

# JUSTINO DE OLIVEIRA

## A D V O G A D O S



### **Arbitragem com o Poder Público: da confidencialidade à publicidade e transparência do procedimento arbitral, à luz da Lei Federal n. 13.129/15**

**Gustavo Justino de Oliveira\* e Caio Cesar Figueiroa\*\***

Com o advento da Lei 13.129/2015, as arbitragens que tenham como parte o Poder Público passarão a observar algumas premissas básicas como condição de validade do procedimento de resolução de conflitos.

Uma das mais relevantes destas condições é a **submissão da arbitragem ao princípio da publicidade**, o que *a priori* poderia causar certa estranheza, na medida em que um dos grandes atrativos da arbitragem refere-se justamente à confidencialidade do seu procedimento. O presente artigo busca traçar sucintamente uma evolução da confidencialidade dentro da arbitragem, de modo a demonstrar que ainda que seja um ativo valioso para os procedimentos arbitrais em geral, há uma tendência generalizada de flexibilizar esta característica, sem que o instituto da arbitragem seja desqualificado. Desta maneira, pretende-se expor a maleabilidade do paradigma da confidencialidade em direção a uma maior transparência dos procedimentos arbitrais; e, a partir dessa transparência, o movimento para a publicidade em determinados casos.

Com efeito, é necessário avaliar a seguinte indagação: como conciliar a arbitragem com os princípios da publicidade e transparência? Para que seja possível responder, há uma pergunta subjacente e prejudicial: a confidencialidade faz parte da natureza do instituto da arbitragem? Se a resposta for positiva, então a arbitragem será inconciliável com a questão da publicidade, e, por corolário, inviável de ser utilizada pela Administração. Porém, como tentaremos demonstrar, a confidencialidade não possui esse caráter de essencialidade para a arbitragem.

Em relação aos conceitos de **privacidade e confidencialidade** e à distinção entre eles, percebe-se um maior status da confidencialidade, pois ela diz respeito ao sigilo dos fatos, dos documentos trazidos aos autos, das alegações das partes e das decisões do Tribunal Arbitral, especialmente da sentença. Já a privacidade denota um dever de não interferência no local em que a arbitragem é processada e em seus atos, por exemplo, nas audiências<sup>1</sup>. Daí o entendimento de que a publicidade estaria em oposição à confidencialidade, e não exatamente à privacidade.

---

<sup>1</sup> \*Gustavo Justino de Oliveira é Professor Doutor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP e Árbitro especializado em Direito Público. Sócio-fundador de Justino de Oliveira Advogados ([www.justinodeoliveira.com.br](http://www.justinodeoliveira.com.br))

\*\*Caio Cesar Figueiroa é advogado do escritório Justino de Oliveira Advogados. Especialista em Direito Administrativo e Econômico pela Faculdade de Direito da FGV-SP.

Nas palavras de Selma Lemes: “A **privacidade** está relacionada com o **local** em que a arbitragem é processada e quanto à **matéria** discutida, no sentido de **não permitir a presença de pessoas estranhas nas audiências**. Por sua vez, o **sigilo (confidencialidade)**, refere-se à **sentença arbitral e aos documentos apresentados no processo**, vinculando as pessoas que gerenciaram o processo, os árbitros, procuradores e até as partes” (LEMES, Selma. Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos – Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual? *In RDM* 134:148/163, abr./jun., 2004).

# JUSTINO DE OLIVEIRA

## A D V O G A D O S



Já no que se refere à distinção entre **publicidade e transparência**, a última está relacionada à possibilidade de conhecimento de alguns aspectos dos procedimentos arbitrais por parte da comunidade arbitral e dos novos *players* que pretendam se inserir nesse mercado, enquanto a publicidade diz respeito ao conhecimento por parte da sociedade em geral de questões que sejam de relevante interesse social.

Sobre este último aspecto, enquanto no Judiciário prevalece a regra da publicidade dos litígios que lhe são submetidos, a Arbitragem conta com o sigilo do procedimento, de modo que a lide não prejudique a imagem de uma das partes envolvidas. Denota-se que a confidencialidade está mais relacionada à estruturação do procedimento pelas partes do que condição essencial do instituto. Ainda que considerado um ativo da arbitragem, a regra do sigilo passou a ser objeto de reflexão nas principais jurisdições do *Common Law*<sup>2</sup>.

No Brasil, a Lei Geral de Arbitragem nada dispõe quanto ao regime da confidencialidade, porém consta uma referência explícita ao **dever de discrição dos árbitros** (art. 13, § 6º)<sup>3</sup>. A legislação nacional consagrou a vontade das partes, na medida em que deixou à sua livre escolha as regras essenciais do procedimento. E por isso, a despeito das principais Câmaras de Arbitragem do país disporem em seus regimentos sobre a confidencialidade dos litígios, nada impede que o acordo das partes afaste esta previsão. Vale mencionar, por outro lado, que o Novo Código de Processo Civil<sup>4</sup> pressupõe a possibilidade da confidencialidade para qualquer tipo de litígio arbitral, podendo ensejar segredo de justiça nos processos judicializados desde que comprovada a vontade pelo sigilo do procedimento.

Em franca evolução, todavia, uma tendência de modulação dos efeitos da confidencialidade na arbitragem em geral. As preocupações internacionais com a regra da confidencialidade identificaram uma necessidade de aprimoramento do próprio instituto da arbitragem, enquanto mecanismo litigioso de resolução de conflitos. Pugna-se por maior transparência em prol da comunidade arbitral, de modo a conferir maior **accountability aos Tribunais Arbitrais e legitimidade nas decisões arbitrais** concomitantemente à expansão do conhecimento dos efeitos da arbitragem, possibilitando, por consequência, a entrada de novos *players*. Na medida em que os objetivos da transparência vêm sendo paulatinamente absorvidos dentro desta nova agenda internacional<sup>5</sup>, são notados efeitos positivos nos procedimentos, ao

---

<sup>2</sup> Neste sentido, Alejandro Garro, Professor da *Columbia Law School*, em entrevista concedida à CAMARB, observou quanto ao sigilo e a publicidade do processo judicial: “Uma corte inglesa sustentou que o dever implícito de sigilo se estende a todos os documentos envolvidos na arbitragem, enquanto uma corte americana defende que, a não ser que haja acordo das partes, nenhum sigilo envolve os documentos apresentados ou produzidos na arbitragem” (Boletim Informativo CAMARB, 1º trimestre de 2003).

<sup>3</sup> Lei Federal nº 9.307/96, art. 13, § 6º: “No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”.

<sup>4</sup> Lei Federal nº 13.105/2015, art. 189: “Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: (...) IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo”.

<sup>5</sup> Um exemplo dessa abertura foram os modelos de BITs norte-americano e Espanha-México, NAFTA e CAFTA. Como consequência, o ICSID também passou a incorporar algumas regras de transparência e de publicidade do procedimento arbitral, mas sempre conferindo às partes o poder de decidir a esse respeito.

# JUSTINO DE OLIVEIRA

## A D V O G A D O S



promover maior confiança para as instituições arbitrais, árbitros e inclusive às partes que submetteriam o seu litígio a este procedimento. Mais do que isso, os alcances desta abertura do conteúdo das decisões ensejam a criação de **banco de dados de sentenças arbitrais**<sup>6</sup>. Questiona-se, todavia, se a função destes precedentes poderia vincular uma decisão. Certamente não é este o escopo, mas sim garantir mais segurança ao árbitro, de modo a orientá-lo no momento da decisão: portanto, uma finalidade “terapêutica”<sup>7</sup>.

No ICSID, identifica-se a previsão de mecanismos que integram as *Additional Facility Rules and Arbitration* (AF Rules). Por meio destas normas, as partes podem ajustar a transparência e a confidencialidade do procedimento “sob medida” (*tailor-made*). As partes podem concordar, por exemplo, em tornar públicos os documentos e as audiências. HAFNER-BURTON e STEINER-THRELKELD<sup>8</sup> apontam que, a depender do tipo de investimento, existe uma relação entre maior e menor publicidade do procedimento. Na visão dos autores, as arbitragens envolvendo investimentos de curto prazo (franquia) tendem a possuir aspectos da publicidade mais acentuados, enquanto aquelas que envolvem investimentos de longo prazo (concessões), por suas características de custos e riscos, tendem a criar barreiras quanto à transparência acentuada dos procedimentos.

Todavia, quando a arbitragem tenha por objeto uma lide que envolva o Poder Público, seria este sentido de transparência suficiente? Com a recente reforma da Lei de Arbitragem, a publicidade passou a ser exigida nos procedimentos em que a Administração Pública figure como parte. Esta exigência decorre da própria Constituição, ao estabelecer o princípio da publicidade enquanto máxima a ser observada pelo Poder Público, mormente nos contratos administrativos que celebra. No âmbito infraconstitucional, a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) visa ampliar os instrumentos de controle social por meio da divulgação de dados referentes ao Poder Público, embora, ressalve o sigilo nos casos imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado (art. 23). Ainda em relação ao sigilo de dados do Poder Público, o Decreto nº 7.724/2012 permite que a divulgação de dados de estatais exploradoras de atividade econômica tenha menor abrangência, com o intuito de assegurar sua competitividade bem como os interesses de seus acionistas.

Fato é que apesar destes casos excepcionalíssimos, a publicidade tem a razão de ser em um mandamento de otimização para a Administração Pública, por dois motivos. O primeiro em decorrência de sua natureza enquanto gestora dos interesses e bens coletivos; o segundo, porque

---

<sup>6</sup> Destaca-se a relevância de instituições internacionais como a *Arbitrator Intelligence*, liderada pela CEO Catherine Rogers, que teve a honra de detalhar melhor as atividades da instituição durante o Congresso Anual do CBAr, deste ano. A instituição tenta compilar informações sobre a atividade dos árbitros com o intuito de promover a transparência e aproximar o instituto da arbitragem da comunidade jurídica.

<sup>7</sup> Nesse sentido, LEMES, Selma. Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos – Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual? In RDM 134:148/163, abr./jun., 2004.

<sup>8</sup> HAFNER-BURTON, Emilie Marie; STEINERT-THRELKELD, Zachary; VICTOR, David G. Transparency of Investor-State Arbitration. Available at SSRN 2431522, 2014.

# JUSTINO DE OLIVEIRA

## A D V O G A D O S



a publicidade é medida propulsora da transparência, e fator indispensável para a *accountability* dos agentes públicos<sup>9</sup>.

Em face do exposto, convém responder a inicial questão prejudicial, quanto à confidencialidade enquanto requisito fundamental da Arbitragem. Não parece que esta assertiva seja verdadeira. A questão do sigilo tem uma proximidade maior em relação à estruturação do procedimento, vez que consagra a autonomia da vontade das partes, pressuposto fundamental para convencionar a arbitragem. Vimos também, que a depender da natureza do litígio ou do seu objeto (como nos casos de arbitragem societária que envolva *fato relevante*), o sigilo pode ser relativizado, admitindo-se certo grau de publicidade.

Portanto, é possível sustentar que a **arbitragem é conciliável com a transparência e publicidade**, mas sem sombra de dúvida, isso acarretará problemas de ordem prática, considerando que o litígio engloba uma série de peculiaridades carreadas pelo Direito Público. Assim, diversos serão os questionamentos na fase de implementação da nova exigência de publicidade nos procedimentos arbitrais em que o Poder Público seja parte, por exemplo: (i) somente o laudo arbitral deverá ser público?; (ii) quais atos do procedimento arbitral se submeteriam a nova exigência da publicidade?; (iii) é possível a intervenção do Ministério Público?; (iv) os órgãos de controle da Administração devem ser participados da arbitragem?; (v) é possível a intervenção de entidades associativas como *amicus curiae*?; (vi) as Câmaras Arbitrais também passam a observar o dever de publicidade?

Muitos são os desafios para se conhecer a extensão e a intensidade da publicidade nos processos arbitrais envolvendo o Poder Público. Há parâmetros internacionais, transnacionais e de direito estrangeiro que poderão servir de referência para o contexto brasileiro. Todavia, somente a prática e o dia-a-dia da arbitragem, no âmbito da reforma da Lei de Arbitragem, estarão aptas a solucionar estes questionamentos em nosso espaço doméstico, valendo registrar por ora que eventuais posicionamentos da comunidade arbitral, do Judiciário e da doutrina nacional deverão primar pela razoabilidade e prevenção de excessos, a fim de evitar a descaracterização do instituto da arbitragem. Sigamos em frente!

---

<sup>9</sup> “Seguramente, o maior receio presente na discussão referente à utilização da arbitragem em relação a contratos administrativos é de ela servir como um meio de neutralizar os mecanismos de *accountability* aos quais deve democraticamente estar submetida toda a ação do Poder Público. Imagina-se sua utilização para isolar, em um campo privado e confidencial, decisões que deveriam estar submetidas ao controle público” (SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em Contratos Administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 2011).