

RECEBIDO EM: 02/03/2022

APROVADO EM: 05/08/2022

## **A COMPATIBILIDADE DA CONFIDENCIALIDADE DA ARBITRAGEM COM O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

*THE COMPATIBILITY OF CONFIDENTIALITY IN ARBITRATION WITH THE  
PRINCIPLE OF PUBLICITY IN PUBLIC ADMINISTRATION*

*Humberto Cunha dos Santos<sup>1</sup>*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A conflituosidade de um tema que se expande a partir da crescente utilização da arbitragem pela Administração Pública. 2. A compatibilidade da preservação da confidencialidade de certas informações com o princípio da publicidade da arbitragem envolvendo a administração pública. 2.1 A publicização como um dever instrumental, compatível com a manutenção de confidencialidade de certas informações – análise a partir da lei de acesso à informação e aos debates que resultaram na

---

1 Doutorando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pelo CEUB. Pós-graduação lato sensu em Direito Econômico e Defesa da Concorrência pela FGV. Pós-graduação lato sensu em Regulação Econômica pelo CEFET/RJ. Bacharel em Direito pelo CEUB e Licenciatura em Ciências Sociais pela UnB. Professor de Direito do CEUB. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União - AGU, com atuação perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Pesquisador sobre organização jurídica dos mercados (GECM/Unb e NPM/CEUB).

edição da Lei 13.129/15. 3. A delimitação de quais informações devem ser publicizáveis. Conclusão. Referências.

**RESUMO:** O objetivo do texto consiste em discutir como deve se dar a compatibilização da confidencialidade do procedimento arbitral com a observância do princípio constitucional da publicidade diante de arbitragens que envolvam a resolução de conflitos entre agentes privados e os entes da administração pública, tendo em vista o cenário de ampliação da utilização do expediente arbitral pela Administração Pública. Propõe-se a abordagem do tema a partir do que determinam a lei geral de arbitragem, a lei geral de contratações públicas e a lei de acesso à informação, buscando conciliar a possibilidade de observância da confidencialidade de certas informações reputadas sensíveis pelos agentes privados com o dever de publicidade reclamado por essas leis.

**PALAVRAS-CHAVE:** Arbitragem. Administração Pública. Publicidade. Confidencialidade. Informações sensíveis. Sigilo.

**ABSTRACT:** The objective of the text is to discuss how the confidentiality in arbitration's procedure should be reconciled with the constitutional duty of publicity in arbitrations that involve the resolution of conflicts between private agents and public administration entities, given the expansion' scenario of arbitration by the public administration. It is taken an approach of legal analysis of the general arbitration's law, the general law of public's contracts and the law of information's access, seeking to reconcile the possibility of maintenance the confidentiality of certain information deemed sensitive by private agents with the publicity duty required by these laws.

**KEYWORDS:** Arbitration. Public Administration. Publicity. Confidentiality. Sensitive information. Restriction.

## INTRODUÇÃO

O artigo se propõe a discutir como deve se dar a compatibilização do sigilo do procedimento arbitral com a observância do princípio constitucional da publicidade (art. 37, *caput*, da CF/88) quando estivermos diante de arbitragens envolvendo a resolução de litígios entre agentes privados e os entes da administração pública.

O tema permite diversos enfoques. Propõe-se inicialmente analisá-lo à luz do que determina o §3º do art. 2º da Lei nº 9.307/96, com a redação dada pela Lei nº 13.129/15, que impõe a observância do princípio da publicidade nesse tipo de arbitragem. Na dicção legal: “a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.”

Essa mesma prescrição consta do art. 152 da recente lei geral de regência dos contratos administrativos, Lei nº 14.133/21, ao dispor que “a arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.”

A partir, portanto, desses comandos legais, propõe-se uma leitura que permita harmonizar meios aptos a assegurar o exercício do escrutínio revisional legitimador das decisões arbitrais, vetor central de justificação de observância do princípio da publicidade, mas que, ao mesmo tempo, também confira proteção ao interesse legítimo de particulares de não revelarem informações reputadas de caráter sensível, prática que tradicionalmente acompanha o procedimento arbitral.

Como deve ser cumprida a publicidade exigida pela legislação e quais, portanto, devem ser as informações abrangidas por esse dever são perguntas que pretendem ser enfrentadas neste artigo, sem haver, por óbvio, qualquer pretensão de se esgotar um tema que ainda ensejará muita discussão.

Para tanto, na estruturação do artigo, algumas premissas se mostram importantes: (i) é preciso que se entenda que a publicidade exigida pela lei deva se mostrar atrelada a uma finalidade: permitir o escrutínio sobre o que foi objeto de deliberação (o que foi tratado) e como foi deliberado (a constatação da higidez do procedimento). Além disso, (ii) deve-se admitir como juridicamente relevante a preservação do interesse legítimo de não publicizar informações sensíveis utilizadas ao longo do procedimento arbitral, as quais só poderiam ser compartilhadas com órgãos revisionais em situações estritamente necessárias, sempre sob motivação expressa

de se mostrarem atreladas ao indispensável exercício da finalidade de escrutínio ora descrita.

Na estruturação do artigo, além desta breve introdução, segue um tópico voltado a contextualizar a conflituosidade que o tema carrega e, a partir daí, discutir a compatibilidade da preservação do sigilo de certas informações com o princípio da publicidade, tendo por enfoque a legislação de acesso às informações públicas. Assentada a possibilidade de coexistência desses valores, o raciocínio se volta a delimitar, portanto, quais informações deveriam ser publicizáveis. Ao final, é apresentada conclusão que pretende contribuir na preservação de boas práticas envolvendo a utilização da arbitragem no país.

O método utilizado foi o de revisão da literatura e de alguns precedentes judiciais, cotejados com a análise de dispositivos legais que lidam com o tema, acompanhado de resgate das justificativas apresentadas pelo legislador para promoção de mudanças na lei geral de arbitragem.

## **1. A CONFLITUOSIDADE DE UM TEMA QUE SE EXPANDE A PARTIR DA CRESCENTE UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.**

Em levantamento empírico sobre a percepção de diversos agentes envolvidos com o tema, a abranger “*private practitioners, full-time arbitrators, in-house counsel, experts and other stakeholders*”, pesquisa conduzida pela universidade Queen Mary apontou que, para 87% dos respondentes, há uma percepção compartilhada de importância da confidencialidade envolvendo a arbitragem no comércio internacional. (QUEEN MARY, 2018, p. 27).

Esse achado empírico coaduna com a maior parte da literatura especializada que costuma realçar como esse tema se mostra sensível e relevante para aqueles que usualmente se valem do procedimento arbitral.

Por outro lado, tem-se verificado que as cláusulas compromissórias de arbitragem envolvendo entes da administração pública vêm se tornando cada vez mais comuns nos contratos em geral, especialmente nas grandes contratações públicas.

Ao discorrer sobre os “objetivos públicos justificadores das concessões”, por exemplo, Floriano de Azevedo Marques Neto destaca a pressão econômica para atrair investimentos privados para fazer frente aos custos elevados relacionados à prestação dos serviços públicos, além

de uma busca por eficiência na prestação desses serviços por força da racionalidade econômica que moverá o comportamento dos concessionários privados. (MARQUES NETO, 2015, p.170-171).

O autor salienta, contudo, que esses objetivos só conseguirão restar materializados se houver harmonização do “plexo de interesses” que envolve esse tipo de contratação, o que inclui considerações sobre como a arbitragem se concretizará nos pactos concessórios, com respeito também aos legítimos interesses privados. (MARQUES NETO, 2015, p. 174).

Admitindo, portanto, que se mostra relevante que a experiência nacional convirja com as boas práticas internacionais na utilização desse meio de resolução de controvérsias, até mesmo como forma de atrair capital estrangeiro para as grandes obras passíveis de delegação, deve-se perquirir qual amplitude que o princípio da publicidade deve adquirir. Para se chegar a esse objetivo, acredita-se que o ponto de partida deve partir de uma postura menos avessa ao sigilo ou à preservação da confidencialidade de algumas informações, buscando compatibilizá-lo com as exigências requeridas pela necessidade de se publicizar determinados atos.

É bem provável que esse tema renderá muitas discussões. Além da crescente previsão da arbitragem nos procedimentos licitatórios que permitirão as contratações públicas de maior monta, há sinalização legal de expansão de sua utilização para outras modalidades de contratação, tal como assim preveem os arts. 151 e 153 da já mencionada Lei nº 14.133/21.

A nova lei geral de contratações públicas prevê a utilização da arbitragem para prevenção e resolução de controvérsias em geral, mas também para solução de “controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.” (art. 151).

E, para aqueles casos em que o procedimento arbitral não restou previsto originalmente no procedimento licitatório, o art. 153 permite o aditamento dos contratos “para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias”, o que, por óbvio, também permitirá a inclusão da arbitragem em instrumentos celebrados antes da publicação da Lei.

Digno de nota é relembrar o impacto que a ampla abrangência de aplicação da Lei nº 14.133/21 possui, visto abarcar todas as contratações da administração pública direta, autárquica e fundacional da União, dos

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 1º), com previsão de revogação da histórica Lei nº 8.666/93, após decorrido o prazo de dois anos de sua vigência (art. 193, II).

Na medida, portanto, em que tenhamos mais sentenças arbitrais proferidas, acompanhadas, por certo, de algum grau de sigilo de determinadas informações contidas nesses procedimentos, aumenta-se a probabilidade de que os órgãos revisionais (como o Judiciário, Tribunais de Contas, Ministérios Públicos e órgãos de fiscalização e controle em geral, internos e externos), espalhados por todos entes da Federação, sejam instados a se manifestarem sobre a correição e hígidez desses procedimentos.

A arbitragem é um instituto forjado, originalmente, no âmbito do direito privado. (*“L’arbitrage est un mode privé de règlement des litiges”* – OCDE, 2011, p. 19) O fato de só poder recair sobre a resolução de disputas que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis revela sua gênese e também os contornos que devem envolver a delimitação das matérias que restarão sujeitas a esse meio alternativo à jurisdição estatal de resolução de contendas. O art. 1º, §1º da Lei 9.307/96 expressamente prevê que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

É de se esperar, portanto, que nosso meio jurídico passe por um período de assimilação na utilização desse mecanismo, com potencial estranhamento de certas práticas e procedimentos por intérpretes tradicionalmente mais familiarizados com institutos publicistas. Para suavizar esse impacto, cabe, desde logo, reconhecer a possibilidade de compatibilização da confidencialidade de certas informações com os preceitos publicistas exigidos pela presença da administração pública.

## **2. A COMPATIBILIDADE DA PRESERVAÇÃO DA CONFIDENCIALIDADE DE CERTAS INFORMAÇÕES COM O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DA ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Carlos Carmona vem há bastante tempo tentando minar a resistência da utilização da arbitragem no país. Tendo participado das discussões que culminaram na elaboração da nossa lei geral de arbitragem, em obra clássica (CARMONA, 2009, p. 51), desde a sua primeira edição, o autor se esforça a “exorcizar fantasmas que assombram” a utilização do instituto, como ele assim se refere ao tema.

Um deles seria a suposta incompatibilidade da arbitragem envolvendo a administração pública com o sigilo de informações do procedimento, à luz do que exigem os princípios da transparência e da publicidade.

Segundo o autor, tratar-se-ia de um falso dilema, visto que os próprios envolvidos poderiam abrir mão do sigilo do procedimento. Ademais, mesmo antes da edição da Lei nº 13.129/15, Carmona já ressaltava que, por imperativos de controle e prestação de contas exigidos de qualquer atividade estatal, não seria possível cogitar em sigilo absoluto do procedimento arbitral. Propunha, portanto, solução intermediária, em que se daria acesso aos interessados à decisão e aos atos essenciais (quando necessário), preservando-se, porém, o sigilo dos debates e a confidencialidade dos documentos que instruíram o procedimento. (CARMONA, 2009, p. 51).

Selma Maria Lemes (2003, p. 405) tem trilhado no mesmo sentido. Ao tratar da arbitragem envolvendo concessionários privados e entes públicos, a autora destaca a necessidade de observância do princípio da publicidade aliada à “adequada privacidade nas audiências, bem como quanto aos documentos comerciais e estratégicos das empresas que instruírem o processo arbitral, salvo, evidentemente, disposição em contrário das partes ou determinação legal.”

Após a publicação desses trabalhos, presenciamos a aprovação de uma sucessão de atos normativos que reforçam a possibilidade de coexistência entre o dever de publicidade e a preservação do sigilo de informações de caráter sensível dos envolvidos nas arbitragens, especialmente considerando aquelas de conteúdo comercial. Dentre esses instrumentos legais, a recente Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei nº 13.709/18), por exemplo, atribui a competência à Autoridade Nacional de Proteção de Dados de “zelar pela observância dos segredos comercial e industrial, observada a proteção de dados pessoais e do sigilo das informações quando protegido por lei ou quando a quebra do sigilo violar os fundamentos do art. 2º desta Lei” (art. 55-J), prescrevendo a necessidade do órgão “zelar pela preservação do segredo empresarial e do sigilo das informações”, no exercício das competências listadas no dispositivo (§5º do art. 55-J).

Esses comandos se harmonizam com os termos tratados pela Lei nº 12.527/11 (Lei de acesso à informação), regulamentada pelo Decreto nº 7.724/2012, os quais, em conjunto, passam a ser brevemente discutidos com o objetivo de assentar como o princípio da publicidade dialoga com a preservação do sigilo de informações sensíveis.

## **2.1 A PUBLICIZAÇÃO COMO UM DEVER INSTRUMENTAL, COMPATÍVEL COM A MANUTENÇÃO DA CONFIDENCIALIDADE DE CERTAS INFORMAÇÕES – ANÁLISE A PARTIR DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E AOS DEBATES QUE RESULTARAM NA EDIÇÃO DA LEI 13.129/15**

O cumprimento ao dever de publicidade nas arbitragens envolvendo a administração pública pode ser analisado à luz do que determina a Lei nº 12.527/11, regulamentada pelo Decreto nº 7.724/2012, já que a publicização de atos que envolvam o Poder Público perpassa pela possibilidade de se dar conhecimento ao público e, por extensão, a todas as instituições legitimadas ao exercício de controle e fiscalização da administração pública acerca da higidez jurídica do que fora praticado.

Da conformação democrática de que “todo o poder emana do povo” (parágrafo único do art. 1º da CF/88), advém o dever do agir público e transparente exigível de toda a administração (art. 37, *caput*, da CF/88), a fim de que a população tenha condições, a partir do acesso às informações, de fiscalizar como tem se dado o exercício do poder que foi por ela conferido aos agentes públicos investidos a exercê-lo.

Um passar de olhos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) indica que esse compromisso esperado no agir da administração pública assegura, na prática, uma garantia instrumental para que a sociedade possa realizar o controle sobre os atos praticados, sem que isso importe num dever irrestrito de publicização de todo tipo de informação, já que a proteção ao sigilo também configura hipótese de preservação de direitos individuais constitucionalmente protegidos (art. 5º, X, XII, XIV, XXXIII, LX). O entendimento do STF pode ser retratado a partir de breve trecho de voto proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes, por ocasião do julgamento de liminar na ADI 6347 MC-REF / DF, onde se destaca que:

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, consagrou expressamente o princípio da publicidade como um dos vetores imprescindíveis à Administração Pública, conferindo-lhe absoluta prioridade na gestão administrativa e garantindo pleno acesso às informações a toda a Sociedade. À consagração constitucional de publicidade e transparência corresponde a obrigatoriedade do Estado em fornecer as informações solicitadas, sob pena de responsabilização política, civil e criminal, salvo nas hipóteses constitucionais de sigilo. A participação política dos cidadãos em uma Democracia representativa somente se fortalece em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das diversas opiniões sobre as políticas públicas adotadas pelos governantes, como

lembrado pelo JUSTICE HOLMES ao afirmar, com seu conhecido pragmatismo, a necessidade do exercício da política de desconfiança (*politics of distrust*) na formação do pensamento individual e na autodeterminação democrática, para o livre exercício dos direitos de sufrágio e oposição; além da necessária fiscalização dos órgãos governamentais, que somente se torna efetivamente possível com a garantia de publicidade e transparência. *O acesso às informações consubstancia-se em verdadeira garantia instrumental ao pleno exercício do princípio democrático*, que abrange “debater assuntos públicos de forma irrestrita, robusta e aberta” (Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296, 310 (1940), quoted 376 U.S at 271-72). (grifos acrescidos)

Do que se extrai desse relevante precedente, primeiramente, é a ideia de que o dever de publicidade recai, em princípio, à administração pública e abrange certas informações. O fato de a administração pública ter acesso a informações reservadas, como, por exemplo, revelações sobre determinada estratégia empresarial adotada por um concessionário para lidar com o risco geológico numa concessão de obra pública, não torna essas informações automaticamente públicas.

O mesmo ocorre na arbitragem. Não há um toque de midas que torne públicas todas as informações reveladas e utilizadas no procedimento arbitral pelo simples fato de haver a presença da administração pública. O Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, ao regulamentar a Lei nº 12.527/11, deixa claro que “as informações relativas à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de *direito privado* obtidas pelo Banco Central do Brasil, pelas agências reguladoras ou por outros órgãos ou entidades no exercício de atividade de controle, regulação e supervisão da atividade econômica cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos” não se sujeitam ao disposto por esses normativos (art. 5º, §2º - grifos acrescidos).

E, no dispositivo seguinte, o mesmo Decreto nº 7.724/12 reforça que “o acesso à informação disciplinado neste Decreto não se aplica às hipóteses de sigilo previstas na legislação, como fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e segredo de justiça.” (art. 6º, I).

A natureza privada, associada a certos atributos daquilo que se cogita, pode exigir o tratamento sigiloso a determinadas informações, visto serem passíveis de caracterizar o que se convencionou chamar de “segredo de empresa” ou “segredo de negócio”, expressões que, no

nosso ordenamento jurídico, fazem parte do conjunto patrimonial de um empresário enquanto tipos de propriedade intelectual.

Por mais desafiador que seja a conceituação desse tipo de bem, Elisabeth Fekete propõe compreendê-lo como “conhecimento utilizável na atividade empresarial, de caráter industrial ou comercial, de acesso restrito, provido de certa originalidade, lícito, transmissível, não protegido por patente, cuja reserva representa valor econômico para o seu possuidor, o qual exterioriza o seu interesse na preservação do sigilo através de providências razoáveis.” (2003, p. 420).

O conceito proposto pela autora se coaduna com a obrigação de proteção às “informações confidenciais”, reclamada pelo TRIPS, acordo multilateral vigente no Brasil por força do Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, que, em seu artigo 39, assegura o direito de “evitar que informação legalmente sob controle de pessoas físicas ou jurídicas seja divulgada, adquirida ou usada por terceiros, sem seu consentimento, de maneira contrária a práticas comerciais honestas.” (art. 39, §2º).

Por ocasião dos debates na Câmara dos Deputados, o então Projeto de Lei (PL) nº 7.108-A, de 2014, proveniente do Senado Federal, que resultou na Lei nº 13.129/15, contou com discussão sobre a conveniência de se fazer constar menção expressa de que o respeito ao princípio da publicidade deveria vir acompanhado da observância ao “sigilo de informações comerciais e restritas dos particulares envolvidos.” A justificação da emenda apresentada na Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público teve a seguinte redação:

Não obstante o dever de publicidade dos atos da Administração Pública, encartado no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, é preciso observar que nas arbitragens da Administração Pública é possível que sejam discutidas informações comerciais dos particulares envolvidos. Nestes casos, é preciso resguardar o sigilo dessas informações, diante do risco de comprometer o segredo de empresa. (p. 549)

Apesar de a emenda não ter sido acatada na versão final do PL aprovado, não houve divergência quanto ao mérito daquilo que se propunha. A justificativa para rejeição do texto foi apenas por não se vislumbrar ali algo necessário, deixando ao alvedrio do árbitro a decisão sobre a amplitude da publicidade a ser dada caso a caso. Pela importância de se deixar aclarada a mens legis, vale destacar a fundamentação da rejeição da redação proposta:

Ainda que louvável a ideia de complementar o referido artigo, não se mostra essencial, até porque o Brasil já tem uma década de arbitragem envolvendo o poder público e uma jurisprudência consolidada. Ademais, a necessidade de controle já existe com a inserção da necessária publicidade. Assegura-se uma atividade administrativa transparente e visível. Possibilita o controle pelo público dos atos da administração pública sempre que necessário e conveniente.

Princípios também têm limites, e ao árbitro caberá decidir a amplitude da publicidade a ser dada ao processo. Em havendo trato de questão sensível ou da existência de fato que justifique o sigilo de justiça, esse será concedido, até porque o princípio da publicidade sempre deve ser aplicado em conjunto com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Cabe considerar ainda que o sigilo pode ser de interesse do ente público, e não somente do ente privado. (p. 550)

Com as lentes de hoje, a conclusão é que a Câmara dos Deputados subestimou a complexidade que a assimilação da arbitragem traria ao nosso meio jurídico, especialmente perante as instâncias revisionais dotadas de intérpretes tradicionalmente mais familiarizados com institutos publicitas.

Não há dúvidas de que a previsão de um comando legal expresso na Lei nº 9.307/96 que determinasse a observância da publicidade em conciliação com os institutos de preservação do sigilo contribuiria para redução de entendimentos discrepantes sobre o tema. Pouparia, por certo, muito esforço argumentativo e tornaria boa parte da abordagem deste artigo irrelevante.

Não se pode desconsiderar, do mesmo, uma insistente tradição, excessivamente formalista, que marca a compreensão, o ensino e a prática do Direito em nosso país, a qual transmite a compreensão do Direito como sendo “um conjunto coerente de formas abstratas e autorreferenciadas” (CASTRO, 2012, p.216), gerando, por consequência, conclusões quase sempre dissociadas da realidade, na qual usualmente o mundo real é utopicamente retratado sem qualquer conflito ou disputas interpretativas.

O abandono dessa excessiva tradição formalista só pode se dar pela abertura interdisciplinar para efetiva compreensão dos fenômenos regulados pela ordem jurídica, com privilegiamento para discussão fática da situação. Inicialmente, mostra-se fundamental compreender e discutir as razões que levam as partes a buscarem a confidencialidade de certas informações. Somente após o esgotamento dessa etapa, é que se poderia

adentrar num juízo tipicamente valorativo se essas razões se mostrariam legítimas ou não à luz do que determina nosso ordenamento jurídico.

Assim encarado, o Direito seria menos conceitualista e mais pragmático (CASTRO, 2012), voltado a, de fato, enfrentar os problemas sociais que reclamam sua intervenção normativa, não se contentando com discussões com baixa capacidade explicativa, travadas exclusivamente num plano abstrato e muito distante do mundo empírico.

A recente decisão proferida pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo auxilia a retratar a quadra nebulosa que se procura evitar. Em sede de agravo de instrumento – sem respeitar, portanto, o quórum qualificado exigido pelo art. 97 da CF/88 – afastou-se o sigilo do procedimento arbitral, por ter se reputado inconstitucional o art. 189, IV do CPC, na medida em que protegeria “interesses estritamente particulares”, impedindo o conhecimento dos jurisdicionados das decisões do judiciário. Cabe destacar a fundamentação central do voto do Desembargador Relator quanto a esse tema:

(...) A regra em questão [art. 189, IV do CPC] é nociva ao sistema jurídico, por provocar assimetria de informações e obstar a formação do direito (consolidação dos precedentes e da jurisprudência).

Ademais, tal restrição à publicidade obsta o conhecimento e o controle social sobre temas relevantíssimos, inclusive por pessoas relacionadas de forma direta ou indireta com o litígio (como, por exemplo, os acionistas de companhias abertas), em razão da absoluta falta de acesso aos processos e aos provimentos jurisdicionais, seguido pela absoluta falta de acesso aos procedimentos arbitrais.

Por consequência, há evidente prejuízo à tomada de decisões por pessoas que desconhecem a forma pela qual as normas abstratas são concretizadas, o que, ademais, sem razoabilidade, gera situação favorável aos pouquíssimos que têm acesso às informações socialmente tão relevantes.

Diante do exposto, indefiro a tramitação do processo em segredo de justiça, ao menos com fundamento na aplicação automática do art. 189, IV, do CPC, reputando-o inconstitucional. (TJSP, 2021).

O fato de contarmos com previsão legal, há mais de duas décadas, a respaldar a utilização da arbitragem em nosso país não se mostra suficiente para assegurar que a aplicação desses comandos se mostrará condizente com as boas práticas de regência do instituto. Quando se está diante da ampliação dos legitimados a dizerem como a arbitragem deva

ser compreendida, somente a partir do estudo, reflexão, incorporação, comparação, assimilação e outras ações que traduzam a aquisição gradativa de prática e familiaridade com o tema é que se pode esperar alguma estabilização – mais ou menos duradoura – de alguns consensos fundamentais sobre o tema. A literatura institucionalista, desde os trabalhos iniciais de Veblen, Hamilton e Commons, mostra-se útil para compreender a força que “hábitos de pensamento enraizados” possuem no funcionamento das instituições. (SALLES, 2017, p.17).

A ampliação da utilização da arbitragem pela administração pública, acompanhada da possibilidade de realização de escrutínios revisionais por diversos outros atores e instituições jurídicas, amplia, na linguagem de Bourdieu (2010, p.212), o campo dos legitimados a estabelecer os novos consensos sobre o que vem a ser as interpretações mais adequadas sobre esses institutos.

Nesse contexto, a replicação de entendimentos mais extremados, como o exarado por órgão especializado do judiciário paulista, pode minar a vasta potencialidade de utilização da arbitragem no Brasil, a qual poderá abranger, inclusive, áreas com feições mais publicistas, como, por exemplo, o antitruste (OCDE, 2011). Esse tema, contudo, foge do escopo deste artigo. Serve apenas para realçar a preocupação de não se enveredar por caminhos mais radicais, acabando por tolher precocemente a utilização do instituto, pois cláusulas de confidencialidade são comuns nos procedimentos arbitrais e não são direcionadas a prestigiar qualquer obscurantismo perverso, mas sim preservar informações consideradas sensíveis aos litigantes, ou mesmo a envolver esforços de preservação reputacional das empresas enquanto estratégia de “gerenciamento de identidade corporativa.” (MACHADO FILHO; ZYLBERSZTAJN, 2004, p.87).

No rico tema de como a empresa é percebida no meio social, vale ter em mente a construção de um imaginário “reconhecido pelo seu nome e pelas suas apresentações, formando imagens mentais que levam à formação da reputação corporativa na percepção das pessoas”, o que permite admitir que a imagem criada se apresente como um dos bens intangíveis no mundo corporativo. (MACHADO FILHO; ZYLBERSZTAJN, 2004, p.89).

Mostra-se legítimo, portanto, que os gestores da empresa se preocupem em preservar a imagem corporativa, buscando restringir a publicidade de informações que possam ensejar interpretações e narrativas lesivas à reputação da companhia. Guardadas as devidas especificidades, a preocupação com a preservação reputacional auxilia a compreender

a razão de algumas companhias celebrarem termos de ajustamento de conduta ou termos de compromisso de cessação de práticas junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e Agências Reguladoras setoriais, mesmo diante de frágil acervo probatório, sob a motivação central de preservação da imagem da companhia perante terceiros, ainda mais se for considerada a facilidade que os meios digitais hoje possibilitam para criar e disseminar investidas contra a imagem de qualquer um.

Mais uma vez, valendo-se da pesquisa empírica realizada pela Universidade Queen Mary (2008, p. 7), além da confidencialidade ser tida como um elemento atrativo ao procedimento arbitral, a maioria dos respondentes tomam-na como ínsita à arbitragem, o que leva essa maioria a entender que a cláusula-padrão (default) deveria ser pela opção presumida a favor da confidencialidade (“*most respondents think that confidentiality should be an opt-out, rather than an opt-in, feature.*”).

No entendimento de Sérvulo Correia (2019, p. 757), a profusão demasiada de entendimentos publicistas e diversos temores com a utilização da arbitragem envolvendo a administração pública levou a uma série de modificações legislativas em Portugal que, no entendimento do professor catedrático da Universidade de Lisboa, gerou uma “recente involução do instituto jurídico da arbitragem administrativa” naquele país. Por certo que o Brasil não precisa trilhar por esse mesmo caminho.

Tendo respondido, portanto, em grandes linhas, como deve ser cumprida a exigência de publicidade das arbitragens que envolvam a administração pública, passa-se a enfrentar quais informações devem restar abrangidas por esse dever.

### **3. A DELIMITAÇÃO DE QUAIS INFORMAÇÕES DEVEM SER PUBLICIZÁVEIS**

O tema sobre quais informações devem restar sujeitas à publicidade exigida pela legislação quando envolver a arbitragem com entes da administração pública também pode ser encarada sob ângulos distintos. Conforme discutido na seção anterior, num sentido mais estrito, esse dever recairia sobre as informações reputadas essenciais a permitir o conhecimento da existência desses procedimentos, além de possibilitar a compreensão sobre o que foi por eles tratados.

Se for tomada a experiência atualmente existente no sítio eletrônico da Advocacia-Geral da União (AGU), por exemplo, no campo específico

sobre a atuação do Núcleo Especializado em Arbitragem, ver-se-á que ali se encontram à disposição do escrutínio popular as informações necessárias a assegurar o que precedente do STF denominou como “garantia instrumental ao pleno exercício do princípio democrático”, cumprindo, portanto, com o dever de publicidade exigido pela legislação que regula o acesso à informação pública.

No referido sítio há a listagem de todos os casos que reclamaram a atuação da AGU, com identificação (i) do processo e da câmara de arbitragem; (ii) o setor específico demandado – energia, transporte, petróleo e outros – (iii) o valor do procedimento; (iv) a identificação dos árbitros; (v) os requerentes; (vi) os requeridos e (vii) as informações sobre a fase processual de cada procedimento, com um breve resumo da situação em que se encontra.

Em aba específica, há detalhamento dos casos referentes a (i) Alejandro mudes; (ii) Fundos Petrobrás; (iii) Galvão; (iv) Libras; (v) Msvia; (vi) Proteus; (vii) Rota do Oeste e (viii) ViraCopos. Nesses casos, são disponibilizadas informações e os próprios termos de compromisso arbitral, sentenças arbitrais, atas de missão e outros documentos que permitem escrutínio detalhado sobre as questões versadas nos referidos procedimentos arbitrais.

A prática do órgão de representação jurídica da União e de suas autarquias e fundações públicas coaduna-se, portanto, com o entendimento atual do Tribunal de Contas da União (TCU) e com o que exige nossas leis em relação ao tema. Em acórdão julgado em 25 de novembro de 2020, o TCU assentou parâmetros sobre quais informações constantes nas arbitragens envolvendo a administração pública deveriam restar publicizáveis. Consta do AC 3.160/20:

98. Quanto à profundidade da publicidade do procedimento arbitral que envolve a administração pública, devem ser observadas as regras dispostas no art. 26, inciso I, da Lei 9.307/1996, que devem ser divulgadas *a existência de arbitragem com a Administração Pública, identificando-se as partes e o objeto, bem como os principais atos da arbitragem*, notadamente a convenção arbitral, o termo arbitral e a íntegra da sentença arbitral, em que já constará o relatório do desenrolar da arbitragem (art. 26, inciso I, da Lei 9.307/1996). *Adicione-se, ainda, a divulgação das despesas que o erário teve com a arbitragem — aí incluídos honorários de árbitros, verbas de sucumbência, custas da câmara arbitral e despesas periciais.*

99. A *accountability* também pode ser tratada do ponto de vista horizontal, onde se destaca a participação do Ministério Público e Tribunal de Contas, que pode ter contato com esta matéria por ocasião da análise dos editais de licitação e dos contratos administrativos, seja de novas licitações ou nos casos das prorrogações de contratos já vigentes que eventualmente incluam convenção de arbitragem dentre as cláusulas a serem pactuadas. (grifos acrescidos)

Esse tema, entretanto, também pode ser encarado numa dimensão mais ampla, o que permitiria elastecer o dever de publicidade para que também abarcasse o fomento a uma cultura de conhecimento mais alargado do conteúdo das sentenças arbitrais, contribuindo, dessa forma, para melhoria das práticas administrativas, dos empresários, da qualidade das decisões dos árbitros e do incremento dos estudos acadêmicos na área. Segundo Rodrigo Fonseca e André Correia (2012, p.147), a confidencialidade na divulgação das sentenças arbitrais gera um “prejuízo técnico-científico” muito grande para o Direito.

Alguns trabalhos mais recentes têm trilhado nesse sentido, como ilustra a proposta trazida por Gustavo Schmidt (2016), num esforço até mesmo de sistematizar uma regulamentação para o tema. As particularidades da casuística dificultam a generalização de quais informações devem ser necessariamente objeto de publicização, mas parece não haver muita dúvida de que a decisão arbitral, com supressão de trechos confidenciais, poderia ser publicizada ao final do procedimento. Não há muito consenso, contudo, se a ampliação da publicidade das sentenças arbitrais de fato traria todos os benefícios propagados por parte da literatura.

Deixando o aprofundamento dessa discussão para outra oportunidade, deve, contudo, restar assentado que o que se mostra exigível é que a publicidade das informações reste atrelada à finalidade de permitir o escrutínio sobre o que foi objeto de deliberação (o quê) e como foi deliberado (a própria higidez do procedimento arbitral), preservando-se, em todos os casos, o sigilo das informações sensíveis, tal como anteriormente discutido.

## **CONCLUSÃO**

Eros Grau (2008, p. 314), em tom premonitório, advertia que “o debate a respeito da juridicidade da solução mediante arbitragem de conflitos entre as partes nos ‘contratos administrativos’ será facilmente espancado se um mínimo de reflexão vier a ser praticado em torno do núcleo da questão.” Pois bem, constitui questão nuclear delimitar qual a

extensão que o preceito publicista deve adquirir na prática da arbitragem envolvendo a administração pública no nosso País.

A aplicação irrestrita do princípio da publicidade não se mostra o melhor caminho a ser seguido. Esse agir pode ensejar a revelação indevida de segredos, estratégias e negócios de agentes submetidos ao procedimento arbitral, frustrando interesses legítimos associados aos direitos de propriedade intelectual.

Além disso, uma prática que consolidasse a publicidade irrestrita de todas as informações contidas no procedimento arbitral poderia gerar, por efeito indireto, o desestímulo à utilização desse meio de resolução de disputas, podendo, no extremo, afugentar agentes internacionais relevantes para a consecução de objetivos públicos que as contratações com a administração pública procuram concretizar em nosso País. A preocupação reputacional das empresas não é um temor desprezível, ainda mais num mundo em que a internet e as redes sociais permitem todo tipo de investida, com alta capacidade de produção de danos à imagem corporativa em pequenas frações de tempo.

Paula Forgioni (2016, p. 121-123) destaca a importância da “força motriz da propriedade intelectual” na compreensão da dinâmica de evolução do direito comercial e das práticas competitivas atuais, o que nos permite cogitar numa verdadeira “economia da informação.” A preservação do sigilo de informações sensíveis perpassa, portanto, pela compreensão dessa realidade de funcionamento dos mercados, cada vez mais centrada em bens intangíveis (HASKEL; WESTLAKE, 2018, p.7).

A ampliação da utilização da arbitragem pela administração pública trará outros intérpretes legitimados a refletirem sobre seus institutos. É esperado que se tenha um período de estranhamento e de certa perplexidade com a assimilação de práticas originalmente forjadas num ambiente privado sendo trazidas para espaços tradicionalmente dominados por institutos publicistas.

Para que, portanto, essa travessia não seja muito tormentosa, com diversos procedimentos arbitrais sendo anulados por supostos vícios ou ilegalidades em relação ao princípio da publicidade, mostre-se fundamental considerar a possibilidade de convívio harmônico entre a preservação do sigilo de algumas informações sensíveis do procedimento arbitral com a observância do princípio constitucional

da publicidade, visto que a preservação de sigilo faz parte do dia a dia empresarial em diversas feições, não podendo carregar uma conotação pejorativa *per se*.

O dever de revelação de informações necessárias ao escrutínio popular – ou ao exercício de competências revisional, fiscalizatória ou correccional de outras instituições públicas – não deve descurar a preservação de informações reputadas sensíveis, reveladas exclusivamente por ocasião do procedimento arbitral, em que remanesce o interesse legítimo de seus titulares em preservarem seu caráter reservado perante terceiros.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Advocacia-Geral da União – AGU*. Núcleo especializado em arbitragem. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/consultoria-geral-da-uniao-1/nucleo-especializado-em-arbitragem/casos-de-arbitragem-2>. Acesso em 04 de junho de 2022.

BRASIL. *Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 7.108-A*, de 2014, proveniente do Senado Federal, resultante na Lei nº 13.129/15. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=8113C76E85776A35B3652D0E3412E5DB.node1?codteor=1229142&filename=Avulso+-PL+7108/2014](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8113C76E85776A35B3652D0E3412E5DB.node1?codteor=1229142&filename=Avulso+-PL+7108/2014). Acesso em 04 de junho de 2022.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.347 MC-REF /DF* – Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Plenário. Julgamento em 30/04/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753469020>. Acesso em 04 de junho de 2022.

BRASIL. *Tribunal de Contas da União – TCU*. Tomada de Conta nº 000.723/2020-7. Representação. Relator: Min. Vital do Rêgo. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:TeIbcpTEwhAJ:https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvIVisualizarRelVotoAcRtf%3FcodFiltro%3DSA%3FGAS-SESSAO-ENCERRADA%26seOcultoPagina%3DS%26item0%3D715145+&cd=11&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 04 de junho de 2022.

BRASIL. *Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP*. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravo de instrumento em ação anulatória de sentença arbitral. Processo nº 2263639-76.2020.8.26.0000, Des. Rel. Cesar Ciampolini, j. 02/03/2021.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 14 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

CARMONA, Carlos A. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº. 9.307 /96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CASTRO, Marcus Faro de. *Formas jurídicas e mudança social: interações entre o Direito, a Filosofia, a Política e a Economia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FEKETE, Elisabeth Kasznar. *O regime jurídico do segredo de indústria e comércio no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FONSECA, Rodrigo Garcia da; CORREIA, André L. *A Confidencialidade na Arbitragem: fundamentos e limites*. In: LEMES, Selma Ferreira e BALBINO, Inez (coord.). *Arbitragem: Temas Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro – da mercancia ao mercado*. 3. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2016.

GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HASKEL, Jonathan; WESTLAKE, Stian. *Capitalism without capital – the rise of the intangible economy*. Oxford: Princeton, 2018.

LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na concessão de serviços públicos – arbitrabilidade objetiva - confidencialidade ou publicidade processual?* *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. Vol. 21. Jul-Set. 2003, p. 387 – 407.

MACHADO FILHO, Cláudio Antônio; ZYLBERSZTAJN, Décio. *Capital reputacional e responsabilidade social – considerações teóricas*. *Caderno de Pesquisas em Administração*, São Paulo, v. 11, nº 2, p. 87-98, abril/junho 2004.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

*Organisation de Coopération et de Développement Économiques – OCDE*. *L'arbitrage et le concurrence – Des auditions*. Paris: OCDE, 2011. Disponível em <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>. Acesso em 04 de junho de 2022.

QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. *International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, 2018. Disponível em: <https://www.whitecase.com/publications/insight/2018-international-arbitration-survey-evolution-international-arbitration>. Acesso em 04 de junho de 2022.

SALLES, Alexandre Ottoni Teatini. *Economia institucional: fundamentos teóricos e históricos*. São Paulo: Unesp, 2017.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação* (dissertação). Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. 2016.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *A arbitragem administrativa no domínio dos contratos administrativos*, In: SÉRVULO CORREIA, José Manuel (org.). *Estudos de Direito Público*, III, Coimbra: Almedina, 2019.