

A CONFIDENCIALIDADE NA ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Isabela de Assis Godoy¹

Eveline Denardi²

Resumo: Este artigo analisa os efeitos da confidencialidade arbitral em procedimentos com a Administração Pública Brasileira sob três perspectivas, interseccionando estas óticas e a publicidade inerente à Administração. Inicialmente, se demonstra a relevância da confidencialidade na arbitragem. Depois são confrontados dispositivos de Regulamentos de Câmaras Arbitrais sobre sigilo. Em seguida, a confidencialidade é abordada sob três óticas: pessoal: quem deve obedecer à regra de confidência; material: o que deve ser sigiloso; e temporal: período de manutenção do sigilo. A reflexão última será sobre o posicionamento da Administração Pública à luz das óticas exploradas, concluindo-se pela compatibilidade da Administração com a arbitragem.

Palavras-chave: Confidencialidade. Arbitragem. Administração Pública.

THE CONFIDENTIALITY IN ARBITRATIONS WITH THE BRAZILIAN PUBLIC ADMINISTRATION

¹ Pós-graduada em Direito Digital e Compliance (2020) pelo Instituto Damásio de Direito (Damásio) Graduada em Direito (2018) pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Mestranda em Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos pela Escola Paulista de Direito (EPD).

² Doutora (2012) e Mestre (20018) em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) Graduada em Jornalismo (1998) e em Direito (2004), ambos pela PUC-SP. Professora na Escola Paulista de Direito (EPD).

Abstract - This article analyzes the effects of arbitration confidentiality in procedures with the Brazilian Public Administration from three perspectives, intersecting these perspectives and the publicity inherent to the Administration. Initially, the relevance of confidentiality in arbitration is demonstrated. Afterwards, Arbitration Chamber Regulations on confidentiality are confronted. Then, confidentiality is approached from three perspectives: personal: who must obey the confidentiality rule; material: what must be confidential; and temporal: period of confidentiality maintenance. The final pondering will be on the position of the Public Administration in light of the explored optics, concluding for the compatibility between the Administration and arbitration.

Keywords: Confidentiality. Arbitration. Public Administration.

Sumário: 1. Introdução. 2. A relevância da confidencialidade na escolha da via arbitral para solução do conflito. 3. O caráter historicamente privado da arbitragem e confidencialidade arbitral. 4. Extensão da confidencialidade à luz dos regulamentos de Câmaras Arbitrais. 4.1. Pessoalidade da confidencialidade arbitral: quem tem o dever de sigilo. 4.2. A materialidade da confidencialidade arbitral: o que deve ser sigiloso. 4.3. A temporalidade da confidencialidade arbitral: quando deve ser sigiloso. 5. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO



om a redação da Lei n. 13.129 de 2015 conferida à Lei n. 9.307 de Setembro de 1996 (Lei de Arbitragem), tornou-se possível a solução de conflitos com a Administração Pública por meio da arbitragem³. Ao

³ BRASIL. Lei n. 9.307 de Setembro de 1996 com a redação dada pela Lei n. 13.129 de 2015 – Artigo 1º, § 1º “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se

possibilitar a utilização pela Administração Pública da arbitragem, a lei também impôs que, nestes casos, fosse respeitado o princípio da publicidade⁴.

Como será demonstrado, embora não exista universalidade nem homogeneidade internacional tampouco nacional sobre a aplicação da confidencialidade na arbitragem, essa é uma forte característica desse meio de solução de conflito, estando presente nas mais diversas formas, em variados níveis de abrangência em rigidez em diversas Câmaras Arbitrais.

O princípio da publicidade no direito brasileiro impõe à Administração Pública a transparência como regra. Este princípio não é um fim em si mesmo, mas uma forma de possibilitar *accountability* servindo para auxiliar na concretização de outras normas⁵. Neste sentido se posiciona Celso Ribeiro 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 administrativos⁶.

Definido o caráter veicular da publicidade enquanto meio à finalidade de responsabilização de forma de concretização da *accountability*, as limitações à confidencialidade arbitral devem possibilitar essa prestação de contas da Administração, não a mera transparência por si própria.

Esclarecida a natureza do princípio da publicidade da Administração Pública, deve-se então olhar para a

da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

⁴ BRASIL. Lei n. 9.307 de Setembro de 1996 com a redação dada pela Lei n. 13.129 de 2015 – Artigo 2º, § 3º “A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.”

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 83.

⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 3. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 44.

confidencialidade arbitral para entender a relevância deste instituto e as formas como ele é utilizado, a fim de se traçar uma intersecção equilibrada entre a confiança arbitral e a publicidade Administrativa.

2 A RELEVÂNCIA DA CONFIDENCIALIDADE NA ESCOLHA DA VIA ARBITRAL PARA SOLUÇÃO DO CONFLITO

A confidencialidade é costumeiramente mencionada como uma das vantagens da arbitragem comercial. Em pesquisa conduzida pela Queen Mary University of London e a School of International Arbitration⁷, a confidencialidade ficou em 5º lugar no *ranking* de características mais importantes da arbitragem internacional.

Esta pesquisa foi realizada entre outubro e dezembro de 2017 e conduzida por diversos juristas, dentre eles professores, pesquisadores, advogados, acadêmicos e atuantes da arbitragem em geral.

A fase quantitativa da pesquisa foi respondida por 922 voluntários, dentre os quais 66% afirmaram terem participado de 5 ou mais arbitragens, grupo de respondentes composto por advogados, árbitros e outros atuantes da arbitragem. Na fase qualitativa da pesquisa foram conduzidas 142 entrevistas presenciais ou telefônicas com um grupo diverso de praticantes da área arbitral de papeis, experiência e níveis hierárquicos variados, incluindo respondentes de 30 países e de 42 cidades de todos os continentes (exceto a Antártica).

Quando este grupo atuante da área arbitral e diverso em sua composição foi questionado sobre quais seriam as três características mais importantes na arbitragem internacional, a confidencialidade ocupou o 5º lugar, com 36% de votos, sendo

⁷ QUEEN Mary University of London. School of International Arbitration. *2018 International Arbitration Survey: the evolution of international arbitration*, p. 07. Disponível em: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>. Acesso em: 05 abr. 2020.

alocada inclusive em posição muito superior à celeridade, que ocupou o 8º lugar.

No sistema jurídico brasileiro, é muito comum encontrar juristas que enxergam no Poder Judiciário um sistema afogado, congestionado pela avassaladora quantidade de litígios iniciados. Ao final de 2018, foram contabilizados 78,7 milhões de processos em tramitação, conforme relatório anual do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁸.

Face à sobrecarga do sistema judicial tornaram-se corriqueiras as críticas à morosidade de tramitação e solução dos conflitos, de modo que a arbitragem passou a ser divulgada por litigantes como um caminho mais veloz e, portanto, mais adequado para resolver certas demandas⁹.

Ainda assim, arbitralistas do mundo todo elegeram a confidencialidade elemento quase duas vezes mais importante que a própria celeridade. Na mesma pesquisa, quando questionado diretamente sobre a importância da confidencialidade na arbitragem comercial internacional, 40% do público consultado respondeu que essa é uma característica extremamente importante e mais 33% afirmaram que esta característica é importante¹⁰.

Estes dados demonstram a grande relevância da confidencialidade arbitral para sua comunidade. Na prática o instituto serve para preservar diversos elementos do processo arbitral: documentos que contenham segredos industriais, demonstrações de contas, negociações em aberto, testemunhas, o próprio tráfego dos autos e as audiências.

⁸ CONSELHO Nacional de Justiça. *Justiça em números 2019*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁹ SARDA, Fábio W. Arbitragem – uma solução para nosso judiciário. *Blog Migalhas de Peso*. 26 de março de 2008. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/56876/arbitragem-uma-solucao-para-nosso-judiciario>. Acesso em: 30 abr. 2020.

¹⁰ QUEEN Mary University of London. School of International Arbitration. 2018 *International Arbitration Survey: the evolution of international arbitration*. Disponível em: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>. Acesso em: 05 abr. 2020.

3 O CARÁTER HISTORICAMENTE PRIVADO DA ARBITRAGEM E CONFIDENCIALIDADE ARBITRAL

Por muito tempo a comunidade internacional não realizou grandes questionamentos sobre a confidencialidade, uma vez que a natureza privada dos procedimentos arbitrais impunha por si um dever de sigilo. Isto se manteve até o início da década de 1980, quando algumas cortes nacionais começaram a promulgar entendimentos diversos¹¹.

Neste momento, cortes soberanas passaram a diferenciar o caráter privado das Câmaras Arbitrais da tramitação privativa dos procedimentos, questionando a natureza confidencial dos litígios na arbitragem.

Desta ruptura sobrevieram interpretações muito distintas sobre a confidencialidade na arbitragem. No caso *Esso v. Plowman*¹², a Alta Corte Australiana entendeu que a confidencialidade não era um atributo essencial da arbitragem. Nos Estados Unidos, no processo *U.S. v. Panhandle*¹³, ficou entendido que não havia um princípio geral de confidencialidade arbitral, enquanto na Suíça, em *Bulbank v. A.I. Trade Finance*¹⁴, a Suprema Corte julgou pela existência de um dever implícito de confidencialidade nas arbitragens comerciais internacionais.

Atualmente o cenário internacional é completamente diverso a respeito da natureza da confidencialidade dentro do universo arbitral. Algumas cortes entendem como princípio geral

¹¹ MEZA-SALAS, Marlon. Confidentiality in International Commercial Arbitration: truth or fiction? *Kluwer Arbitration Blog*, 23 set. 2018. Disponível em: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/09/23/confidentiality-in-international-commercial-arbitration-truth-or-fiction/?doing_wp_cron=1592930148.5841341018676757812500 Acesso em: 01 maio 2020.

¹² *Esso and others v. Plowman* (1995) 128 A.L.R. 391 — High Court of Australia.

¹³ *U.S. v. Panhandle et al.* (1988) 118 F.R.D. 346 (D. Del) — in United States.

¹⁴ *Bulbank v. A.I. Trade Finance* (2000) The Supreme Court of Sweden, case T1881-99.

ou elemento característico essencial da arbitragem enquanto outras desconsideram qualquer relevância ou impacto deste sigilo.

É importante entender como se posicionam as cortes locais sobre a confidencialidade porque, em última instância, ainda que a Câmara Arbitral cumpra ou estabeleça todo e qualquer nível de sigilo, a intervenção final do Poder Judiciário se sobreporá a qualquer posicionamento das respectivas câmaras. Inclusive, na referida pesquisa da Queen Mary University, a intervenção de cortes nacionais foi votada a 6ª pior característica da arbitragem¹⁵, tamanha a interferência que os tribunais soberanos podem causar nos procedimentos arbitrais.

No Brasil não existe disposição legal específica a respeito da confidencialidade ou dever de sigilo arbitral. A única previsão legal mencionada para embasar debates a respeito dessa característica é o Artigo 13, §6º da Lei de Arbitragem que aborda o dever de discrição dos árbitros¹⁶.

Sem grandes elaborações legais a respeito da confidencialidade, ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência definir e delimitar a natureza, os atributos, as características e a extensão da confidencialidade arbitral. Nesse sentido, doutrinadores pátrios uma vez já se manifestaram sobre a interpretação deste dever de discrição como dever de sigilo, inclusive abarcando a administração do procedimento arbitral, isto é, a câmara e demais envolvidos, nesta discrição imposta ao árbitro¹⁷. Mas esta interpretação não se sustentou por muito tempo e obras mais atuais

¹⁵ QUEEN Mary University of London. School of International Arbitration. 2018 *International Arbitration Survey: the evolution of international arbitration*. Disponível em: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>. Acesso em: 05 abr. 2020.

¹⁶ BRASIL. Lei n. 9.307, de Setembro de 1996. Artigo 13º, § 6º “No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.”

¹⁷ FITCHNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luis. A confidencialidade na reforma da lei de arbitragem. In: ROCHA, Caio Vieira; SALOMÃO, Luis (coord.). *Arbitragem e mediação – a reforma da legislação brasileira*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

de mesma autoria apresentaram posicionamento diverso¹⁸.

Carlos Alberto Carmona, em seus comentários à Lei de Arbitragem, distingue fortemente dever de discricção legal e confidencialidade arbitral. Recorda que a arbitragem no Brasil não detém confidencialidade inerente, devendo esta previsão constar do regulamento da instituição arbitral competente para julgar o procedimento¹⁹.

Por esta ausência de disposição legal que a regule, não é possível afirmar que existe um princípio brasileiro de confidencialidade arbitral, tampouco um dever inerente de sigilo apenas pelo caráter privado destes procedimentos. No Brasil, a confidencialidade é regra imposta por cada uma das Câmaras Arbitrais através de seus respectivos regulamentos, conforme definido pelo autor.

Assim, para que seja possível um estudo a respeito da extensão da confidencialidade nas arbitragens nacionais ou processadas no Brasil, deve-se voltar aos regulamentos das Câmaras Arbitrais.

4 EXTENSÃO DA CONFIDENCIALIDADE À LUZ DOS REGULAMENTOS DE CÂMARAS ARBITRAIS

Não seria possível realizar um levantamento completo dos diversos regulamentos existentes no Brasil, face à multitude de Câmaras Arbitrais existentes. Portanto, será feita uma exposição de alguns destes regulamentos existentes, cujas Câmaras possuem relevante volume de procedimentos arbitrais em andamento.

Para efeitos comparativos, cita-se o excerto a respeito da confidencialidade trazido nos próximos regulamentos.

O Centro de Arbitragem e Mediação Brasil-Canadá

¹⁸ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 595.

¹⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 246.

(“CCBC”) determina:

14.1. O procedimento arbitral é sigiloso, ressalvadas as hipóteses previstas em lei ou por acordo expresso das partes ou diante da necessidade de proteção de direito de parte envolvida na arbitragem.

14.2. É vedado aos membros do CAM-CCBC, aos árbitros, aos peritos, às partes e aos demais intervenientes divulgar quaisquer informações a que tenham tido acesso em decorrência de ofício ou de participação no procedimento arbitral.²⁰

A International Chamber of Commerce (“ICC”) impõe:

Artigo 6: Confidencialidade

O trabalho do Tribunal é de natureza confidencial que deve ser respeitada por todos os participantes neste trabalho em qualquer capacidade. O Tribunal estabelece regras a respeito das pessoas que podem comparecer a reuniões do Tribunal e seus Comitês e quem tem direito a acessar materiais relacionados ao trabalho do Tribunal e seu Secretariado²¹ (tradução nossa)

A Amcham Brasil (“Amcham”) preconiza:

ARTIGO 10 – SIGILO

Todos os trabalhos e documentos do Centro de Arbitragem e Mediação AMCHAM, incluindo audiências, sessões do Conselho Consultivo etc., têm caráter confidencial. O caráter confidencial dos trabalhos e dos documentos do Centro será respeitado por todos os membros do Centro, os membros do Conselho Consultivo, assim como por todas as pessoas que tenham acesso aos trabalhos do Centro²².

A Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CI-ESP FIESP (“FIESP”) rege:

²⁰ CENTRO de Arbitragem e Mediação Brasil – Canadá. *Regulamento de Arbitragem* | 2012. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-2012/>. Acesso em: 20 maio 2020.

²¹ “Article 6: Confidentiality The work of the Court is of a confidential nature which must be respected by everyone who participates in that work in whatever capacity. The Court lays down the rules regarding the persons who can attend the meetings of the Court and its Committees and who are entitled to have access to materials related to the work of the Court and its Secretariat.”. INTERNATIONAL Chamber of Commerce. *Arbitration rules*. Disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/> Acesso em: 20 maio 2020.

²² AMCHAM Brasil. *Arbitragem e mediação*. Regulamento de Arbitragem Novo. Disponível em: <https://www.amcham.com.br/o-que-fazemos/arbitragem-e-mediacao>. Acesso em: 20 maio 2020.

10.6. É vedado aos membros da Câmara, aos árbitros e às partes divulgar informações a que tenham tido acesso em decorrência de ofício ou de participação no procedimento arbitral, salvo em atendimento à determinação legal²³.

A Brasil Bolsa Balcão (“B3”) manda:

9.1 Sigilo. O procedimento arbitral é sigiloso, devendo as partes, árbitros e membros da Câmara de Arbitragem abster-se de divulgar informações sobre seu conteúdo, exceto em cumprimento a normas dos órgãos reguladores, ou previsão legal²⁴.

Face a esta aglutinação simplificada das diversas normativas arbitrais, a percepção das semelhanças e das diferenças se torna mais fácil. Assim, serão analisados três aspectos dos regulamentos sobre confidencialidade: pessoal, para avaliação de quem dentre os diversos participantes do procedimento arbitral tem o dever de sigilo; material, para compreender o que dentro do procedimento deve ser mantido sob sigilo; e temporal, para avaliar a extensão da confidencialidade no tempo.

4.1 PESSOALIDADE DA CONFIDENCIALIDADE ARBITRAL: QUEM TEM O DEVER DE SIGILO

Sobre quem deve respeitar a confidencialidade do procedimento arbitral a CCBC traz regulamento muito abrangente, afirmando ser “vedado aos membros do CAM-CCBC, aos árbitros, aos peritos, às partes e aos demais intervenientes divulgar quaisquer informações a que tenham tido acesso em decorrência de ofício ou de participação no procedimento arbitral”²⁵. Desta linguagem conclui-se que absolutamente todas as partes

²³ CÂMARA de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP FIESP. *Regulamento de Arbitragem*. Disponível em: <https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/regulamento.html>. Acesso em: 20 maio 2020.

²⁴ BRASIL Bolsa Balcão. Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM). *Regulamento*. Disponível em: http://www.b3.com.br/pt_br/b3/qualificacao-e-governanca/camara-de-arbitragem-do-mercado-cam/regulamentacao/. Acesso em: 20 maio 2020.

²⁵ CENTRO de Arbitragem e Mediação Brasil – Canadá. *Regulamento de Arbitragem | 2012*. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-2012/>. Acesso em: 20 maio 2020.

envolvidas em qualquer momento, instância ou papel na arbitragem são obrigadas ao sigilo imposto pelo regulamento.

A AMCHAM também tem um regulamento extenso como o anterior, obrigando “todas as pessoas que tenham acesso aos trabalhos do Centro”²⁶ à manutenção da confidencialidade.

A FIESP e a B3 têm regulamentos similares quanto a quem deve respeitar a confidencialidade, em ambos limitando esta obrigatoriedade à Câmara, árbitros e partes do respectivo procedimento arbitral.

A ICC, por outro lado, delimita uma confidencialidade muito menos abrangente quanto aos participantes do procedimento, vinculando somente a Câmara ao sigilo: “O trabalho do Tribunal é de natureza confidencial e deve ser respeitado por todos que participam deste trabalho em qualquer capacidade”²⁷ (tradução nossa). Ao abordar a confidencialidade, a ICC se refere especificamente ao trabalho desenvolvido pela Câmara e àqueles que participam deste trabalho. Portanto, além do árbitro, somente as pessoas que trabalharem na secretaria ou representarem a Câmara em qualquer instância durante o procedimento têm o dever de confidencialidade.

Conforme os dois primeiros regulamentos destrinchados, CCBC e AMCHAM, absolutamente todas as partes têm o dever de sigilo. Isso envolve uma ampla gama de personagens: partes, árbitros, membros da Câmara, peritos, assistentes, jornalistas, repórteres, tradutores, assistentes, testemunhas, representantes, advogados e conselheiros consultivos. Enfim, toda e qualquer pessoa que tenha acesso a qualquer informação referente ao material descrito como sigiloso pelo regulamento deve respeitar a confidencialidade.

A FIESP e a B3, ao limitarem a confidencialidade à

²⁶ AMCHAM Brasil. *Arbitragem e mediação*. Regulamento de Arbitragem Novo. Disponível em: <https://www.amcham.com.br/o-que-fazemos/arbitragem-e-mediacao>. Acesso em: 20 maio 2020.

²⁷ “The work of the Court is of a confidential nature which must be respected by everyone who participates in that work in whatever capacity”.

Câmara, árbitros e partes, não protegem completamente o sigilo do procedimento, tampouco possibilitam uma transparência plena da arbitragem.

Por último, a ICC somente regula seu próprio dever de confiança, determinando que a Câmara e seus diversos representantes são obrigados ao sigilo, mas deixando as partes livres para atuarem de forma diversa.

Sem qualificar as diferentes características das regulamentações trazidas, relevante destacar que não há previsão legal que imponha a confiança e tampouco existe homogeneidade nos regulamentos das Câmaras Arbitrais. Neste sentido, questiona-se a existência de alguma limitação aos entes públicos de utilizarem Câmaras cujo regulamento implica em total confidencialidade a todos os envolvidos.

As evidências materiais mostram que não há impedimento à Administração Pública de se utilizar de Câmaras como a CCBC com regulamentações rígidas, visto que nesta mesma Câmara são processadas demandas em que são partes entes da Administração Pública Direta brasileira²⁸.

Inclusive, para demonstrar a flexibilidade dos regulamentos, a CCBC emitiu a Resolução Administrativa n. 15/2016²⁹ visando determinar as diretrizes específicas de publicidade em procedimentos com a Administração Pública Direta.

O que se vê nesta resolução, porém, não é a flexibilização dos atuantes do procedimento que podem deixar de observar o sigilo processual, mas a estipulação de quais atos e documentos poderão ser públicos. Deve-se, portanto, observar a matéria da

²⁸ CENTRO de Arbitragem e Mediação Brasil – Canadá. *Arbitragens com a Administração Pública Direta*. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/arbitragem-com-adm/>. Acesso em: 01 jun. 2020.

²⁹ CENTRO de Arbitragem e Mediação Brasil – Canadá. *Resolução Administrativa 15/2016*. Princípio da publicidade em arbitragens que envolvem a Administração Pública Direta. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-15-2016-publicidade-em-procedimentos-com-a-adm-publica-direta/>. Acesso em: 01 jun. 2020.

confidência, isto é, o que deve ser sigiloso.

4.2. A MATERIALIDADE DA CONFIDENCIALIDADE ARBITRAL: O QUE DEVE SER SIGILOSO

Voltando aos excertos de regulamentos, é possível observar dois grupos básicos: CCBC, FIESP e B3 que caracterizam a totalidade do procedimento arbitral como sigiloso; e AMCHAM e ICC que caracterizam os trabalhos e documentos decorrentes da Câmara como confidenciais.

O sigilo do procedimento arbitral se trata de uma confidencialidade global, podendo se estender desde a própria existência do procedimento, passando por todos os documentos nele existentes ou para ele produzidos, todos os atos realizados em razão do procedimento como periciais, oitivas, audiências e julgamentos, até a sentença arbitral.

Internacionalmente, já existem casos como *AAV v. AAZ*, julgado pela Suprema Corte de Singapura, em que restou reconhecido que a não informação das partes auxilia na manutenção da confidência e proteção do procedimento arbitral³⁰.

Neste sentido, a Resolução Administrativa 15/2016 da CCBC, ao dispor sobre normas específicas em relação a procedimentos com a Administração Pública Direta, flexibiliza a extensão da confidencialidade quanto à matéria:

Artigo 1º – Nos procedimentos arbitrais em que são partes entes da administração pública direta, com o intuito de atender ao princípio da publicidade previsto no art. 2º, § 3º, da Lei n. 9.307/96, as partes, no Termo de Arbitragem, disporão sobre quais informações e documentos poderão ser divulgados e a forma a ser adotada para torná-los acessíveis a terceiros.

³⁰ MAYANK, Samuel. Confidentiality in International Commercial Arbitration: Bedrock or Window-Dressing? *Kluwer Arbitration Blog*. University of Law, Hyderabad. 21 fev. 2017. Disponível em: http://arbitrationblog.kluwarbitration.com/2017/02/21/confidentiality-international-commercial-arbitration-bedrock-window-dressing/?doing_wp_cron=1592947851.6216819286346435546875. Acesso em: 01 maio 2020.

Parágrafo Único – Tal disposição deverá considerar os aspectos administrativos do CAM-CCBC e respeitar o sigilo protegido por lei, segredos comerciais, documentos de terceiros, contratos privados com cláusula de confidencialidade e matérias protegidas por direitos de propriedade intelectual.

Artigo 2º – O Tribunal Arbitral decidirá sobre os pedidos formulados por qualquer das partes a respeito do sigilo de documentos e informações protegidos por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das partes.

Artigo 3º – O CAM-CCBC poderá informar terceiros sobre a existência de procedimento arbitral, a data do requerimento de arbitragem e o nome das partes, podendo inclusive disponibilizar esses dados no *site* do CAM-CCBC.

Parágrafo 1º – O CAM-CCBC não fornecerá documentos e demais informações a respeito do procedimento.

Parágrafo 2º – As audiências do procedimento arbitral serão reservadas às partes e procuradores, observado o disposto pelas partes no Termo de Arbitragem.

Artigo 4º – Toda e qualquer informação complementar ou fornecimento de documentos, observados os limites legais e o disposto no Termo de Arbitragem, serão de competência da parte no procedimento arbitral que integra a administração pública direta, consoante a legislação que lhe é aplicável.

A alteração mais substancial realizada ao regulamento para se adaptar à participação da Administração Pública é basicamente uma só: a possibilidade de revelação sobre a existência do procedimento e qual parte da Administração pública nele participa.

Os demais artigos da resolução apenas reforçam um direito que as partes já detinham de pactuar quais documentos podem e devem ser disponibilizados em prol da transparência.

Da completude desta análise fica muito claro que, embora não exista uniformidade de entendimento a respeito do caráter, natureza ou extensão da confidencialidade nacional ou internacionalmente, sua aplicação pode ser profundamente extensa e genérica a ponto de mesmo com a flexibilização de regulamentos das Câmaras mais rígidas ainda parecer que há uma falta de transparência possivelmente conflitante com a

publicidade necessária à Administração Pública.

Para que se possa afirmar se este conflito é intransponível, resta ainda a reflexão sobre uma última abordagem da confidencialidade: a temporal.

4.3. A TEMPORALIDADE DA CONFIDENCIALIDADE ARBITRAL: QUANDO DEVE SER SIGILOSO

O início do sigilo imposto ao procedimento arbitral só pode existir uma vez que se busque a instauração do procedimento. É impossível, portanto, falar sobre um dever de confidência que anteceda este momento.

Para estudar a questão da confidencialidade em relação à Administração Pública na arbitragem parece pouco interessante debater o momento de início deste dever, porém extremamente relevante entender em que momento ele termina.

Cortes como as dos Estados Unidos e da Austrália entendem que a aplicabilidade da confidencialidade na arbitragem é uma questão diretamente relacionada à natureza do procedimento, mas que também é incorreto presumir que toda informação apresentada durante a arbitragem permanecerá confidencial³¹.

No Brasil, como já visto, não há disposição legal acerca da confidencialidade, tampouco do lapso temporal que deveria ser respeitado para manutenção deste sigilo. As resoluções trazidas a título exemplificativo também não abordam nenhum limitador temporal dos sigilos impostos.

Neste sentido, a confidencialidade se reveste de um caráter eterno que deve ser ilimitadamente guardado. Em

³¹ MAYANK, Samuel. Confidentiality in International Commercial Arbitration: Bedrock or Window-Dressing? *Kluwer Arbitration Blog*. University of Law, Hyderabad. 21 fev. 2017. Disponível em: http://arbitrationblog.kluwarbitration.com/2017/02/21/confidentiality-international-commercial-arbitration-bedrock-window-dressing/?doing_wp_cron=1592947851.6216819286346435546875. Acesso em: 01 maio 2020.

princípio, o que se extrai da Resolução Administrativa da CCBC é o entendimento de que, na ausência de manifestação das partes em prol da publicidade de um documento ou ato, este deverá ser mantido confidencial em consonância com o Regulamento, que por si não dispõe limite de tempo ao dever de sigilo.

Em se tratando de procedimentos arbitrais com a Administração Pública, a temporalidade da confidencialidade pode ser chave para o equilíbrio entre o sigilo da arbitragem e a transparência necessária da Administração.

Isto porque um procedimento poderia, por exemplo, correr em completo sigilo até a promulgação de sentença arbitral, possibilitando paridade de armas entre a parte privada e a parte pública, ou até evitando interferências e interjeições populares a procedimentos entre dois entes públicos de mesma nacionalidade ou não, sendo totalmente divulgado quando sobreviesse a sentença e eventuais pedidos de esclarecimentos.

Não há, porém, especificações legais quanto ao momento de fim do sigilo, tampouco está presente nos regulamentos a duração da confidencialidade seja ela entre entes privados, seja com o envolvimento da Administração Pública.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Introdutoriamente, foi apresentado com brevidade o princípio da publicidade que a Administração Pública brasileira tem o dever de atender, demonstrando-se que este princípio não é um fim em si mesmo, mas somente o meio para responsabilizar a Administração ou *accountability*.

Em seguida foi demonstrada a relevância nacional e internacional da confidencialidade enquanto característica da arbitragem. Embora não se possa afirmar que este elemento seria próprio da natureza intrínseca do processo arbitral, a comunidade arbitralista vê neste instituto grande relevância, especialmente considerando que a arbitragem, enquanto meio privado,

requer a voluntariedade da escolha das partes em eleger este meio como adequado para a solução de seu conflito.

Neste sentido, a importância que os envolvidos imputam à confidencialidade se mostra relevante para compreender o que direciona um conflito para este meio de solução. A ausência desta característica poderia trazer a busca por outro meio mais adequado a contemplar a necessidade de sigilo das partes.

Portanto, ainda que não seja intrínseco à arbitragem, o instituto da confidencialidade é importante àqueles que optam por este meio a ponto de não poder ser completamente abandonado na presença da Administração Pública.

Por isto se fez necessário entender como o sigilo arbitral é aplicado dentro das Câmaras, sua extensão e profundidade, para que se pudesse compreender de fato como seria possível equilibrar a publicidade da Administração e a confidencialidade da arbitragem.

Da análise de alguns regulamentos de Câmaras Arbitrais com sede no Brasil, foram extraídos três principais aspectos do sigilo.

Primeiro o aspecto pessoal, referente a quem deve respeitar a confidencialidade dos procedimentos. Como demonstrado, não há uniformidade entre os regulamentos trazidos da aplicação do sigilo nesta ótica. Alguns regulamentos se mostrando extremamente rígidos e abrangentes, obrigando absolutamente todas as partes que possam ter qualquer contato a qualquer momento, em qualquer nível e qualquer que fosse seu papel a obedecer a regra do sigilo. Outros vinculando somente a própria Câmara e seus diversos funcionários à confidencialidade.

Em seguida, virando o caleidoscópio da confidência para outro ponto de vista, observou-se que além da definição de quem deve respeitar esse dever, também importa o que deve ser mantido confidencial. Na análise deste aspecto material, a conclusão extraída foi que há uma flexibilidade à confidencialidade dentro desta segunda perspectiva, podendo as partes acordarem o que

pode ou deve ser divulgado.

Aqui também exsurge o debate sobre a extensão da confidencialidade, que pode ir desde a própria existência do processo arbitral, incluindo a não divulgação do nome das partes, até a totalidade de documentos e atos. Quanto à Administração Pública, uma das soluções encontradas para equilibrar a publicidade e o sigilo foi a divulgação da existência do procedimento e do nome das partes nele envolvidos, junto à mencionada possibilidade de acordo entre as partes sobre outros elementos a serem divulgados.

Por último, a temporalidade do sigilo foi alvo de reflexão, aspecto mais extenso de todos, uma vez que não há limitação expressa ao período de manutenção da confidência. Inexistindo disposição legal em contrário, pela análise dos regulamentos das Câmaras, o que se entende é um dever eterno de sigilo a ser obedecido por todas as partes determinadas.

Considerando todos os aspectos abordados sobre a confidencialidade, junto à compreensão da publicidade da Administração Pública como meio para *accountability*, resta entender como é possível a aplicação ou a flexibilização destes vieses nos procedimentos arbitrais que incluam entes públicos.

O aspecto da pessoalidade do sigilo se mostra de grande relevância ao conflito com a publicidade, porque a responsabilização Administrativa não se perfaz simplesmente em razão das pessoas que atuam no procedimento em sua representação, mas sim em razão da forma e do conteúdo apresentados.

Neste sentido o segundo aspecto ganha importância. Para fins de *accountability*, o acesso a certos documentos e atos é fundamental. Por exemplo, aos Tribunais de Contas será interessante consultar o valor dado à causa, uma vez que isto interfere diretamente nas custas a serem recolhidas, igualmente os valores pagos para a realização de uma perícia técnica também serão importantes, assim como os valores pagos a assistentes técnicos.

Quanto à matéria a ser divulgada, deve-se partir da regra

de sigilo conforme predisposta pelo regulamento da Câmara e aplicar-se a flexibilização visando viabilizar a responsabilização da Administração.

Por último, o derradeiro aspecto da confidencialidade é sua extensão no tempo. A princípio não há estipulação de fatores terminativos do direito ou dever de sigilo, mas este pode ser o elemento mais relevante de flexibilização quando da participação da Administração Pública.

Isto porque o processo arbitral pode ser temporariamente sigiloso, possibilitando a *accountability* dos atos da Administração Pública em momento posterior. Esta limitação poderia ter o condão de utilizar a confidencialidade não somente como proteção de informações dos autos, mas também do próprio andamento da arbitragem, garantindo que enquanto durar certo ato ou a totalidade do processo não haverá interferências externas que atrasem, interrompam ou interfiram na arbitragem.

Um exemplo da utilização temporária da confidência que pode auxiliar no andamento da arbitragem é a realização de audiências de instrução e julgamento sob sigilo. Esta prática permitiria às partes, seus procuradores, representantes e testemunhas o devido foco na exposição dos fatos e argumentos aos árbitros ali presentes, sem a preocupação com espectadores muitas vezes com opiniões populares e sem interesse direto ou poder decisório sobre a causa. Terminada a audiência, findo o sigilo, será possível divulgar gravações de todo o ocorrido, equilibrando confidência e publicidade com finalidade de *accountability*.

Outro exemplo de utilização temporária da confidencialidade que pode favorecer o andamento processual, sem prejudicar a futura publicidade de responsabilização da Administração é no momento da realização de perícias físicas ou *in loco*. O sigilo sobre o local e o momento da realização teria o condão de evitar manifestações populares que podem ser prejudiciais ao andamento do processo e apenas retardariam a produção de uma

prova necessária. No entanto, a divulgação posterior possibilitaria responsabilizar a Administração pelos valores dispendidos na realização da perícia ou inclusive a própria requisição deste meio de prova.

Também por uma questão de paridade de armas não existiria sentido obrigar a Administração à imediata publicidade de todos os seus atos e documentos, enquanto outra parte não tem o mesmo dever legal. A terminação futura da confidencialidade proporciona à Administração paridade de defesa dentro da arbitragem, sem afastar sua responsabilização, uma vez que o procedimento esteja terminado.

Portanto, do estudo realizado percebe-se que não existe uma incompatibilidade absoluta entre a arbitragem e a confidencialidade nela existente em regra e o princípio da publicidade inerente à Administração Pública brasileira. O verdadeiramente necessário para a coexistência de ambos institutos é apenas a limitação de alguns aspectos parciais da confidencialidade a ponto de permitir análise, cobrança e responsabilização da Administração Pública atuante naquela arbitragem.

Já existem algumas soluções das Câmaras Arbitrais sendo aplicadas neste sentido buscando satisfazer a necessidade específica da Administração em tornar certos atos e documentos públicos, mas ainda podem sobrevir mais inovações neste ramo.

A limitação da confidencialidade no tempo, ainda pouco explorada, confere à Arbitragem uma de suas características essenciais àqueles que a buscam como forma de solução e tem o poder de proteger o processo arbitral, sem impedir indefinidamente a publicidade e se tornar um óbice à *accountability* administrativa.

A conclusão de todas as evidências práticas e doutrinárias trazidas neste artigo é a de que dentro da arbitragem, em razão da suma importância conferida pelos atuantes deste meio ao sigilo, a confidencialidade se tornou um elemento basilar necessário. Embora sem aplicação homogênea sobre sua extensão

ou aplicabilidade, a moda dentre os regulamentos é do regramento de algum nível ou sistema de sigilo.

Portanto, ainda que a confidencialidade não seja considerada elemento essencial ou característica intrínseca da arbitragem, sua aplicação deve ser observada como regra, excepcionando-se a publicidade, seja ela particular ou em razão da participação da Administração Pública.

Esta excepcionalidade da publicidade não deve ser causa para afastar ou impedir a utilização da arbitragem pela Administração, uma vez que, como largamente demonstrado, existem diversos meios sendo aplicados e que ainda podem ser criados para flexibilizar a confidencialidade de maneira a preservar outras características da Arbitragem, sem prejuízo de posterior viabilização da *accountability* que a publicidade administrativa tem como intuito.



REFERÊNCIAS

- AMCHAM Brasil. *Arbitragem e mediação*. Regulamento de Arbitragem Novo. Disponível em: <https://www.amcham.com.br/o-que-fazemos/arbitragem-e-mediacao> Acesso em: 20 maio 2020.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BRASIL Bolsa Balcão. Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM). *Regulamento*. Disponível em: http://www.b3.com.br/pt_br/b3/qualificacao-e-governanca/camara-de-arbitragem-do-mercado-cam/regulamentacao/ Acesso em: 20 maio 2020.
- BRASIL. Lei n. 9.307, 24 de setembro de 1996. Dispõe sobre a

arbitragem. *Diário Oficial da União*. 24 de setembro de 1996.

BRASIL. Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. *Diário Oficial da União*: 26 de maio de 2015.

CÂMARA de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP FI-ESP. *Regulamento de Arbitragem*. Disponível em: <https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/regulamento.html>. Acesso em: 20 maio 2020.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CENTRO de Arbitragem e Mediação Brasil – Canadá. *Regulamento de Arbitragem | 2012*. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-2012/>. Acesso em: 20 maio 2020.

CENTRO de Arbitragem e Mediação Brasil – Canadá. *Arbitragens com a Administração Pública Direta*. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/arbitragem-com-adm/>. Acesso em: 01 jun. 2020.

CENTRO de Arbitragem e Mediação Brasil – Canadá. *Resolução Administrativa 15/2016*. Princípio da publicidade em arbitragens que envolvem a Administração Pública Direta. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-15-2016-publicidade-em->

- procedimentos-com-a-adm-publica-direta/. Acesso em: 01 jun. 2020.
- CONSELHO Nacional de Justiça. *Justiça em números 2019*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020.
- FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- FITCHNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luis. A confidencialidade na reforma da lei de arbitragem. In: ROCHA, Caio Vieira; SALOMÃO, Luis (coord.). *Arbitragem e mediação – a reforma da legislação brasileira*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- INTERNATIONAL Chamber of Commerce. *Arbitration rules*. Disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>. Acesso em: 20 maio 2020.
- MAYANK, Samuel. Confidentiality in International Commercial Arbitration: Bedrock or Window-Dressing? *Kluwer Arbitration Blog*. University of Law, Hyderabad. 21 fev. 2017. Disponível em: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/02/21/confidentiality-international-commercial-arbitration-bedrock-window-dressing/?doing_wp_cron=1592947851.6216819286346435546875 Acesso em: 01 maio 2020.
- MEZA-SALAS, Marlon. Confidentiality in International Commercial Arbitration: truth or fiction? *Kluwer Arbitration Blog*. 23 set. 2018. Disponível em: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/09/23/confidentiality-in-international-commercial-arbitration-truth-or-fiction/?doing_wp_cron=1592930148.5841341018676757812500 Acesso em: 01 maio 2020.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito*

- administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- QUEEN Mary University of London. School of International Arbitration. 2018 *International Arbitration Survey: the evolution of international arbitration*. Disponível em: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>. Acesso em: 05 abr. 2020.
- ROCHA, Caio Vieira; SALOMÃO, Luis (coord.) *Arbitragem e mediação – a reforma da legislação brasileira*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- SARDA, Fábio W. Arbitragem – uma solução para nosso judiciário. *Blog Migalhas de Peso*. 26 mar. 2008. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/56876/arbitragem-uma-solucao-para-nosso-judiciario>. Acesso em: 30 abr. 2020.