
O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NA ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

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

Adriana Noemi Pucci¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. A Prática dos Entes Federados Quanto À Publicidade da Arbitragem. 2. Arbitragem Institucional no Brasil e o Princípio da Publicidade. 3. Experiências Internacionais. A Transparência nas Arbitragens Investidor-Estado. Conclusão. Referências.

1 Doutora em Direito Económico e Financeiro e Mestre em Integração da América Latina pela USP. Advogada em São Paulo. Árbitra. Fundadora do CEAAP (Centro de Estudos da Arbitragem com a Administração Pública).

RESUMO: O presente artigo visa analisar o sentido e a extensão do princípio da publicidade aplicável às arbitragens com a participação da administração pública brasileira. Constatando que, mesmo após a reforma da Lei de Arbitragem, ainda não se verificam critérios legais uniformes quanto à definição da forma pela qual deverá ser dada publicidade aos atos do procedimento arbitral, ou mesmo quanto à definição de quais atos seriam passíveis de publicação, este capítulo explora as soluções construídas pelos entes federados pátrios e por algumas das principais instituições que administram procedimentos arbitrais no Brasil, cotejando-as com as experiências internacionais relativas à crescente demanda por transparência nas arbitragens entre investidores estrangeiros e Estados soberanos.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Publicidade. Arbitragem. Administração Pública.

ABSTRACT: This article aims to analyse the meaning and extent of the principle of publicity applicable to arbitrations when the Brazilian State or its state-owned entities are one of the parties. Noting that, even after the reform of the Brazilian Arbitration Act, there are still no uniform legal criteria regarding the definition of the way in which the acts of the arbitration proceedings should be publicized, or even regarding the definition of which acts would be subject to publication, this article explores the solutions constructed by different branches of the Brazilian State and by some of the main institutions that administer arbitration proceedings in Brazil, comparing them with international experiences regarding the growing demand for transparency in arbitrations between foreign investors and sovereign States.

KEYWORDS: Principle of Publicity. Arbitration. Public Administration.

INTRODUÇÃO

Desenvolvendo-se intensamente no âmbito das controvérsias empresariais, que envolvem, em sua maioria, direitos e interesses de natureza privada, a arbitragem caminhou por muito tempo junto à noção de que os seus procedimentos seriam abrangidos por um dever de confidencialidade, atributo frequentemente apontado como um dos maiores atrativos da sua escolha pelas partes (Miles; Goh, 2021).

Em sentido genérico, a confidencialidade da arbitragem significa que todas as informações relativas ao procedimento arbitral são reservadas aos seus participantes, proibindo-se a divulgação de aspectos como a própria existência da disputa, o valor da causa, as manifestações das partes, os documentos apresentados ao tribunal arbitral, as provas produzidas e as decisões proferidas pelos árbitros.

Até o final da década de 1980, pouco se questionava sobre a existência de um dever geral de confidencialidade na arbitragem. Até então, a percepção geral era de que a natureza privada da arbitragem imprimia sobre os seus participantes uma obrigação implícita de manter a confidencialidade do procedimento, sem maiores digressões quanto aos fundamentos jurídicos ou ao escopo dessa obrigação (Smeureano, 2011, p. 1).

Tal concepção, entretanto, foi substancialmente desconstruída em meio aos debates doutrinários e jurisprudenciais acerca da existência e da extensão do dever de confidencialidade na arbitragem.

A partir do julgamento do caso *Esso v. Plowman* (Austrália, 1995), pela Suprema Corte da Austrália, em 1995, ganhou força a compreensão de que a confidencialidade não seria um atributo essencial da arbitragem, devendo-se distinguir dois importantes conceitos: (i) a confidencialidade, que estabelece para os participantes da arbitragem um dever de sigilo quanto às informações obtidas ou conhecidas em virtude do procedimento, podendo incluir a própria existência da disputa; e (ii) a privacidade, que se refere à restrição do acesso de terceiros – que não as partes, o tribunal arbitral, depoentes, testemunhas e aqueles adstritos à administração do procedimento – às audiências arbitrais.

Na visão da Corte da Austrália, que se coaduna com a jurisprudência dos tribunais estadunidenses e suecos (Smeureano, 2011, p. 17), o dever de confidencialidade – dada a sua maior abrangência em relação à privacidade – somente poderia surgir em função de um acordo expresso entre as partes.

Se as partes quisessem assegurar a confidencialidade dos materiais preparados para ou utilizados na arbitragem, bem como das transcrições e das notas de evidência apresentadas, elas poderiam inserir uma provisão para tanto em sua convenção de arbitragem. Importante dizer que tal

provisão somente obrigaria as partes e o árbitro, mas não outros [...] (Austrália, 1995, parágrafo 29, tradução livre).

A doutrina, em complemento, aponta que as partes também podem convencionar a confidencialidade por meio da escolha de regras institucionais de arbitragem que contenham cláusulas expressas nesse sentido. Além disso, compreende-se que caso um determinado contrato principal contenha uma cláusula geral de confidencialidade, essa disposição se estenderia aos procedimentos arbitrais que a ele digam respeito (Smeureano, 2011, p. 9 e 10).

No Brasil, a redação original do diploma normativo que regulamenta a arbitragem (Lei nº 9.307/1996) não trouxe qualquer disposição que estabelecesse deveres de confidencialidade ou de sigilo às partes disputantes. Para os árbitros, entretanto, a Lei de Arbitragem de 1996 positivou o dever de discrição, nos termos do art. 13, § 6^o.

Ao amparo do artigo 21 Lei nº 9.307/1996³, a confidencialidade da arbitragem no Brasil decorre da escolha de regras institucionais de arbitragem que contenham cláusulas expressas nesse sentido. Uma vez que a vasta maioria das instituições que administram procedimentos arbitrais estabelecem a confidencialidade como uma das regras procedimentais aplicáveis à arbitragem conduzida sob os seus auspícios, permite-se às partes que, por convenção expressa em favor de determinada instituição, atraiam para a resolução de suas disputas o atributo da confidencialidade.

No tocante à arbitragem com a Administração Pública, entretanto, com a promulgação da Lei nº 13.129/2015, introduziu-se na Lei de Arbitragem um dispositivo que estabelece, expressamente, a imposição de respeito ao princípio publicidade nas arbitragens em que o Poder Público é parte⁴.

O princípio da publicidade, consagrado pelo art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988⁵, guarda relação direta com o princípio democrático, estando ligado ao direito de informação dos cidadãos e ao dever de transparência do Estado (Mendes; Branco, 2023, p. 470).

Nesse sentido, o princípio da publicidade exige que os atos do Estado sejam levados ao conhecimento de todos, ressalvadas as hipóteses em que

2 “Art. 13. [...] § 6º. § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”. (Brasil, 1996).

3 “Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento” (Brasil, 1996).

4 “Art. 2º. § 3º. **A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade**” [grifo nosso]. (Brasil, 1996.)

5 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]” (Brasil, 1988).

se justifique o sigilo. Quanto às finalidades do aludido princípio, discorre Marçal Justen Filho:

A publicidade desempenha duas funções complementares. Por um lado, assegura a todos o poder de obter informações relativamente às ações e omissões praticadas por agentes estatais e mesmo não estatais, quando na gestão de recursos públicos. Por outro lado, a garantia do conhecimento por quaisquer terceiros é um fator de desincentivo à prática de atos reprováveis, eis que eleva a possibilidade de que as práticas reprováveis sejam reveladas. (Justen Filho, 2023, p. 72).

A nova redação da Lei de Arbitragem, entretanto, não especificou qual seria a amplitude da publicidade no âmbito dos procedimentos arbitrais com a participação do Poder Público. Nem mesmo o advento de novos diplomas normativos, que sedimentaram a compatibilidade da utilização da arbitragem com o regime jurídico administrativo, a exemplo da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, foi capaz de fornecer respostas mais precisas quanto ao sentido e à extensão do dever de publicidade aplicável às arbitragens com o Poder Público (Brasil, 2021).

Por ocasião da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios organizada pelo Conselho da Justiça Federal, incipientemente endereçando-se à lacuna apontada, aprovou-se o Enunciado n. 4, segundo o qual caberia à Administração Pública promover a publicidade na arbitragem observando o disposto na Lei nº 12.527/2011, a Lei de Acesso à Informação (LAI), sem prejuízo à mitigação da publicidade nos casos de sigilo previstos em lei, a juízo do árbitro⁶.

Conforme o art. 3º da Lei de Acesso à Informação, que estabelece as diretrizes para a execução dos procedimentos previstos no diploma normativo, é imperioso o fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na Administração Pública; a observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; a divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; a utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; e o desenvolvimento do controle social da Administração Pública.

Ademais, o art. 10 da LAI estabelece a possibilidade de que o Poder Público receba pedidos de acesso a informações, regulamentando-o de modo que o pedido deverá conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida. A publicidade estabelecida pela LAI, entretanto, é

6 “Enunciado n. 4. Na arbitragem, cabe à Administração Pública promover a publicidade prevista no art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/1996, observado o disposto na Lei nº 12.527/2011, podendo ser mitigada nos casos de sigilo previstos em lei, a juízo do árbitro”. (CJF, 2016).

excepcionada nos termos de seu art. 22, que expressamente prevê a imposição do sigilo legal, do segredo de justiça e dos segredos industriais decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o Poder Público (Brasil, 2011).

Identificando que as disposições da LAI são insuficientes para a definição compreensiva do sentido e da extensão da publicidade quando é parte a Administração Pública, este artigo se propõe a investigar o escopo do princípio da publicidade nas arbitragens com o Poder Público à luz da realidade praticada nos diversos entes federados brasileiros, cotejando-a com os regulamentos de algumas das principais instituições arbitrais que atuam no País e com experiências internacionais relativas à transparência na arbitragem investidor-Estado.

1. A PRÁTICA DOS ENTES FEDERADOS QUANTO À PUBLICIDADE DA ARBITRAGEM

À falta de uma definição precisa, na Lei de Arbitragem, acerca do escopo do princípio constitucional da publicidade no âmbito das arbitragens com a Administração Pública, coube aos entes federados brasileiros a tarefa de disciplinar, em suas respectivas esferas, a extensão e a forma mediante a qual se disponibilizariam informações sobre os procedimentos em que participam.

Nos termos da Constituição Federal, a Advocacia-Geral da União (AGU) é a instituição responsável pela representação judicial e extrajudicial da União⁷. Para racionalizar o assessoramento jurídico e a representação da administração direta da União em procedimentos arbitrais, o Advogado-Geral da União editou, em 13 de junho de 2019, a Portaria AGU nº 320, que instituiu o NEA - Núcleo Especializado em Arbitragem – (AGU, 2019). Uma das competências do NEA, expressamente prevista no art. 2º do ato normativo acima, é a de “sistematizar e dar publicidade às informações relativas a arbitragens envolvendo a União”.

Em seu portal na rede mundial de computadores⁸, o NEA publica a planilha de Arbitragens da União, documento que contém dados sobre todos os procedimentos arbitrais ativos ou encerrados em que a União é ou foi

7 “Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”. (Brasil, 1988).

8 O site do NEA pode ser encontrado na seguinte URL: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/nea>. Acesso em: 28 jan. 2024.

parte⁹. Na planilha, informa-se o número do procedimento e a câmara de arbitragem em que tramita ou tramitou, o setor da controvérsia – energia, infraestrutura, societário, entre outros -, o valor em discussão, o nome dos árbitros que compõem os tribunais arbitrais, a identificação das partes, a fase processual em que se encontra a respectiva arbitragem, bem como um resumo das principais ocorrências de cada um dos procedimentos. Nesse mesmo portal, também se encontra uma planilha referente às câmaras de arbitragem credenciadas junto à instituição¹⁰.

Além das planilhas, o NEA dá publicidade às estatísticas de sua atuação e a todos os termos de arbitragem, atas de missão, decisões interlocutórias e sentenças arbitrais parciais e finais concernentes aos procedimentos arbitrais da União.

As autarquias e fundações públicas federais, entretanto, são representadas judicial e extrajudicialmente pela Procuradoria-Geral Federal (PGF), órgão vinculado à Advocacia-Geral da União, nos termos da Lei nº 10.480/2002¹¹. Nesse sentido, coube à PGF a elaboração de mecanismos para sistematizar a atuação de seus quadros em procedimentos arbitrais, inclusive quanto à efetivação do princípio da publicidade.

Em 14 de março de 2022, o Procurador-Geral Federal editou a Portaria Normativa nº 15/PGF/AGU, instituindo a Equipe Nacional Especializada em Arbitragem da Procuradoria-Geral Federal – ENARB -, que tem como um de seus objetivos “promover e difundir o conhecimento e boas práticas sobre resolução extrajudicial de disputas no âmbito da Procuradoria-Geral Federal” (PGF/AGU, 2022).

No *website* da ENARB¹², publicam-se informações referentes a todos os casos em andamento com a participação de autarquias e fundações federais, inclusive aqueles em que a ENARB não exerce a representação da entidade federal. Entre elas, encontram-se o número do procedimento e a câmara de arbitragem, a identificação das Partes, o valor em disputa, as atas

9 A Planilha de Arbitragens da União pode ser encontrada na seguinte URL: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/20240115-planilha-de-arbitragens-da-uniao.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2024.

10 A Planilha de Câmaras Credenciadas pela AGU pode ser encontrada na seguinte URL: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/20230911-planilha-de-camaras-credenciadas.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2024.

11 “Art. 10. À Procuradoria-Geral Federal compete a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial.” (Brasil, 2002).

12 O *site* da ENARB pode ser encontrado na seguinte URL: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/subprocuradoria-federal-de-consultoria-juridica/equipe-nacional-de-arbitragens-enarb>. Acesso em: 28 jan. 2024.

de missão, os termos de arbitragem, as decisões cautelares e as sentenças parciais proferidas.

O portal compila, também, todas as sentenças arbitrais definitivas prolatadas em arbitragens com autarquias e fundações públicas federais, também incluindo os casos em que a ENARB não exerceu a representação da entidade.

Ademais, na seção de seu sítio eletrônico intitulada “*dúvidas frequentes*”, a ENARB esclarece que é possível obter acesso a outros documentos das arbitragens citadas no portal, com fundamento no princípio da publicidade expresso no artigo 2º, § 3º da Lei de Arbitragem, mediante solicitação que deve ser feita à autarquia ou fundação pública federal envolvida no procedimento em questão. Informações e documentos considerados sensíveis e abrangidos por algum tipo de sigilo legal, entretanto, não poderão ser compartilhados, conforme a ressalva feita pelo art. 22 da Lei nº 12.527/2011, a Lei de Acesso à Informação¹³.

No âmbito dos Estados, verifica-se que muitos já possuem atos normativos próprios disciplinando a utilização da arbitragem em suas respectivas esferas, comumente sob a forma de Decretos editados pelo chefe do poder executivo em questão, no exercício de suas atribuições de dispor sobre a organização e o funcionamento da administração pública estadual.

Quanto à publicidade na arbitragem com o Poder Público, nota-se que os atos normativos publicados por algumas unidades federativas optaram somente por fazer referência à sistemática constante da Lei nº 9.307/1996, com as alterações da Lei nº 13.129/2015, e por estabelecer que a arbitragem deverá respeitar os princípios que regem a Administração Pública, sem maiores considerações quanto à aplicação prática da publicidade¹⁴.

Estados como Rio de Janeiro, São Paulo, Santa Catarina e Goiás, por outro lado, possuem normas específicas quanto à amplitude do princípio da publicidade aplicado aos procedimentos arbitrais em que participam seus órgãos e/ou entidades da administração indireta.

O Estado do Rio de Janeiro, publicou em 19 de fevereiro de 2018, o Decreto nº 46.245, que regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir conflitos que envolvam o Estado ou suas entidades (Rio de Janeiro (Estado), 2018). O art. 13 do Decreto, integralmente dedicado à temática da publicidade, estabelece que os atos do processo arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo, de segredo de justiça, de segredo industrial

13 “Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público”. (Brasil, 2011).

14 A título de exemplo, mencionam-se as seguintes: Lei nº 19.477/2011 (MG); Lei nº 15.627/2015 (PE); e Lei nº 10.885/2018 (ES).

decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o Poder Público.

Adiante, no parágrafo 1º do artigo acima, especifica-se que para fins de atendimento ao dever de publicidade, consideram-se atos do processo arbitral as petições, os laudos periciais e as decisões dos árbitros de qualquer natureza.

Não por coincidência, a audiência arbitral não constou no rol de atos do processo arbitral para fins de publicidade. Conforme o parágrafo 2º do art. 13, a audiência arbitral deve respeitar o princípio da privacidade, sendo reservada aos árbitros, aos secretários do tribunal arbitral, às partes, aos respectivos procuradores, às testemunhas, aos assistentes técnicos, aos peritos, aos funcionários da instituição de arbitragem e às demais pessoas previamente autorizadas pelo tribunal arbitral.

Quanto à forma de publicação dos atos do procedimento arbitral, interessante apontar que, nos termos do Decreto nº 46.245/2018, os atos do procedimento arbitral só serão disponibilizados mediante requerimento de eventual interessado à Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE/RJ).

Além disso, o Decreto fluminense estabelece que a instituição de arbitragem, quando consultada, poderá informar a terceiros sobre a existência da arbitragem, a data do requerimento de arbitragem, o nome das partes, o nome dos árbitros e o valor envolvido na controvérsia. Ainda nos termos do Decreto nº 46.245/2018, compete ao tribunal arbitral a decisão de pedidos formulados por quaisquer das partes quanto ao sigilo de documentos ou de informações protegidos por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das partes.

Em São Paulo, também dispendo sobre o uso da arbitragem para a resolução de conflitos em que a participa a administração pública estadual – direta e autárquica –, publicou-se em 31 de julho de 2019 o Decreto nº 64.356, que reserva uma seção para tratar do dever de publicidade (São Paulo (Estado), 2019).

Em seus termos, os atos do procedimento arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo ou segredo de justiça. Como atos do procedimento arbitral, para fins de publicação, consideram-se as petições, os laudos periciais, os termos de arbitragem ou instrumentos congêneres e as decisões dos árbitros.

Novamente, destaca-se o fato de que as audiências arbitrais não constam entre os atos passíveis de divulgação em respeito ao princípio da publicidade. Conforme o art. 12, § 3º do Decreto paulistano, embora não haja menção à aplicabilidade do princípio da privacidade, tem-se que as

audiências do procedimento arbitral poderão ser reservadas aos árbitros, aos secretários do Tribunal Arbitral, às partes, aos respectivos procuradores, às testemunhas, aos assistentes técnicos, aos peritos, aos funcionários da câmara arbitral e às pessoas previamente autorizadas pelo Tribunal Arbitral.

A principal diferença entre as normas estabelecidas pelo Palácio dos Bandeirantes e aquelas constantes do Decreto nº 46.245/2018 (RJ) diz respeito à forma de publicação dos atos do procedimento arbitral: enquanto no Rio de Janeiro a publicação depende de requerimento de eventual interessado, o ato normativo paulista estabelece que a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (PGE/SP) disponibilizará os atos do procedimento arbitral na rede mundial de computadores¹⁵, independentemente de qualquer requerimento.

Por meio da publicação dos Decretos nº 9.929/2021 (Goiás, 2021) e nº 2.241/2022 (Santa Catarina, 2022), as administrações estaduais de Goiás e de Santa Catarina resolveram adotar a posição do Estado de São Paulo quanto à publicidade nas arbitragens com a participação de seus órgãos ou entidades, definindo que a divulgação das informações não depende de requerimento de eventual interessado.

Conforme o Decreto nº 9.292/2021 do Estado de Goiás, compete às câmaras arbitrais assegurar a publicidade dos atos do procedimento arbitral, sob pena de descredenciamento, enquanto o Decreto nº 2.241/2022 do Estado de Santa Catarina estabelece que a Procuradoria Geral do Estado disponibilizará os atos do procedimento arbitral na internet.

Ademais, ambos os atos normativos estabelecem que as audiências poderão ser reservadas e que são atos do procedimento arbitral passíveis de publicação as petições, os laudos periciais, os termos de arbitragem ou instrumentos congêneres e as decisões dos árbitros.

2. ARBITRAGEM INSTITUCIONAL NO BRASIL E O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Ante a imposição legal de respeito ao princípio da publicidade nas arbitragens com a Administração Pública, as câmaras de arbitragem que atuam no País tiveram que adaptar-se ao novo paradigma, adotando normas e procedimentos próprios para conferir transparência e publicidade aos procedimentos com a participação do Poder Público.

De acordo com levantamento realizado pela Prof^a. Selma Lemes, referente ao ano de 2022 (Lemes, 2023), as três instituições que administravam o maior número de procedimentos arbitrais em andamento no Brasil eram, respectivamente, o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio

15 A publicação dos atos pode ser encontrada na seguinte URL. https://www.pge.sp.gov.br/Portal_PGE/Portal_Arbitragens/paginas/. Acesso em: 25 jan. 2024.

Brasil-Canadá (CAM-CCBC), a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) e a Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem de São Paulo-CIESP/FIESP (Câmara CIESP/FIESP).

Importa analisar, portanto, o regramento dado por essas instituições ao princípio da publicidade aplicável aos procedimentos com a participação do Poder Público e de suas entidades.

No âmbito do CAM-CCBC, a publicidade em procedimentos que envolvem a Administração Pública direta é disciplinada pela Resolução Administrativa nº 15/2016 (CAM-CCBC, 2016). Em suas disposições, a norma estabelece que as partes, no termo de arbitragem, disporão sobre quais informações e documentos poderão ser divulgados, bem como sobre a forma de divulgação, devendo-se respeitar o sigilo protegido por lei e relativo a segredos comerciais, documentos de terceiros, contratos privados com cláusula de confidencialidade e matérias protegidas por direitos de propriedade intelectual.

Quanto às audiências do procedimento arbitral, observado o disposto pelas partes no termo de arbitragem, a Resolução do CAM-CCBC estabelece que essas serão reservadas às partes e procuradores.

Ademais, a RA/2016 atribui ao tribunal arbitral a competência para decidir sobre os pedidos formulados por qualquer das partes quanto ao sigilo de documentos ou informações protegidas por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das partes.

Não obstante, a Resolução Administrativa do CAM-CCBC institui que o Centro poderá informar terceiros sobre a existência do procedimento arbitral, a data do requerimento de arbitragem e o nome das partes, podendo inclusive disponibilizar esses dados no *site* da instituição. Documentos e demais informações a respeito dos procedimentos, entretanto, não serão fornecidos pela instituição arbitral, que expressamente atribui à parte que integra a Administração Pública direta a responsabilidade de fornecer – consoante a legislação que lhe é aplicável - informações complementares e documentos relativos à arbitragem, observados os limites legais e as disposições do termo de arbitragem.

A Câmara CIESP/FIESP, por sua vez, regulamenta o princípio da publicidade nas arbitragens com a Administração Pública através de sua Resolução nº 9/2021 (Câmara Ciesp/Fiesp, 2021). Conforme o diploma normativo, a Secretaria da Câmara divulgará as seguintes informações em seu *sítio eletrônico*: a existência do procedimento arbitral, a data do requerimento de instauração da arbitragem, o nome das partes e o número do procedimento¹⁶.

16 A publicação dessas informações pode ser encontrada na seguinte URL: <https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/arbitragens-administracao-publica.html>. Acesso em: 24 jan. 2024.

Informações adicionais, nos termos da Resolução nº 9/2021, somente serão prestadas a terceiros interessados mediante consulta às partes e ao tribunal arbitral, observando os ditames legais. Além disso, o documento estabelece que a Câmara CIESP/FIESP fica autorizada pelas partes e pelos árbitros a divulgar a sentença arbitral em seu *site*, em suas publicações e em seus materiais acadêmicos, salvo manifestação expressa de qualquer das partes em sentido contrário.

Na hipótese de haver um requerimento de acesso a atos e conteúdo de procedimento arbitral que envolva a Administração Pública num momento em que o processo já tenha sido encerrado ou que ainda não tenha sido instalado o tribunal arbitral, a decisão caberá ao Presidente da Câmara CIESP/FIESP.

Por fim, a Resolução nº 9/2021 estabelece que a sua vigência é imediata, ressalvando-se as peculiaridades convencionadas pelas partes no caso concreto.

A Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) instalou-se no Brasil no ano de 2017. Com vistas à adequação de seus procedimentos ao ordenamento jurídico pátrio, especialmente no que tange ao princípio da publicidade das arbitragens com a participação do Poder Público, a CCI publicou em 13 de novembro de 2023 a Nota Sobre o Funcionamento do Escritório Brasileiro do Secretariado da Corte¹⁷ (CCI, 2023), cujo capítulo VIII estabelece as condições em que se exercerá o dever de publicidade no âmbito da instituição.

Consoante a Nota, a CCI poderá publicar conteúdos acerca da resolução de disputas com a participação dos entes federativos brasileiros e de suas entidades, nos seguintes termos. Somente serão publicados os casos que, cumulativamente, envolvam a Administração Pública brasileira e sejam administrados pelo Escritório da Secretaria da Corte da CCI em São Paulo (SCIAB), desde o seu estabelecimento em 18 de outubro de 2017.

Adiante, a Nota estabelece que a publicidade abrangerá somente as submissões principais das partes – sem incluir os anexos –, os termos de arbitragem, as ordens processuais e as sentenças arbitrais referentes aos procedimentos com a participação do Poder Público. Não serão divulgados quaisquer atos, submissões e documentos que sejam sigilosos por lei ou por determinação do tribunal arbitral.

Fazendo referência ao art. 8º do Apêndice I do Regulamento de Arbitragem da CCI, a Nota esclarece que são confidenciais os documentos submetidos à Corte e aqueles elaborados por ela ou pela Secretaria, de modo que não serão publicados. A Secretaria reservou-se também o direito de, discricionariamente, anonimizar dados pessoais incluídos nos documentos

17 Tradução livre do original, em inglês: *Note on the Functioning of the Brazilian Office of the Secretariat of the Court. (CCI. Note on the Functioning of the Brazilian Office of the Secretariat of the Court, de 13 de novembro de 2023).*

que serão alvo de publicação até o ponto em que se faça necessário para cumprir com as normas de proteção de dados aplicáveis.

Por fim, a Nota estabelece que, em todos os casos, as audiências arbitrais serão privadas, conduzidas somente com a presença das partes e de seus representantes, dos árbitros, das testemunhas, dos peritos e assistentes técnicos, de tradutores, empregados da Secretaria, do Centro de Audiências, ou quaisquer pessoas autorizadas pelo tribunal arbitral.

A publicação dos documentos pela CCI é feita por meio de sua Biblioteca de Resolução de Disputas, publicada na rede mundial de computadores em parceria com o *website* Jus Mundi¹⁸.

3. EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS: A TRANSPARÊNCIA NAS ARBITRAGENS INVESTIDOR-ESTADO

Analizadas as normas e práticas que determinam o sentido e a extensão do princípio da publicidade no contexto da arbitragem com a Administração Pública no Brasil, interessa cotejá-las com algumas experiências internacionais concernentes à crescente demanda por transparência na arbitragem público-privada.

Diante do flagrante interesse público envolvido em suas controvérsias, a questão da transparência foi alvo de intenso debate no âmbito das arbitragens de investimentos, que contrapõem investidores estrangeiros e Estados soberanos, receptores do investimento.

Nas arbitragens de investimentos, muitos são os casos em que a disputa entre o particular e o Estado envolve matérias sensíveis à coletividade, como a saúde pública, o meio ambiente, a ocorrência de crises econômicas, de alegações de corrupção contra gestores públicos, ou até mesmo a própria prestação e a continuidade de serviços públicos ou de utilidade pública, que podem ser mantidos por investimentos estrangeiros (Foden; Repousis, 2019). Não obstante, na adversa eventualidade de uma condenação, a simples participação do Estado na arbitragem pode representar vultosas contingências sobre o erário.

Nesse sentido, diversas críticas foram direcionadas à legitimidade da arbitragem de investimentos, especialmente por se considerar que a falta de transparência seria incompatível com o regime jurídico de direito público e com os princípios democráticos.

Ante à escalada dos debates, o dever de transparência passou a figurar entre as prioridades das instituições responsáveis pela administração das arbitragens de investimentos, bem como de organizações intergovernamentais

18 A *ICC Dispute Resolution Library* é publicada na seguinte URL: <https://jusmundi.com/en/icc-dispute-resolution-library>. Acesso em: 25 jan. 2024.

e dos próprios Estados. Esse movimento, em 2014, levou à criação das Regras da UNCITRAL sobre Transparência na Arbitragem Investidor-Estado Baseada em Tratado (UNCITRAL, 2014), que estabelecem uma presunção de abertura sobre as arbitragens de investimentos e procuram equilibrar o interesse público em favor da publicidade com o postulado da eficiência do procedimento arbitral (Miles; Goh, 2021).

Conforme as Regras da UNCITRAL, deve ser dada publicidade a documentos e informações como o requerimento de arbitragem, o nome das partes disputantes, o setor econômico da disputa, o tratado do qual originou-se a controvérsia e as submissões escritas. Ressalvou-se, entretanto, a discricionariedade do tribunal arbitral para estabelecer situações excepcionais à transparência, como a proteção de segredos comerciais e de interesses estratégicos dos Estados. Além disso, o diploma estende a publicidade até mesmo às audiências arbitrais, que serão realizadas em privacidade quando se impuser a proteção de informações sigilosas ou da integridade do procedimento (UNCITRAL, 2014).

Ainda em 2014, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Convenção sobre Transparência na Arbitragem Investidor-Estado Baseada em Tratado, também conhecida como a Convenção das Maurícias, que teve como objetivo a ampliação do escopo de incidência das Regras da UNCITRAL – inicialmente aplicáveis somente para tratados de investimento anteriores a 1º de abril de 2014 – para abranger também os tratados concluídos anteriormente a essa data, suplementando-os quanto ao dever de transparência aplicável à resolução de disputas por arbitragem (Nações Unidas, 2017).

Relevantes lições acerca do sentido e da extensão aplicáveis ao dever de transparência que surgia no âmbito das arbitragens de investimentos podem ser encontradas, também, por meio da análise de decisões paradigmáticas proferidas sob a égide do Centro Internacional para Resolução de Disputas de Investimentos, o ICSID¹⁹.

No caso *Bivater v. Tanzania* (ICSID, 2006), o tribunal arbitral foi instado a se pronunciar quanto ao aparente conflito entre o dever de transparência e a necessidade de proteger a integridade procedimental da arbitragem. Em sua decisão, prolatada em setembro de 2006, constou que nenhuma das partes pode ser impedida de promover discussões públicas sobre as questões de interesse público discutidas na arbitragem, desde que a publicidade se atenha à divulgação de informações pertinentes e não seja utilizada como um instrumento para escalar o antagonismo entre as partes, exacerbando as suas diferenças ou pressionando injustamente uma em detrimento da outra.

Em janeiro de 2010, também decidindo sobre a extensão da transparência em arbitragem investidor-Estado, o tribunal arbitral formado

19 Sigla em inglês para “*International Centre for Settlement of Investment Disputes*”, tradução livre.

para conhecer do caso *Abaclat v. Argentina* (ICSID, 2010) reafirmou a conclusão obtida no caso *Bivater v. Tanzânia* quanto à ampla possibilidade de discussões públicas sobre as controvérsias submetidas à arbitragem. Ademais, não se verificaram quaisquer empecilhos para a divulgação da futura sentença arbitral e dos demais atos do tribunal arbitral dotados de conteúdo decisório, considerando-se que esses documentos fariam uma análise neutra da disputa e que levariam em consideração as alegações e posições de ambas as partes.

Quanto às audiências arbitrais, entretanto, o tribunal arbitral considerou que a publicação de minutas ou gravações de seu teor, especialmente se parciais ou descontextualizadas, poderiam levar a um grande risco de danificar ainda mais a relação entre as partes, sujeitando-as ao escrutínio público de maneira a pressioná-las indevidamente ou até mesmo de influenciar a atitude dos sujeitos processuais, comprometendo a integridade da arbitragem e a própria eficiência das audiências. Nesses termos, em consonância com o princípio da privacidade, decidiu-se que gravações ou minutas das audiências arbitrais não poderiam ser divulgadas, salvo com o consentimento das partes ou sob determinação do tribunal arbitral.

Para além dos precedentes de seus tribunais arbitrais, em 2022, o próprio ICSID resolveu consagrar a presunção de transparência nas arbitragens de investimentos por meio da reformulação de suas Regras de Arbitragem (ICSID, 2022).

Na nova versão do regulamento, incluiu-se um novo capítulo, integralmente dedicado à disciplina da publicidade, segundo o qual o ICSID poderá, com o consentimento das partes, publicar todas as sentenças arbitrais, decisões integrativas das sentenças, retificações, interpretações e revisões de sentenças arbitrais, bem como decisões sobre a sua anulação²⁰. Esse consentimento, entretanto, é pressuposto pelas novas regras do ICSID, só podendo ser elidido por manifestação escrita em até 60 (sessenta) dias após a prolação da decisão²¹. Ainda que uma das partes expresse sua falta de consentimento, entretanto, o ICSID, após ouvir as partes, divulgará fragmentos das sentenças arbitrais prolatadas sob os seus auspícios²².

Quanto aos documentos juntados ao procedimento, as novas regras do ICSID estabelecem que, com o consentimento das partes, o Centro publicará todas as submissões escritas e os anexos apresentados pelas partes, exceto os trechos apontados pelas partes e conjuntamente notificados ao Secretário-Geral da instituição²³.

20 Art. 62(1). Regras de Arbitragem do ICSID, 2022.

21 Art. 62(3). Regras de Arbitragem do ICSID, 2022.

22 Art. 62(4). Regras de Arbitragem do ICSID, 2022.

23 Art. 64(1). Regras de Arbitragem do ICSID, 2022.

As audiências, por sua vez, foram disciplinadas de modo que o tribunal arbitral poderá permitir que pessoas alheias às partes, às testemunhas, aos peritos e aos assistentes do tribunal estejam presentes na ocasião, exceto se alguma das partes apresentar objeção²⁴.

CONCLUSÃO

Passados quase nove anos desde a promulgação da Lei nº 13.129/2015, diploma que positivou a imposição de respeito ao princípio da publicidade no âmbito da arbitragem com a Administração Pública, ainda não se verificam normas ou práticas uniformes quanto à amplitude do aludido princípio. No silêncio da Lei de Arbitragem, coube aos entes federados e às instituições arbitrais a criação de normas próprias para a divulgação dos atos do procedimento arbitral, aplicáveis em suas respectivas esferas.

Não obstante, é possível identificar o surgimento de algumas tendências no que tange à publicidade dos procedimentos arbitrais com a participação do Poder Público e de suas entidades. Nesse sentido, destacam-se (i) a ampla divulgação dos atos do procedimento arbitral, assim compreendidos as petições, os laudos periciais, os termos de arbitragem ou instrumentos congêneres e as decisões dos árbitros, inclusive a sentença arbitral; e (ii) a aplicação do princípio da privacidade às audiências arbitrais, reservando-as somente às partes, aos seus procuradores, aos árbitros e demais pessoas essenciais à administração do procedimento.

Demonstra-se louvável a iniciativa da União Federal e de alguns Estados no sentido de dar publicidade aos atos do procedimento arbitral independentemente de requerimento por parte de interessado, fazendo-o espontaneamente através de portais eletrônicos administrados por seus órgãos da advocacia pública.

Quanto às restrições à publicidade das audiências, observadas a aceção do princípio da privacidade no contexto da arbitragem e as lições construídas pelos tribunais arbitrais do ICSID, percebe-se que as normas elaboradas pelos entes públicos pátrios estão em consonância com as melhores práticas observadas pela arbitragem internacional no sentido de sopesar-se o dever de transparência que deve incidir sobre a arbitragem com a necessidade de proteção da integridade dos procedimentos.

A privacidade das audiências não subverte o princípio da publicidade aplicável às arbitragens com a Administração Pública, tratando-se de importante atributo que garante a higidez do procedimento e a independência das partes, sem prejuízo à possibilidade de que o Estado e suas entidades

24 Art. 65(1). Regras de Arbitragem do ICSID, 2022.

promovam discussões públicas quanto ao mérito da controvérsia, utilizando-se, por exemplo, de consultas ou audiências públicas para tanto, em momento anterior ou posterior às audiências arbitrais.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Portaria nº 320, de 13 de junho de 2019*. Institui o Núcleo Especializado em Arbitragem. Brasília, DF, 2019. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/190613_portaria_agu_320_de_13_de_junho_de_2019_-_institui_o_nucleo_especializado_em_arbitragem_-_edi.pdf. Acesso em: 28 jan. 2024.

AUSTRÁLIA. High Court of Australia. *Esso Australia Resources Ltd. and others v. The Honourable Sidney James Plowman, The Minister for Energy and Minerals and others*. 1995.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26 set. 2023.

BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 18 jan. 2024.

BRASIL. *Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002*. Dispõe sobre o Quadro de Pessoal da Advocacia-Geral da União, a criação da Gratificação de Desempenho de Atividade de Apoio Técnico-Administrativo na AGU – GDAA, cria a Procuradoria-Geral Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110480.htm#:~:text=LEI%20No%2010.480%2C%20DE%20%20DE%20JULHO%20DE%202002.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Quadro%20de,Federal%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 28 jan. 2024.

BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 22 jan. 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 18 jan. 2024.

BRASIL. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 20 set. 2023.

CÂMARA CIESP/FIESP. *Resolução nº 9/2021*, de 04 de outubro de 2021.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ/CBC. *Resolução Administrativa 15/2016*, de 20 de janeiro de 2016.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. *Note on the Functioning of the Brazilian Office of the Secretariat of the Court*, de 13 de novembro de 2023.

CINSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios*. 2016.

FODEN, Timothy Foden; REPOUSIS, Odysseas G. *Giving away home field advantage: the misguided attack on confidentiality in international commercial arbitration*. in William W. Park (ed), *Arbitration International*, (© The Author(s); Oxford University Press, Vol. 35, Issue 4, 2019. Volume 35 Issue 4), p.401-418.

GOIÁS. Decreto nº 9.929, de 24 de agosto de 2021. Dispõe sobre o uso da arbitragem para a resolução de conflitos em que a administração pública estadual seja parte. Goiânia, GO, 2021. Disponível em: <https://legisla.casacivil.go.gov.br/api/v2/pesquisa/legislacoes/104268/pdf#:~:text=Art.,23%20de%20setembro%20de%201996>. Acesso em: 28 jan. 2024.

INTERNACIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Procedural Order Nº 3. ICSID Case No. ARB/05/22*. Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania. 2006.

INTERNACIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Procedural Order No. 3. (Confidentiality Order). ICSID Case No. ARB/07/5*. Abaclat and Others v. The Argentine Republic. 2010.

INTERNACIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Regras de Arbitragem do ICSID*. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

LEMES, Selma (Coord.). *Arbitragem em Números: Pesquisa 2021/2022*. São Paulo: Canal Arbitragem, 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 18. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

MILES, Wendy; GOH, Nelson. *Transparency v Confidentiality: A Fork in the Road for Arbitration?* in Gourab Banerji, Promod Nair, et al. (eds), *International Arbitration and the Rule of Law: Essays in Honour of Fali Nariman*, Permanent Court of Arbitration. 2021.

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas sobre Transparência na Arbitragem Estado-Investidor Baseada em Tratado*, em vigor desde 18 de outubro de 2017.

PGF/AGU. *Portaria Normativa nº 15/PGF/AGU, de 14 de março de 2022*. Institui a Equipe Nacional Especializada em Arbitragem da Procuradoria Geral Federal. Brasília, DF, 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-normativa-n-15/pgf/agu-de-14-de-marco-de-2022-386621140>. Acesso em: 28 jan. 2024.

RIO DE JANEIRO (Estado). *Decreto nº 46.245/2018*. Regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam o Estado do Rio de Janeiro ou suas entidades. Rio de Janeiro, RJ, 2018. Disponível em: https://www.ioerj.com.br/portal/modules/conteudoonline/mostra_edicao.php?session=VG5wQmVVNTZhekZSYTFGMFQwVmFSbEZwTURCT2VtTjZURlJuTIJGRjZUbWM5UFE9PQ==. Acesso em: 28 jan 2024.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; ALVAREZ, Pedro de Moraes Perri. *Arbitragem e a Fazenda Pública*. Revista Eletrônica de Direito Processual, [S. l.], v. 14, n. 1, 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/14545>. Acesso em: 18 jan. 2024.

SANTA CATARINA. *Decreto nº 2.241, de 31 de outubro de 2022*. Regulamenta os arts. 21 e 22 da Lei nº 18.302, de 2021, a fim de dispor sobre a convenção de arbitragem e a previsão de cláusula de mediação. Florianópolis, SC. Disponível em: <http://server03.pge.sc.gov.br/LegislacaoEstadual/2022/002241-005-0-2022-002.htm#:~:text=1%C2%BA%20Este%20Decreto%20disp%C3%B5e%20sobre,pelos%20%C3%B3rg%C3%A3os%20e%20pelas%20entidades>. Acesso em: 28 jan. 2024.

SÃO PAULO (Estado). *Decreto nº 64.356/2019*. Dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Pública direta e suas autarquias sejam parte. São Paulo, SP, 2019. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2019/decreto-64356-31.07.2019.html#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20uso%20da,e%20suas%20autarquias%20sejam%20parte>. Acesso em: 28 jan. 2024.

SMEUREANO, Illeana M. *Chapter 1: Distinguishing Confidentiality from Privacy: A Possible Definition, in Confidentiality in International Commercial Arbitration*. International Arbitration Law Library, Vol. 22, Kluwer Law International, 2011.

UNCITRAL. *Regras da UNCITRAL sobre Transparência na Arbitragem Investidor-Estado Baseada em Tratado*. 2014.