²¹, até mesmo para maximizar a dinâmica de incentivos da arbitragem a fim de que o agente privado possa firmar a convenção arbitral, reduzindo até o seu preço de contratação, caso essa dinâmica lhe seja vantajosa²².

²⁰ Note-se que a Lei nº 12.527/2011 induz a esse desdobramento, uma vez que o art. 7º (e incisos) disciplina o *direito de acesso à informação*, pressupondo o pedido de acesso regulado pelo art. 10. Donde, em outras palavras, as informações referidas no art. 7º estão disponíveis (“transparentes”) embora não amplamente divulgadas. Por outro lado, o art. 8º denota a publicidade como divulgação, ao prescrever que: “É dever dos órgãos e entidades públicas promover, *independentemente de requerimentos*, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas. § 1º Na divulgação das informações a que se refere o *caput*, deverão constar, no mínimo: I – registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público; II – registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros; III – registros das despesas; IV – informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados; V – dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e VI – respostas a perguntas mais frequentes da sociedade” (BRASIL, 2011, grifo nosso).

²¹ Nesse ponto, é interesse notar que a própria resolução do CNJ nº 121/2010 busca dotar os processos judiciais de mais transparência, ao mesmo tempo em que, como contrapartida, regula a quantidade de informações neles constantes, às quais deve ser dada ampla divulgação, o que pode ser uma diretriz para a Administração Pública, tomando-se o processo arbitral como equivalente ao processo judicial.

²² A propósito, a criação desse ambiente institucional favorável à arbitragem também como alternativa para redução dos preços de contratação não passou despercebida a Barros e Barros, ao destacarem que: “Principalmente quando se trata de grandes contratações – como concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas –, cujos valores são altos e o tempo de contratação longo, pesam também no cálculo de preço da proposta o ambiente econômico-institucional do ente público e do País. O licitante examina outros aspectos além do conteúdo editalício, tais como: se o ente público contratante costuma adimplir pontualmente com seus pagamentos ou se está em constante mora ou mesmo em

Nesse sentido, pode-se imaginar que basta tornar transparente certa controvérsia entre um agente privado e a Administração Pública que se encontre submetida à arbitragem, sem que, no entanto, se faça uma divulgação dessa informação ao conhecimento geral. De outra forma, se um terceiro quiser saber particularidades da controvérsia – tais como valor da causa, natureza do litígio e agente privado envolvido, ou qualquer outro conteúdo do procedimento arbitral que não esteja acobertado pelo sigilo –, deverá requisitar esse acesso.

Em outra circunstância, a Administração Pública pode ver-se obrigada a divulgar certa informação surgida em meio ao procedimento arbitral, independentemente de requerimento, desde que, pela própria natureza do litígio, se descubra que a inexecução de um serviço público ou obra pública veio a prejudicar ou a causar danos aos seus usuários – como seria o caso de desabastecimento de energia elétrica em determinada cidade ou até mesmo o quanto foi gasto com o procedimento arbitral (pagamento de honorários ao árbitro, por exemplo) ou a sentença arbitral que lhe impôs uma condenação que implique pagamento ao agente privado ou despesa, uma vez que os incisos II e III do art. 8º da Lei nº 12.527/2011 prescrevem que deve ser dada ampla divulgação a informações dessa natureza.

5. Desenho procedimental mínimo na convenção de arbitragem a respeito da confidencialidade e da publicidade como boa prática administrativa

Do que foi dito, pode ser boa prática que a Administração Pública estabeleça na convenção de arbitragem um desenho procedimental mínimo para uma solução de compromisso entre a confidencialidade e a publicidade (SALLES, 2011, p. 283-285), sem deixar de atentar, por outro lado, na devida cautela para que tal desenho não conflite com um juízo arbitral eventualmente eleito por essa própria convenção (CAHALI, 2011, p. 111-112). Em razão disso, a Administração Pública também deve examinar que instituições arbitrais são mais predispostas a esse desenho procedimental mínimo, caso não queira incorrer nos custos adicionais de uma arbitragem *ad hoc* que se adapte a esse desenho. Tal desenho deve expor ao menos:

graves dificuldades financeiras; se o marco regulatório do setor está bem definido ou em constante modificação; se as instituições políticas possuem obstáculos ideológicos fortes em relação àquela contratação; *qual a qualidade do Judiciário e o grau de corrupção; quais as alternativas de saída, ou seja, quais são os mecanismos para resolução de disputas, de que forma o investimento privado estará protegido (ex.: existência de acordo bilateral de investimento)*” (BARROS; BARROS, 2014, grifo nosso).

(i) as obrigações *ex lege* que obriguem ao cumprimento do princípio da publicidade e aquelas que, por outro lado, resguardam o sigilo;

(ii) as obrigações do árbitro fundamentadas no seu dever de discricção;

(iii) as hipóteses em que esse dever pode ceder espaço para que o árbitro permita aos órgãos de controle interno e externo da Administração Pública e a outros terceiros legitimados o acesso a informações do procedimento arbitral; e

(iv) as hipóteses em que a Administração Pública se comprometerá apenas ao dever de transparência, e aquelas em que ela se verá obrigada a dar publicidade ampla ao procedimento arbitral.

Claro que a falta desse desenho procedimental na convenção de arbitragem não impossibilita a aplicação do que acima foi exposto acerca da confidencialidade e da publicidade, pois um ato de negociação processual não invalida regras jurídicas de caráter impositivo. No entanto, esse desenho procedimental pode representar um ganho de eficiência para a Administração Pública – e por isso significa boa prática administrativa –, pois elimina *ex ante* os agentes privados que não estão dispostos a participar do procedimento arbitral nesses termos.

6. Considerações finais

A atribuição de confidencialidade ao procedimento arbitral é reconhecida como uma vantagem comparativa da arbitragem em relação ao processo judicial. No entanto, no direito positivo brasileiro, a Lei nº 9.307/1996 não considera a confidencialidade como algo inerente à arbitragem – muito embora, ao ser feita a distinção entre confidencialidade e privacidade, se tenha apontado que esta última é cer-

tamente uma característica do procedimento arbitral, pois o árbitro deve manter discricção em relação às informações que obteve durante o procedimento arbitral, sendo esse dever uma obrigação jurídica *ex lege*.

No que diz respeito ao princípio da publicidade, verificou-se que ele é da natureza do Estado Democrático de Direito, e a disciplina normativa desse princípio por meio da Lei nº 12.527/2011 concretizou o valor e o significado atribuídos à informação de interesse público, servindo de auxílio para a concretização de outros princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais.

Feitas essas considerações, propôs-se uma solução para o aparente conflito entre o incentivo promovido pela confidencialidade do procedimental arbitral e o princípio da publicidade que nele deve ser observado. Nesse sentido, deve ser averiguada, primeiramente, a natureza do ato ou prevalência do interesse que ele representa, para se definir qual regra jurídica se aplica a ele, uma vez que há regras jurídicas que tanto podem promover a publicidade, quanto resguarda o interesse que se mantenha em sigilo. Com base nisso, constatou-se que o direito positivo brasileiro contém regras jurídicas que dão espaço para a confidencialidade no procedimento arbitral.

Ademais, verificou-se que a privacidade do procedimento arbitral ainda se mantém, mesmo quando esteja nele envolvida a Administração Pública, uma vez que se deve estimular a dinâmica de incentivos próprios para a utilização da arbitragem. No entanto, também se demonstrou que a privacidade do procedimento arbitral não pode impedir que terceiros legitimados ao controle e fiscalização da Administração Pública se utilizem dos instrumentos processuais adequados para que o princípio da publicidade tenha eficácia como *accountability*. Desse modo, é possível que es-

ses terceiros venham a ter acesso a determinadas informações contidas no procedimento arbitral.

Segundo a Lei nº 12.527/2011, o princípio da publicidade também foi desdobrado em dever de transparência e dever de divulgação, traçando-se uma sutil diferença entre esses dois deveres: enquanto o primeiro se expressa apenas por meio da possibilidade de acesso à informação, o segundo impõe que a informação seja levada ao conhecimento do público. Assevera-se também que a repercussão dessa diferença no procedimento arbitral implica que a Administração Pública deve distinguir entre as situações em que lhe incumbe apenas a transparência e aquelas em que ela é obrigada a dar divulgação, visando-se mais uma vez a estimular a dinâmica de incentivos inerente à arbitragem.

Ao fim, ressaltou-se como boa prática a Administração Pública dispor, na convenção de arbitragem, de um desenho procedimental mínimo que satisfaça tanto os interesses de confidencialidade e privacidade quanto a observância do princípio da publicidade, e que assegure ganho de eficiência, ao eliminar *ex ante* os agentes privados que não estejam dispostos a ser partes num processo arbitral que respeite esse desenho.

Sobre o autor

Pedro Irineu de Moura Araújo Neto é mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil; graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil; bolsista da Capes e do CNPq.

E-mail: pedroirineuneto@hotmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês²³

ARBITRATION'S CONFIDENTIALITY AND THE PRINCIPLE OF PUBLICITY

ABSTRACT: The arbitration's confidentiality is a comparative advantage in relation to the judicial process. However, when the public administration is involved in arbitration as a party, a recent legislative amendment of the Act n. 9.307/96 prescribed that the principle of publicity is to be observed. Despite this amendment, it was stated that confidentiality has room even in the event of the Public Administration being a party in arbitration, since there are legal rules that protects the interest of confidentiality. In addition, confidentiality also applies to the referee's duty of discretion, so that the privacy of the arbitration process continues to be a feature that distinguishes it in relation to the publicity given to the judicial process, although this privacy cannot prevent the effectiveness of the principle of

²³ Sem revisão do editor.

publicity as duty of accountability. It was also suggested as good administrative practice to establish in the arbitration agreement, proposed by the Public Administration, a minimum procedure drafting that reflects a compromise between confidentiality and publicity, in order to eliminate ex ante private agents who are not willing to assign it in those terms.

KEYWORDS: CONFIDENTIALITY. ARBITRATION. COMPARATIVE ADVANTAGE. PUBLIC ADMINISTRATION. PRINCIPLE OF PUBLICITY.

Como citar este artigo

(ABNT)

ARAÚJO NETO, Pedro Irineu de Moura. A confidencialidade do procedimento arbitral e o princípio da publicidade. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 53, n. 212, p. 139-154, out./dez. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p139>.

(APA)

Araújo Neto, Pedro Irineu de Moura. (2016). A confidencialidade do procedimento arbitral e o princípio da publicidade. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 53(212), 139-154. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p139

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed., 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

BARROS, Guilherme Freire de Melo; BARROS, Marcelle Franco Espíndola. *Arbitragem no contrato administrativo: parâmetros para uma cláusula arbitral eficiente*. 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3dcf9c448778a2c9>>. Acesso em: 19 maio 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 3. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*: artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário do Congresso Nacional*, 15 set. 1966.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 11 jul. 1992.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 22 jun. 1993.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 14 fev. 1995.

_____. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da União*, 15 maio 1996a.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, 24 set. 1996b.

_____. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2001.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002.

_____. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. *Diário Oficial da União*, 1º fev. 2006.

_____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*, 18 nov. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão da Liminar n. 623. Relator. Min. Ayres Britto. *Diário da Justiça Eletrônico*, 3 ago. 2012.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). *Regulamento de arbitragem: regulamento de mediação*. Paris: Câmara de Comércio Internacional, 2015. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Data/Documents/Buisness-Services/Dispute-Resolution-Services/Mediation/Rules/2012-Arbitration-Rules-and-2014-Mediation-Rules-PORTUGUESE-version/>>. Acesso em: 9 jun. 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 2. ed., rev., atual. e ampl., 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS (UNCITRAL). *UNCITRAL model law on international commercial arbitration: 1985 with amendments as adopted in 2006*. Viena: Nações Unidas, 2008. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2016.

CRETELLA NETO, José. Quão sigilosa é a arbitragem?. *Revista de arbitragem e mediação*, v. 7, n. 25, p. 43-70, abr./jun. 2010.

FITCHTNER, José Antonio. MANNHEIMER, Sérgio Nelson. MONTEIRO, André Luis. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. *Revista de direito privado*, v. 13, n. 49, p. 227-309, jan./mar. 2012.

FRIEDLAND, Paul; MISTELIS, Loukas (Org.). *2010 international arbitration survey: choices in international arbitration*. London: White & Case, 2010. Disponível em: <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123290.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2016.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (ILA). *The Hague conference (2010): international commercial arbitration*. 2010. <<http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/536E81FE-3BC8-4144-A70672729D8A6AA8>>. Acesso em: 9 jun. 2016.

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Contrato administrativo e a lei de arbitragem. *Revista de Direito Administrativo*, v. 223, p. 115-131, jan./mar. 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/48315/46500>>. Acesso em: 19 maio 2016.

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PINHO, José Antonio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Accountability: já podemos traduzi-la para o Português?. *Revista de Administração Pública*, v. 43, n. 6, p. 1343-1368, nov./dez. 2009.
- PUGLIESE, Antônio Celso; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. *Revista direito GV*, v. 4, n. 1, p. 15-27, jan./jun. 2008.
- PINTO, José Emílio Nunes. A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais. *Revista brasileira de arbitragem*, v. 1, n. 1, p. 9-26, jan./mar. 2004.
- _____. Proposta para a preservação do sigilo da arbitragem na execução específica da cláusula compromissória. In: BONFIM, Ana Paula Rocha do (Coord). *Dez anos da lei de arbitragem: aspectos atuais e perspectivas para o instituto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- REINO UNIDO. *John Forster Emmott v. Michael Wilson & Partners Limited [2008] EWCA Civ 184*. 2008. Disponível em: <<http://www.trans-lex.org/301850>>. Acesso em: 9 jun. 2016.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. A arbitragem, os contratos empresariais e a interpretação econômica do direito. *Direito & justiça*, v. 33, n. 1, p. 80-97, jun. 2007.