

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS  
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO**

**DIOGO DIAS DA SILVA**

**PUBLICAÇÃO DAS DECISÕES ARBITRAIS E JURISPRUDÊNCIA –  
CRITÉRIOS PARA A FORMAÇÃO DE UMA JURISPRUDÊNCIA ARBITRAL**

**SÃO PAULO  
2020**

**DIOGO DIAS DA SILVA**

**PUBLICAÇÃO DAS DECISÕES ARBITRAIS E JURISPRUDÊNCIA –  
CRITÉRIOS PARA A FORMAÇÃO DE UMA JURISPRUDÊNCIA ARBITRAL**

Dissertação apresentada à Escola de  
Direito de São Paulo da Fundação Getúlio  
Vargas como requisito para obtenção do  
título de mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Daniela Monteiro  
Gabbay.

**SÃO PAULO**

**2020**

Silva, Diogo Dias da.

Publicação das decisões arbitrais e jurisprudência – critérios para a formação de uma jurisprudência arbitral / Diogo Dias da Silva. - 2020.

170 f.

Orientador: Daniela Monteiro Gabbay.

Dissertação (mestrado profissional) - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

1. Poder judiciário - Brasil. 2. Arbitragem (Processo civil) - Jurisprudência. 3. Direito - Brasil - Jurisprudência. I. Gabbay, Daniela Monteiro. II. Dissertação (mestrado profissional) - Escola de Direito de São Paulo. III. Fundação Getulio Vargas. IV. Título.

CDU 340.143(81)

Ficha Catalográfica elaborada por: Raphael Figueiredo Xavier CRB SP-009987/O

Biblioteca Karl A. Boedecker da Fundação Getulio Vargas - SP

**DIOGO DIAS DA SILVA**

**PUBLICAÇÃO DAS DECISÕES ARBITRAIS E JURISPRUDÊNCIA –  
CRITÉRIOS PARA A FORMAÇÃO DE UMA JURISPRUDÊNCIA ARBITRAL**

Dissertação apresentada à Escola de  
Direito de São Paulo da Fundação Getulio  
Vargas como requisito para obtenção do  
título de mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Daniela Monteiro  
Gabbay.

Data de aprovação 04/11/2020

Banca Examinadora:

---

Profa. Dra. Daniela Monteiro Gabbay  
(Orientadora)  
FGV Direito SP

---

Profa. Dra. Lie Uema do Carmo  
FGV Direito SP

---

Profa. Dra. Selma Maria Ferreira Lemes

Para André, impossível desejar um futuro melhor senão para ele.

Para Claudia, que trouxe sentido ao meu projeto de vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Em 2018 iniciei o mestrado em meio a profundas transformações em minha vida pessoal e profissional. Chego ao seu fim no instante de uma caótica pandemia de proporções mundiais. Foi um período de muita dedicação e esforço, mas quando olho em perspectiva, hoje sou melhor do que ontem. Aos que contribuíram para esta caminhada, minha gratidão.

À Claudia, sempre. Obrigado pela paciência e compreensão, pelo apoio incansável, pela generosa e incondicional doação. Sem ela não seria possível vencer tantos desafios;

Ao velho amigo e novo sócio Roberto Liesegang, ao novo velho amigo e sócio Pedro Bernardini. A Horacio Bernardes Neto, pelo incentivo e generosidade profissional. Ao jovem Lucca Godoi e a todos os meus amigos do escritório, pela acolhida e suporte.

Agradeço à professora Dra. Daniela Monteiro Gabbay, pelo estímulo intelectual, pela serenidade, compreensão e pelas contribuições sempre profícuas a este trabalho.

Agradeço ao professor Rabih Nasser, pelo entusiasmo e o encorajamento desde a primeira hora.

Aos meus pais, pelos princípios e valores que carrego em mim.

*Justice should not only be done but should manifestly and undoubtedly be seen to be done.*

(Lord Hewart, *R v Sussex ex parte McCarthy* [1924] 1 KB 256; [1923]).

## **RESUMO**

O presente trabalho explora a aparente oposição entre a confidencialidade na arbitragem comercial doméstica institucional e o interesse na divulgação da atividade jurisdicional arbitral, especialmente com o fim de formar uma jurisprudência arbitral. Avaliam-se os contornos da confidencialidade da arbitragem doméstica institucional e as principais razões que levam os usuários deste sistema a identificar este atributo como vantajoso. De igual modo, investiga-se o caráter público da atividade jurisdicional, apontando-se os principais benefícios desta publicidade e as razões que estruturam este interesse social e coletivo. Ao ponderar estes elementos, procura-se conciliar o conteúdo adequado para atender a conveniência da confidencialidade, o interesse sobre a atividade jurisdicional arbitral e a formação de uma jurisprudência arbitral. Em vista da constatação de que, no Brasil, a divulgação das decisões arbitrais é insuficiente para atender o interesse social, procura-se contribuir para o aprimoramento da prática, inclusive visado a formação de uma jurisprudência arbitral. O trabalho apresenta critérios para a seleção de conteúdo e estratificação de dados, bem como recomendo os meios de divulgação e formatos mais adequados para a divulgação da atividade jurisdicional arbitral a fim de favorecer a formação de uma jurisprudência arbitral.

Palavras-chave: Arbitragem. Jurisprudência arbitral. Confidencialidade. Publicidade da jurisdição. Jurisdição arbitral. Divulgação das decisões arbitrais. Precedentes arbitrais.



## **ABSTRACT**

The present work explores the apparent opposition between confidentiality in Brazilian institutional commercial arbitration and the interest in disclosing the arbitration jurisdictional activity, especially with the aim of forming an arbitration jurisprudence. This research evaluates the outlines confidentiality in Brazilian institutional arbitration and the main reasons that lead this system's users to consider it as advantageous. Likewise, it investigates the principle of publicity of the jurisdictional activity, identifying the main benefits of this publicity and the reasons that structure this social and general interests. When taking these elements into consideration, the analysis seeks to reconcile the appropriate content to attend the convenience of confidentiality, the interest on the arbitration jurisdictional activity and the formation of an arbitration jurisprudence. Taking into account that, in Brazil, the disclosure of arbitration decisions is insufficient to attend the social interests, this research intends to contribute with the improvement of this practice, aiming, also, the formation of an arbitration jurisprudence. The analysis offers criteria for the selection of content and data stratification, as well as recommends ways of disclosure and most appropriate formats for the dissemination of jurisdictional activity in order to benefit the formation of an arbitration case law.

**Keywords:** Arbitration. Arbitral jurisprudence. Confidentiality. Jurisdiction publicity. Arbitral jurisdiction. Publicization of arbitration decisions. Arbitral precedents.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AMCHAM	Câmara Americana de Comércio
ARBITAC	Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná
CAESP	Conselho Arbitral do Estado de São Paulo
CAM	Câmara de Arbitragem do Mercado
CAM-CCBC	Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá
CAMARB	Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial
CAS	Tribunal Internacional do Esporte
CBAr	Comitê Brasileiro de Arbitragem
CBMAE	Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial
CC	Conflito de Competência
CCEE	Câmara de Comercialização de Energia Elétrica
CCI	Câmara de Comércio Internacional
CESA	Centro de Estudos das Sociedades de Advogados
CF	Constituição Federal
CIESP	Centro das Indústrias do Estado de São Paulo
CLOUT	<i>Case law on Uncitral texts</i>
CONIMA	Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem
CPC	Código de Processo Civil
ICSID	Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos
IRDR	Incidente de Resolução Demandas Repetitivas
ISCC	Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo
LIUC	<i>Università Carlo Cattaneo</i>
MS	Mandado de Segurança
ONU	Organização das Nações Unidas
PET	Petição
SE	Sentença Estrangeira
TRFs	Tribunais Regionais Federais
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>1</b>	<b>ARBITRAGEM E CONFIDENCIALIDADE.....</b>	<b>16</b>
1.1	Vantagens da confidencialidade na arbitragem.....	16
1.2	<b>A confidencialidade como elemento inerente ao procedimento arbitral.....</b>	<b>22</b>
1.2.1	Confidencialidade no procedimento arbitral brasileiro.....	28
1.2.1.1	Dever de discrição dos árbitros.....	30
1.2.1.2	Dever de confidencialidade das instituições arbitrais.....	32
1.3	<b>Confidencialidade, privacidade e sigilo.....</b>	<b>34</b>
<b>2</b>	<b>ARBITRAGEM COMO JURISDIÇÃO.....</b>	<b>39</b>
2.1	<b>Natureza jurídica da arbitragem.....</b>	<b>39</b>
2.1.1	Teoria contratual.....	39
2.1.2	Teoria jurisdicional.....	41
2.1.3	Teoria mista.....	45
2.1.4	Teoria autônoma.....	46
2.1.5	Conclusão.....	47
2.2	<b>A publicidade como valor para a jurisdição.....</b>	<b>50</b>
<b>3</b>	<b>PUBLICIDADE DA ATIVIDADE JURISDICIONAL E JURISPRUDÊNCIA.....</b>	<b>55</b>
3.1	<b>A contribuição da jurisprudência.....</b>	<b>57</b>
3.2	<b>A contribuição da jurisprudência – perspectiva econômica e social.....</b>	<b>62</b>
3.3	<b>Missão do poder jurisdicional.....</b>	<b>69</b>
3.4	<b>Transparência e legitimidade.....</b>	<b>72</b>
<b>4</b>	<b>CRÍTICAS À FORMAÇÃO DE UMA JURISPRUDÊNCIA ARBITRAL.....</b>	<b>79</b>
<b>5</b>	<b>DIVULGAÇÃO E CONFIDENCIALIDADE.....</b>	<b>88</b>
5.1	<b>Publicação como fonte de jurisprudência e confidencialidade.....</b>	<b>89</b>
5.2	<b>O objeto do interesse social.....</b>	<b>90</b>
5.3	<b>A conveniência do particular.....</b>	<b>92</b>

5.4	<b>Função social e confidencialidade .....</b>	96
5.5	<b>Seleção das decisões e do conteúdo da divulgação.....</b>	101
5.5.1	Nome dos árbitros.....	108
5.5.2	Expurgo dos dados privados e confidenciais.....	114
5.6	<b>Acessibilidade das decisões.....</b>	118
5.6.1	O papel dos órgãos arbitrais institucionais.....	120
6	<b>A DIVULGAÇÃO DAS DECISÕES ARBITRAIS NO BRASIL.....</b>	127
6.1	<b>Corte Internacional de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI).....</b>	129
6.2	<b>Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM).....</b>	133
7	<b>A EXPERIÊNCIA NA PRÁTICA DAS INSTITUIÇÕES ARBITRAIS. ....</b>	136
8	<b>DIRETRIZES PARA A DIVULGAÇÃO DAS DECISÕES ARBITRAIS.....</b>	140
8.1	<b>Detalhamento nos regulamentos de arbitragem.....</b>	140
8.1.1	Critérios de seleção.....	141
8.1.2	Conteúdo desejável.....	143
8.1.3	Critério de expurgo.....	141
8.1.4	Acesso e formato.....	145
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	147
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	152
	<b>ANEXO A .....</b>	170

## INTRODUÇÃO

A partir da promulgação da Lei nº 9.307/1996, e de sua declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>1</sup>, a arbitragem experimentou um rápido desenvolvimento, consolidando-se como um relevante mecanismo de solução de controvérsias no Brasil<sup>2</sup>.

Em razão de suas características, essencialmente marcadas pela autonomia de vontade, i.e. pela vontade das partes de submeter determinado conflito a este método privado de composição, muito se discutiu acerca da natureza jurídica da arbitragem no contexto nacional.

As principais teorias em oposição – teoria contratualista (ou privatista) e teoria jurisdicional (publicista) – debatiam, em síntese, se as sentenças proferidas pelos árbitros teriam natureza privada e contratual ou se tais decisões possuiriam caráter jurisdicional.

Após a reforma da lei de arbitragem (Lei nº 13.129/2015) e a entrada em vigor do Código de Processo Civil (CPC) (Lei nº 13.105/2015), as divergências arrefeceram. Atualmente, pode-se dizer que o caráter jurisdicional da arbitragem é largamente reconhecido e que o árbitro detém poder jurisdicional equivalente ao juiz togado. Neste sentido, a sentença arbitral faz coisa julgada e não está sujeita a recurso ou revisão do Judiciário. Ainda que este exerça um controle sobre os eventuais vícios procedimentais, esta atuação é restrita, não havendo possibilidade de reexame do mérito, leia-se: dos fatos ou do direito declarado<sup>3</sup>.

A arbitragem, pois, está estabelecida como um meio jurisdicional de solução de

---

<sup>1</sup> A Lei nº 9.307/96 foi declarada constitucional no julgamento de recurso em processo de homologação de Sentença Estrangeira no SE 5.206, em dezembro de 2001.

<sup>2</sup> A pesquisadora Selma Lemes aponta que no período entre 2010 e 2017 o número de arbitragem vem crescendo com grande velocidade, tendo atingido em o patamar de 1567 casos novos nas 6 (seis) instituições por ela pesquisada. (LEMES, Selma. **Pesquisa – 2018** - Arbitragem em Números e Valores. Seis Câmaras. 8 anos. Período de 2010 (jan./dez) a 2017 (jan./dez.). Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise%20Pesquisa%20Arbitragens%20Ns.%20e%20Valor%20es-%202010%20a%202017%20-final.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2020).

<sup>3</sup> Cf. art. 31 e art. 32 da Lei de Arbitragem.

litígios definitivo e alternativo ao Poder Judiciário. Costuma-se apontar como principais benefícios da arbitragem sobre o judiciário a maior celeridade, eficiência, grau de especialização do julgador, neutralidade de foro e flexibilidade do procedimento<sup>4</sup>.

Além disso, a confidencialidade do procedimento arbitral sempre foi propalada como uma grande virtude da arbitragem comercial<sup>5</sup>. E é justamente a ponderação quanto aos efeitos desta confidencialidade frente ao princípio da publicidade do processo e da atividade jurisdicional sobre a qual o presente trabalho pretende se debruçar.

A aplicação da confidencialidade de forma indistinta nas arbitragens comerciais, como hoje prepondera, vem obstando o conhecimento da jurisdição produzida em sede arbitral e, conseqüentemente, impedindo que se alcancem os efeitos positivos que a divulgação das decisões arbitrais pode (ou poderia) gerar, em especial com a formação de uma jurisprudência arbitral.

Diante desta realidade, pretende-se explorar a tensão entre o direito do particular à confidencialidade arbitral em contraposição ao princípio da publicidade da jurisdição e ao interesse público, este apoiado, essencialmente, nos benefícios que tal divulgação representa para a sociedade e para o sistema arbitral, como meio de resolução de litígio.

No primeiro capítulo deste trabalho, busca-se examinar a importância da confidencialidade no processo arbitral, bem como explorar sua natureza, seus contornos e fundamentos. Conforme poderá ser observado, a confidencialidade

---

<sup>4</sup> GABBAY e PASTORE esclarecem que “A arbitragem é uma forma de solução de conflitos bastante utilizada na área empresarial. Isso porque ela traz importantes vantagens ao mundo dos negócios, como a confidencialidade (evitando o uso das informações do litígio pelos concorrentes ou outros players do mercado), celeridade e eficiência (pouco presentes no Judiciário), além da possibilidade de escolha dos árbitros com conhecimento técnico e das práticas de mercado ou de determinada indústria (a familiaridade com procedimentos arbitrais internacionais pode ter um peso importante a depender do litígio) e flexibilidade do procedimento.” (GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. **Arbitragem e Outros Meios de Solução de Conflitos em demandas Indenizatórias na Área de Direito da Concorrência**. In: Revista Brasileira de Arbitragem, jul-set/2014, p. 26/27).

<sup>5</sup> Para fins deste trabalho a expressão *arbitragem comercial* é utilizada como referências às arbitragens relativas a direitos patrimoniais e disponíveis que não envolvam a administração pública. Conquanto muitas vezes neste tipo de litígio, o objeto em litígio possa abranger outras matérias além daquelas circunstanciadas estritamente no direito comercial, optamos por referir *arbitragem comercial* por ser esta a locução largamente utilizada tanto na doutrina nacional quanto internacional.

decorre da vontade das partes e, embora possa ser percebida como uma vantagem, não é elemento essencial do processo arbitral.

Na sequência, o estudo perquire sobre a natureza jurisdicional da arbitragem e aponta que a publicidade é muito valorosa para a atividade jurisdicional. Passa-se à investigação do interesse sobre o conhecimento da jurisdição e dos benefícios que esta publicidade gera para a sociedade, corroborando o interesse coletivo na divulgação das decisões arbitrais jurisdicionais e na formação de uma jurisprudência arbitral.

O trabalho também procura demonstrar que a divulgação da jurisdição possui relevante contribuição não só para o conhecimento e desenvolvimento do Direito, mas também para a formação, consolidação e manutenção da segurança jurídica, constituindo-se este como um bem economicamente estimado.

A partir daí enfrentam-se as críticas à formação de uma jurisprudência arbitral, demonstrando que nos círculos onde há divulgação das decisões, como nas arbitragens desportivas<sup>6</sup>, arbitragens de investimento<sup>7</sup> e arbitragem comercial internacional, é possível aferir que esta publicidade reproduz muitos dos benefícios associados à jurisprudência.

Além disso, registra-se que o desconhecimento da jurisdição arbitral, frequentemente, implica em insegurança quanto ao meio de resolução de disputas e gera alto custo de informação, barreiras à entrada, assimetrias informacionais e escalada dos custos de transação.

Em seguida, realçando o caráter jurisdicional da sentença arbitral, passa-se a destacar que, segundo o ordenamento brasileiro, o poder jurisdicional arbitral decorre de delegação estatal, sintetizada principalmente na Lei nº 9.307/1996. Neste diapasão, a outorga de poder jurisdicional, ainda que restrito a direitos patrimoniais e

---

<sup>6</sup> Faz-se referência aos procedimentos arbitrais processados no Tribunal Arbitral do Esporte (CAS) que administra disputas envolvendo federações esportivas, clubes, e atletas vinculados ao Comitê Olímpico Internacional.

<sup>7</sup> Faz-se referências às disputas envolvendo projetos com financiamento do Banco Mundial, administrado pela *International Center for Settlement of Investments Disputes* (ICSID).

disponíveis, pressupõe que ele seja exercido de forma legítima e coerente com a delegação estatal.

Neste sentido, é de se pressupor que, junto com a autoridade, transmite-se a responsabilidade de contribuir com o legítimo interesse do conhecimento jurídico decorrente da atividade arbitral, bem como de observar a adequada transparência no exercício do poder jurisdicional.

Sobre a premissa do legítimo interesse na divulgação do caráter científico e educacional da jurisdição arbitral, procura-se identificar qual o conteúdo das decisões arbitrais que seria objeto deste interesse social.

Reconhecendo a legalidade em se estabelecer a confidencialidade do procedimento, investiga-se, principalmente com base em pesquisas internacionais, se haveria colidência entre as informações e dados que, na visão dos usuários do sistema arbitral, justificariam a confidencialidade. A partir de então, contrapõem-se, conceitualmente, o teor das decisões arbitrais vis-à-vis aos dados que captariam o interesse social.

Desta análise crítica é possível verificar que em poucos casos a publicação do conteúdo jurisdicional essencial para o atendimento ao interesse social será incompatível com a preservação da privacidade e conveniência de confidencialidade e das informações envolvidas no procedimento arbitral.

A partir daí, adentram-se os critérios de seleção e conteúdo das decisões arbitrais mais adequados para a divulgação e formação de jurisprudência arbitral. Para este fim, buscou-se amparo na prática internacional em estudos econômicos que investigam a utilidade e a formação da jurisprudência como bem social.

Além disso, apresentam-se considerações gerais e de ordem prática quanto ao conteúdo e meio de divulgação. Sopesando estes elementos, conclui-se que as instituições arbitrais ocupam posição privilegiada para realizar a mencionada publicidade, inclusive porque há incentivos competitivos para que esta divulgação seja por elas efetivada.



Em continuidade, o trabalho se volta ao exame da prática da publicação da jurisdição arbitral na realidade brasileira, considerando os dez principais órgãos arbitrais que atuam no país. Sobre este aspecto, constata-se que esta divulgação praticamente não é consumada, em grande parte em razão do receio de afronta à confidencialidade. E, mesmo as instituições que adotam esta prática, o fazem de maneira insuficiente para o atendimento do interesse coletivo.

Por meio de enquete realizada com as lideranças administrativas das dez principais instituições arbitrais com atuação no Brasil, foi realizada uma sondagem quanto à adequação da problemática levantada no presente trabalho, o interesse atual sobre o tema e a potencial utilidade prática das sugestões aqui propostas.

Diante deste quadro, visando a contribuir para o aperfeiçoamento da prática, o trabalho passa a suscitar boas práticas para a publicação da jurisdição arbitral. Pretendeu-se apontar, dentre as propostas sugeridas, critérios para a seleção e estratificação de conteúdo, o formato e os meios de realizar a publicação das decisões arbitrais comerciais domésticas.

O último capítulo é dedicado às conclusões, gerais e específicas, desenvolvidas a partir da compreensão de que é possível conciliar a confidencialidade com a publicação das decisões arbitrais para a formação de uma jurisprudência arbitral e que a prática atual no Brasil pode ser aprimorada por meio do emprego de parâmetros sugeridos.

## 1 ARBITRAGEM E CONFIDENCIALIDADE

### 1.1 Vantagens da confidencialidade na arbitragem

A confidencialidade<sup>8</sup> sempre foi propalada como uma grande virtude associada aos procedimentos arbitrais. Nos anos 1990, os professores Fouchard, Gaillard e Goldman (1999) chegaram a elevar a confidencialidade à condição de princípio arbitral, e afirmaram ser esta característica uma das maiores vantagens da arbitragem internacional.

Em 2010, a Universidade Queen Mary divulgou o *2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*, uma extensa pesquisa realizada com diretores jurídicos de empresas de diferentes setores da economia, atores relevantes no universo da arbitragem, pois, vocalizam a preocupação dos principais usuários do sistema. Em suas conclusões, os pesquisadores apontam que a grande maioria dos entrevistados considera a confidencialidade como característica importante, embora não essencial, da arbitragem e que 50% deles acreditavam que a arbitragem deve ser confidencial, mesmo que não haja disposição específica no contrato ou nas regras aplicáveis ao procedimento<sup>9</sup>. A pesquisa foi atualizada em 2018, com 87% dos entrevistados indicando que a confidencialidade possui aspecto de relevo na escolha da arbitragem, sendo que 40% a consideraram muito importante<sup>10</sup>.

No âmbito doméstico, Selma Lemes afirma que: “é de conhecimento corrente que a privacidade e o sigilo (confidencialidade) são atributos desejáveis na

---

<sup>8</sup> Embora a confidencialidade, a privacidade e o sigilo sejam elementos distintos, conforme os conceitos desenvolvidos no capítulo 1.3, ao longo deste trabalho, utiliza-se o termo *confidencialidade* como em sentido amplo, abrangendo os demais. Há distinção no texto quando os termos foram considerados em seus significados estritos.

<sup>9</sup> WHITE AND CASE. **2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration**. A pesquisa foi desenvolvida com colaboração de White and Case LLP. Disponível em:

[http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2010\\_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf)  
[ Acesso em: 06 mai. 2019.

<sup>10</sup> WHITE AND CASE. **2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration**. Disponível em:

<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey-report.pdf>  
[ Acesso em: 06 fev. 2020.

arbitragem”<sup>11</sup>. Esclarece a autora que a confidencialidade abrange a sentença arbitral e documentos apresentados no processo, vinculando as pessoas que gerenciaram o processo, os árbitros, procuradores e as partes. Lee (2008) defende que um dos principais motivos para a escolha da arbitragem é a confidencialidade<sup>12</sup>, não se encontrando vozes discordantes quanto ser a confidencialidade uma qualidade relevante para a opção por convencionar a solução de disputas por arbitragem.

No cenário das disputas comerciais privadas<sup>13</sup>, a lógica econômica é, quase sempre, fator preponderante. Não é exagerado dizer que as razões para a preferência por um modelo de resolução de disputas orientado pela confidencialidade estão centradas na percepção de que essa característica protege algum conteúdo com significado econômico.

Informação e conhecimento são, sem dúvida, *mercadorias* que possuem valor. Mais especificamente, no caso de empresas, o *know how*, as patentes, os segredos de indústria e outros aspectos da propriedade intelectual são ativos muitas vezes fundamentais. Setores como o de tecnologia, farmacêutico e de comunicação são altamente dependentes de suas patentes e marcas.

É preciso ressaltar que, na chamada era do conhecimento, a preservação imprescindível ao negócio, não raro, recai sobre modelos, estratégias, planos, projeções, visões comerciais, investigações e estudos, investimentos, desenvolvimento de produtos e informações de toda a sorte, que nem sempre possuem proteção legal objetivamente.

Timm e Richter (2017) afirmam que a publicidade do processo judicial pode ser muito perigosa para as empresas porque as discussões abrangendo informações

---

<sup>11</sup> LEMES, S. F. Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos- Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual? Revista de Direito Mercantil (RDM), São Paulo, v. 134, p. 148/163, abril-junho 2004.

<sup>12</sup> LEE, João Bosco. O princípio da confidencialidade na arbitragem comercial internacional. In: VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo et al. **Estudos de arbitragem**. Curitiba: Ed. Juruá, 2008.

<sup>13</sup> Adotou-se neste trabalho a referência a *arbitragem comercial* ou *disputas comerciais* em contraste às arbitragens envolvendo a administração pública. Como anteriormente referido, muitas vezes estes litígios envolvem outros campos do direito empresarial ou direitos disponíveis de forma mais ampla. Optamos, contudo, pelo emprego das expressões mais correntes na doutrina, sem exacerbada preocupação com seu rigor técnico.

internas e confidenciais dos litigantes são comuns no decorrer de um litígio. Tais informações, se divulgadas, podem perturbar o bom funcionamento das empresas, diminuir seu valor de mercado, comprometer sua reputação e ameaçar até mesmo sua existência. A preservação destas informações funcionaria como potencial redutor dos custos de transação, revelando-se como um incentivo a favor da arbitragem confidencial, que reduziria o risco da publicidade de informações sensíveis, em contraposição ao que ocorre no processo judicial, eminentemente público<sup>14</sup>.

No já mencionado *2010 International Arbitration Survey*, os entrevistados responderam que os principais aspectos que justificam a confidencialidade do procedimento arbitral estariam vinculados aos valores envolvidos (76%), aos pedidos formulados e documentos do procedimento (72%) e aos demais dados constantes na sentença arbitral (69%), entendido estes últimos como a própria discussão das condutas dos litigantes.

Interessante observar que, embora seja relevante a proteção aos documentos do caso em disputa, os quais poderiam abordar segredos do negócio, há enorme preocupação em manter confidenciais outros elementos que possam impactar (objetiva ou subjetivamente) na capacidade de fazer negócio, como a natureza do litígio e a narrativa das condutas em litígio (dados constantes da sentença arbitral).

Em estudo publicado pela Universidade de Harvard, Shavell (2003) aponta que privacidade e sigilo são fatores importantes a serem considerados na análise econômica de um litígio<sup>15</sup>. O autor levanta como exemplos os casos de assédio sexual, cuja divulgação pode trazer exposição e constrangimentos mesmo para a vítima, e as hipóteses de defeito de produto, nas quais o fabricante tem interesse de ocultar tal falha do conhecimento público, a fim de evitar a multiplicação de processos e potenciais danos financeiros não só diretos, como indiretos (subjetivos), v.g. a depreciação do seu nome e marca.

---

<sup>14</sup> TIMM, Luciano Benetti; RICHTER, M. S. Reflexões sobre uma análise econômica da ideia de arbitragem no Brasil. In: CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma Ferreira. (Org.). **20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1.

<sup>15</sup> SHAVELL, Steven. **Economic analysis of litigation and the legal process**. The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series, 2003. Disponível em: [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/papers/pdf/404.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/404.pdf). Acesso em: 10 fev. 2020.

Nestes casos, conclui o autor, há incentivos para que os indivíduos evitem levar seus casos a juízo, ou prefiram um foro de resolução de conflitos onde possam evitar a publicidade das informações consideradas danosas ou constrangedoras.

Araújo Neto (2016, p. 139) assinala que:

Por cautela e proteção da sua imagem no mundo dos negócios, as empresas tendem a cuidar para que não cheguem ao conhecimento público informações que apontem seus erros ou suas más condutas, revelem segredos empresariais (estratégicos, financeiros, tecnológicos) de vital importância ou até mesmo os valores discutidos em juízo. Por isso, a possibilidade de se confidenciarem todas ou mesmo apenas algumas informações contidas no processo arbitral certamente se inserem na dinâmica de incentivos para elas optarem pela arbitragem em detrimento do juízo estatal, uma vez que neste a publicidade é a regra e o sigilo, a exceção<sup>16</sup>.

Embora a preocupação com a reputação corporativa não seja assunto novo, o tema vem ganhando maior dimensão nos últimos tempos, mormente com a expansão dos meios digitais e das redes sociais. A crescente exposição das organizações à opinião pública ajuda a construir sua boa reputação ou a destruí-la em curtíssimo período de tempo<sup>17</sup>.

Segundo a definição de Machado Filho e Zylbersztajn (2004, p. 88), “O capital reputacional é aquela porção do valor de mercado da empresa que pode ser atribuída à percepção que se tem da firma como uma corporação de boa conduta no mercado”<sup>18</sup>.

A reputação é resultado de um processo complexo de construção social e legitimação perante a sociedade. Trata-se de um processo com múltiplos fatores, mas que geralmente se faz notar por meio da percepção de que determinado indivíduo ou

---

<sup>16</sup> ARAÚJO NETO, Pedro Irineu de Moura. A confidencialidade do procedimento arbitral e o princípio da publicidade. **Revista de Informação Legislativa**, v. 53, p. 139, 2016. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril\\_v53\\_n212\\_p139](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p139) Acesso em: 07 fev. 2020.

<sup>17</sup> MACHADO FILHO, C. A. P. ; ZYLBERSZTAJN, Decio . **Capital Reputacional e Responsabilidade Social: Considerações Teóricas**. Caderno de Pesquisas em Administração (USP), São Paulo, v. 11, n.2, 2004. p. 92

<sup>18</sup> MACHADO FILHO, C. A. P. ; ZYLBERSZTAJN, Decio . **Capital Reputacional e Responsabilidade Social: Considerações Teóricas**. Caderno de Pesquisas em Administração (USP), São Paulo, v. 11, n.2, 2004. p. 88

organização, no exercício de suas atividades, observa padrões e regras aceitáveis pela comunidade.

Vale dizer que a reputação assume papel significativo no diferencial competitivo, especialmente porque os bens intangíveis resultam de processos sociais complexos e não podem ser transferidos ou imitados por outros competidores<sup>19</sup>.

Diversos autores têm apontado que o capital reputacional certamente exerce repercussão no valor das empresas, na sua capacidade de financiamento, no custo de capital, bem como na geração de renda. Uma reputação favorável melhora a habilidade de negociar contratos com fornecedores<sup>20</sup> e representa maior aceitação por parte dos consumidores, permitindo que uma empresa exerça preços *premium* por seus produtos e serviços<sup>21</sup>, por exemplo.

Wald (2009) aponta que a confidencialidade é “argumento importante a favor da arbitragem, para evitar o conhecimento público dos litígios existentes, num mundo em que a imprensa econômica se desenvolveu e acompanha todas as operações das empresas.”<sup>22</sup>

Em 2019, as marcas Apple, Google e Microsoft foram avaliadas individualmente na casa das centenas de bilhões de dólares pela Revista Forbes<sup>23</sup>. Esta projeção corresponde às estimativas formuladas pela Interbrands Inc., agência de publicidade líder mundial em consultoria de marcas<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> MAGALHÃES, Reginaldo Sales. Lucro e reputação: interações entre bancos e organizações sociais na construção das políticas socioambientais. Tese (Doutorado), 2010.

<sup>20</sup> MACHADO FILHO, C. A. P. ; ZYLBERSZTAJN, Decio . Responsabilidade Social Corporativa e a Criação de Valor para as Organizações. Revista de Administração da UNIMEP, v. 1, n. 1, Set/Dez – 2003. Disponível em <http://www.regen.com.br/ojs/index.php/regen/editor/uploadLayoutFile>, Acesso em: 07 jun. 2020

<sup>21</sup> MACHADO FILHO, C. A. P. ; ZYLBERSZTAJN, Decio . **Capital Reputacional e Responsabilidade Social: Considerações Teóricas**. Caderno de Pesquisas em Administração (USP), São Paulo, v. 11, n.2, 2004. p. 89

<sup>22</sup> WALD, Arnaldo. A crise e a arbitragem no direito societário e bancário. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 20, p. 9-24, jan-mar, 2009.

<sup>23</sup> FORBES. **The World's Most Valuable Brands**. Disponível em: <https://www.forbes.com/powerful-brands/list/#tab:rank>. Acesso em: 07 fev. 2020.

<sup>24</sup> INTERBRANDS INC. Best Global Brands 2019 Rankings. Disponível em: <https://www.interbrand.com/best-brands/best-global-brands/2019/ranking/>. Acesso em: 07 fev. 2020.

A existência, quantidade, natureza e valores envolvidos nas disputas arbitrais são referências importantes que podem afetar na percepção, no conceito ou no valor de mercado da empresa, impactando o empreendimento cotidiano, a capacidade de financiamento (endividamento), o custo de capital e o potencial para alavancar os negócios perante clientes e consumidores em geral.

Outro argumento em favor da confidencialidade reside na noção de que longe do conhecimento do público e dos holofotes da mídia, o procedimento arbitral pode se desenvolver em um clima mais amigável, criando condições favoráveis a um julgamento mais sereno e ponderado<sup>25</sup> e permitindo a preservação da relação comercial entre os litigantes<sup>26</sup>.

Além das partes, outros atores do processo arbitral, como a instituição processante e os árbitros, também ostentam um patrimônio reputacional mais ou menos expostos em função das informações que possam vir a público. Em outras palavras, a confidencialidade arbitral abrange interesses maiores do que o dos litigantes, pois, de forma geral, não são visíveis a atuação e a qualidade dos serviços prestados pelos órgãos arbitrais ou os trabalhos desenvolvidos pelos árbitros na solução de determinado litígio. Ou seja, a confidencialidade pode ser vista como uma proteção às instituições e aos árbitros, que ficam resguardados da avaliação pela opinião pública.

É, portanto, pertinente dizer que a confidencialidade é uma qualidade muito estimada do procedimento arbitral, como reconhecido pela doutrina tanto na esfera nacional quanto internacional. Este atributo permite resguardar informações sensíveis, segredos de indústria e direitos de propriedade intelectual. Além disso, a confidencialidade nas arbitragens comerciais inibe o conhecimento público de questões cuja divulgação, ainda que realizada de forma lícita, poderia gerar prejuízos materiais e imateriais ou circunstâncias indesejadas.

---

<sup>25</sup> JÚDICE, José Miguel. Confidencialidade e publicidade. Reflexão a propósito da Reforma da Lei de Arbitragem (Lei n. 13.129, de 25 de maio de 2015). In: CAHALI, Francisco José et. al. **Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015**. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>26</sup> GARCEZ, José Maria Rossiani; MARTINELLI, Ivan. **Arbitragem e Mediação**. Temas controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

## 1.2 A confidencialidade como elemento inerente ao procedimento arbitral

As *Notes on Organizing Arbitral Proceedings*, editadas pela Comissão de Direito Comercial Internacional da ONU, reconhece ser uma convicção geral que a confidencialidade é inerente à arbitragem internacional, constituindo, além de uma vantagem, um importante atributo para a arbitragem comercial<sup>27</sup>.

Esta percepção é confirmada na pesquisa *2010 International Arbitration Survey*<sup>28</sup>, elaborada pela Queen Mary University, na qual se conclui que muitos usuários da arbitragem comercial pressupõem que confidencialidade é circunstância imanente à arbitragem internacional<sup>29</sup>.

Ocorre que, na maioria das legislações, a confidencialidade da arbitragem comercial não é regra normatizada, e muito menos impositiva *de lege lata* ao procedimento. No Brasil, Selma Lemes, com muita propriedade, afirma que “não há previsão a respeito na lei brasileira, a não ser a discrição exigida do árbitro (art. 13, § 6.º)”<sup>30</sup>.

Há quem considere que a confidencialidade na arbitragem seria um princípio implícito, decorrente da natureza privada do procedimento e resultante da prática arbitral tradicional. Esta corrente é fortemente ancorada no legado da arbitragem internacional e nos costumes, que gerariam uma obrigação tacitamente aceita, dentro das expectativas legítimas e de boa-fé dos contratantes<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> “50. A widely held view is that there is an inherent requirement of confidentiality in commercial arbitration and that confidentiality is an advantageous and helpful feature of international commercial arbitration.” (UNCITRAL. United Nations Commission on International Trade Law, October. 2016.), Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-notes-2016-e.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2020.

<sup>28</sup> WHITE AND CASE. **2010 International Arbitration Survey**: Choices in International Arbitration. A pesquisa foi desenvolvida com colaboração de White and Case LLP. Disponível em: [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2010\\_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf) Acesso em: 06 mai. 2019.

<sup>29</sup> THE NETHERLANDS. **Resolution n. 1/2010**. International Commercial Arbitration. Disponível em: <https://la.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=1126&StorageFileGuid=00c7e8579d3a4c63bc5e0c47a1d8079e>. Acesso em: 06 mai. 2019.

<sup>30</sup> LEMES, Selma. **Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos - Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual?** Disponível em: [http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo\\_juri15.pdf](http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf). Acesso em: 06 mai. 2018.

<sup>31</sup> REDFERN, Alan ; HUNTER, Martin. **On International Arbitration**. 5. ed. 2009, par. 1.96, p. 33–34, par. 2.145 et seq., p. 136 et seq; LEE, João Bosco. O princípio da confidencialidade na arbitragem



A jurisprudência inglesa é particularmente rica sobre o tema. Principalmente a partir do caso *Dolling-Baker vs. Merrett*, em 1990, as cortes da Inglaterra estabeleceram um histórico de que o sigilo é inerente à arbitragem<sup>32</sup>. A existência do dever implícito de confidencialidade foi confirmada nos casos *Hassneh Insurance vs. Mew* (1993)<sup>33</sup>, *Ali Shipping vs. Shipyard* (1999)<sup>34</sup>, *Associated Electric & Gas Insurance Services Ltd. vs. European Reinsurance Company of Zurich* (2003)<sup>35</sup>, *Department of Economic Policy and development of the City of Moscow vs. Bankers Trust* (2004)<sup>36</sup>, *Glidepath BV & Ors vs. Thompson & Ors* (2005)<sup>37</sup> e *Emmot vs. Michael Wilson* (2008)<sup>38</sup>.

No Brasil, Costa (2016) aponta que a escolha pela arbitragem representaria a proposição de afastamento das formas e garantias estruturais do processo estatal como, por exemplo, a existência de um sistema recursal. Assim, por oposição aos atributos do processo judicial, o afastamento do princípio da publicidade dos atos processuais estaria subentendido<sup>39</sup>.

Acrescenta o referido autor que a confidencialidade seria um termo implícito da cláusula compromissória, porque é isso que retrataria as expectativas e a percepção típica da maioria dos usuários da arbitragem. Sua conclusão é que a confidencialidade se traduziria em uma regra supletiva aplicável *prima facie* (*default rule*) em nome da imposição de lealdade e boa-fé entre as partes, evitando surpresas ou comportamentos contraditórios.

---

comercial internacional. In: VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo et al. **Estudos de arbitragem**. Curitiba: Ed. Juruá, 2008.

<sup>32</sup> *Dolling-Baker vs. Merrett* [1990] 1 WLR 1205 (English Court of Appeal).

<sup>33</sup> *Hassneh Insurance Co. of Israel vs. Mew* [1993] 2 Lloyd's Rep 243.

<sup>34</sup> *Ali Shipping Corporation vs. Shipyard Trogir* [1997] EWCA Civ 3054 (19.12.1997).

<sup>35</sup> *Associated Electric & Gas Insurance Services Ltd. vs. European Reinsurance Company of Zurich (Bermuda)* [2003] UKPC 11 (29.01.2003).

<sup>36</sup> *Department of Economic Policy & Development of City of Moscow & Anor vs. Bankers Trust Company & Anor* [2004] EWCA Civ 314 (25.03.2004).

<sup>37</sup> *Glidepath BV & Ors vs. Thompson & Ors* [2005] EWHC 818 (Comm) (04.05.2005).

<sup>38</sup> *Wilson vs. Emmott Michael & Partners Ltd* [2008] Civ EWCA 184 (12.03.2008).

<sup>39</sup> COSTA, Guilherme Recena. Integração contratual, confidencialidade na arbitragem e segredo de justiça. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 13, p. 69, 2016.

Esta corrente, todavia, vem perdendo espaço. José Emilio Nunes Pinto, relata que a confidencialidade foi considerada por muitos séculos como traço característico da arbitragem, em oposição ao sistema público dos processos judiciais. Acrescenta o referido autor que em todos os países em que a arbitragem foi adotada pelo sistema legal, inclusive no Brasil, sempre se apontou a confidencialidade, ao lado da celeridade e especialização dos árbitros, como uma das suas principais vantagens se comparada ao Judiciário<sup>40</sup>. Isto é, por muito tempo, sempre se admitiu a confidencialidade como um dogma, uma característica principiológica e, portanto, supralegal, que impunha a todos um dever de sigilo.

No entanto, a evolução em prol da transparência atua para desfazer este dogma e dissipar a força principiológica da confidencialidade. No contexto internacional, isso ficou bastante marcado pelo litígio entre *Esso Australia Resources Ltd. and Others vs. Sidney James Plowman and Others*, em 1995<sup>41</sup> e pelo caso *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. vs. A.I. Trade Finance Inc.*<sup>42</sup>, os quais foram objeto de muita discussão na comunidade arbitral.

No primeiro caso, o Ministro de Energia e Recursos Minerais do Estado de Victoria, na Austrália, Sr. Plowman, ingressou com demanda judicial contra Esso e BHP requerendo que tais empresas exibissem informações referentes ao objeto de arbitragem envolvendo os contratos de distribuição de gás natural, sob o fundamento do interesse em uma política pública e de regulamentação do setor.

Como resultado, a suprema corte australiana (*High Court*) julgou que não haveria um dever implícito de confidencialidade em relação às partes, permitindo que os documentos fossem ao conhecimento do Estado. Ao comentar a causa, Dolinger e Tibúrcio (2003, p. 82) pontuam que:

A Suprema Corte australiana entendeu ser impossível a confidencialidade absoluta de uma arbitragem, em razão de uma multiplicidade de fatores, como por exemplo: 1) a inexistência do dever

---

<sup>40</sup> PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 6, p. 25-36, jul-set, 2005.

<sup>41</sup> *Esso Australia Resources Ltd. and Others vs. The Honourable Sidney James Plowman and Others*. F.C. n. 95/014 (1995) 128 ALR 391 at para. 39

<sup>42</sup> Supreme Court of Sweden, Case n. T 1881-99, 27.10.2000.

de confidencialidade por parte das testemunhas envolvidas no processo arbitral; 2) um laudo arbitral pode tornar-se público por meio de uma série de medidas judiciais relacionadas à arbitragem; e 3) as partes terem o direito de divulgar a existência e até detalhes do processo arbitral e do próprio laudo, em razão do dever de manterem os seus acionistas informados ou de terem que resgatar uma apólice de seguro.<sup>43</sup>

O segundo caso acima mencionado (*Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. vs. A.I. Trade Finance Inc.*) ocorreu nos anos 2000, quando a Suprema Corte da Suécia decidiu que o fato dos procedimentos arbitrais serem privados, não limita a possibilidade das partes divulgarem informações, exceto se houvesse um acordo específico em contrário<sup>44</sup>. Ao comentar o litígio, Bagner (2001) afirma que o mito sobre o dever de confidencialidade na arbitragem, que já tinha sido mortalmente ferido em 1995 pela suprema corte Australiana, foi enterrado em definitivo, ao menos na Suécia<sup>45</sup>.

A tradição francesa possui como referência originária o litígio entre Aïta e Ojeh (1986). Neste caso, Aïta tentou a anulação de sentença arbitral perante as cortes francesas. Estas entenderam que não possuíam jurisdição sobre o litígio e condenaram a demandante ao pagamento de penalidade, sob o fundamento de que ela teria violado a confidencialidade inerente à arbitragem, ao expor a disputa arbitral a debate público, por meio de processo judicial e que não era sigiloso<sup>46</sup>.

Mais recentemente, os julgados das cortes francesas demonstram que estas vinham se inclinando na direção de que não haveria presunção de confidencialidade derivada da própria natureza da arbitragem. O caso *National Company for Fishing and*

---

<sup>43</sup> DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. **Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 82.

<sup>44</sup> Publicado no Stockholm Arbitration Report (2000, n. 2), p. 148-150.

<sup>45</sup> BAGNER, Hans. Confidentiality - A fundamental principle in international commercial arbitration. **Journal of International Arbitration** 18, 2001.

<sup>46</sup> Sobre o caso, Laurence Craig, William Park e Jan Paulsson aduzem que ““The principle was clearly recognized in France in Aïter vs. Ojeh where a party sought to obtain annulment in France, before the Cour d’appel of Paris (a clearly incompetent jurisdiction), of an award rendered in London. The procedure has as a result that the award and its contents became public. Dismissing the recourse the Cour d’appel imposed substantial civil damages on the appellant for having ‘caused a public debate of facts which should remain confidential’, thus infringing ‘the very nature of arbitral proceedings that they ensure the highest degree of discretion on the resolution of private disputes, as the two parties had agreed’”. (CRAIG, Laurence; PARK, William; PAULSSON, Jan. **International chamber of commerce arbitration**. 3. ed. New York: Oxford, 2000, p. 316).

*Marketing Nafimco vs. Foster Wheeler Trading Company AG* bem ilustra esta mudança de compreensão. Neste litígio, ocorrido em 2004, os tribunais franceses entenderam que a parte que busca sanção pela quebra da confidencialidade arbitral tem o dever de comprovar a regra sobre a qual se estabeleceu tal princípio<sup>47</sup>.

Ou seja, o entendimento jurisprudencial que contemporaneamente vinha se formando na França era o de que a confidencialidade não seria uma condição implícita, nem regra inerente a arbitragem. Em 2011, porém, editou-se o Decreto 40/2011, que alterou a redação do art. 1.464 do Código de Processo Civil Francês<sup>48</sup> para estabelecer que a confidencialidade na arbitragem é presumida, a menos que de outra forma estabelecido.

Nos Estados Unidos, ficou famoso o litígio *United States vs. Panhandle Eastern Corp.* (1998) no qual o governo norte-americano pretendia a exibição de todos os documentos produzidos em uma arbitragem ocorrida na Suíça, onde foi parte uma subsidiária da Panhandle. O Estado afirma seu interesse em fiscalizar a atuação da empresa em seu território soberano. As Cortes Norte-Americanas proferiram decisão no sentido que o procedimento arbitral não seria obrigatoriamente confidencial, ainda mais quando verificada a ausência de cláusula expressa de sigilo<sup>49</sup>.

Outro procedimento que ilustra o entendimento adotado na América do Norte é o *Delaware Coalition for Open Government, Inc. vs. Strine*<sup>50</sup>. Neste caso, a lei de arbitragem de Delaware foi julgada inconstitucional no ponto em que estabelecia o sigilo total sobre os procedimentos, diligências e documentos produzidos na arbitragem, exceto quando as partes concordassem em abrir mão desta condição ou quando os documentos não fossem especificamente vinculados (ou produzidos para) ao procedimento arbitral.

---

<sup>47</sup> REMY, Alice. **L'Arbitrage International, entre Confidentialité et Transparence**. Disponível em: <http://doczz.fr/doc/639770/l-arbitrage-international--entre-confidentialit%C3%A9-et-trans...> Acesso em: 06 mai. 2019.

<sup>48</sup> Tradução livre: “Resguardadas as obrigações legais e a menos que as partes tenham ajustado em contrário, o procedimento arbitral deve obedecer ao princípio da confidencialidade”.

<sup>49</sup> *United States vs. Panhandle Eastern Corp.* 118 F.R.D. 346 (D. Del. 1988).

<sup>50</sup> (3d Cir. 2013) 733 F.3d 510.

A análise dos casos acima revela que a ideia de confidencialidade geral, absoluta e congênita ao próprio procedimento arbitral vem sendo afastada ou excepcionada em vários sistemas legais, principalmente quando se verifica o interesse público ou interesse da justiça (*right to know*).

A manutenção da confidencialidade como regra imperativa, inerente ao procedimento arbitral, tem recebido cada vez mais críticas da comunidade arbitral. Mais ainda quando o conceito de arbitralidade se amplia e o sistema se prova como método relevante de resoluções de conflitos, inclusive em litígios nos quais pode haver interesse público legítimo<sup>51</sup>.

Mesmo no caso das cortes inglesas, que originalmente destacavam o sigilo arbitral como um primado absoluto, a construção jurisprudencial vem cada vez mais reduzindo o espaço da presunção de confidencialidade. O caso *Emmot vs. Michael* é constantemente citado como exemplo de temperamento da jurisprudência inglesa sobre a aplicação da confidencialidade na arbitragem. Naquele julgamento foi estabelecido que há exceções para a confidencialidade quando (a) houver ordem judicial, (b) diante de interesse público ou interesse da justiça (*right to know*) (c) a divulgação for necessária para permitir exercício do direito de ação ou defesa e (d) houver consenso entre as partes<sup>52</sup>.

No que tange à divulgação da jurisdição arbitral, vale destacar que no caso que ficou conhecido como *Bankers Trust*, o judiciário inglês foi particularmente feliz em estatuir que o anseio de um julgamento público está especialmente presente nos casos nos quais a disputa envolve questões jurídicas ou condutas que possam servir como orientação futura para advogados ou outros profissionais<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> YOUNG, Michael; CHAPMAN, Simon. Confidentiality in International Arbitration: Does the exception prove the rule? **ASA Bulletin; Kluwer Law International** 2009, v. 27 Issue 1 p. 26-47.

<sup>52</sup> Sobre o assunto ver os comentários ao julgamento em Beechey, Forster, John. 'John Emmott v. Michael Wilson & Partners Ltd, Court of Appeal, 2007 Folio 1521, 12 March 2008', A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International.

<sup>53</sup> Department of Economic Policy & Development of City of Moscow & Anor vs. Bankers Trust Company & Anor [2004] EWCA Civ 314 (25.03.2004).

### 1.2.1 Confidencialidade no procedimento arbitral brasileiro

No Brasil impera o princípio da publicidade de todos os atos processuais. O Código de Processo Civil excepciona as hipóteses dos processos que devem tramitar em segredo de justiça, dentre os quais aqueles que versam sobre arbitragem, *desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo*, conforme disposto no art. 189, inciso IV<sup>54</sup>.

A recente alteração na lei de arbitragem (Lei nº 13.129/15) introduziu semelhante disposição normativa por meio do parágrafo único do art. 22-C, prevendo que o rito de cumprimento das cartas arbitrais deve observar o segredo de justiça *desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem*<sup>55</sup>.

Não se observa divergência na jurisprudência nacional, a qual consagra o princípio da publicidade dos atos processuais, inclusive arbitrais, somente determinando a aplicação de segredo de justiça, como exceção, em processos nos quais há comprovação de que a confidencialidade foi estipulada na arbitragem<sup>56</sup>.

Nesta toada, observa Fichtner (2009, p. 603) que “o Direito brasileiro adota a posição de que a confidencialidade não é condição intrínseca à arbitragem, mas deve decorrer de previsão convencional entre as partes. A confidencialidade precisa, em outros termos, ter sido estipulada na arbitragem.”<sup>57</sup>

No Brasil, a confidencialidade no procedimento arbitral é exceção, já que a presunção é a de que o processo jurisdicional não é confidencial, admitindo-se prova

---

<sup>54</sup> Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: (...)

IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

<sup>55</sup> Art. 22-C (...)

Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem.

<sup>56</sup> No CC nº 151130-SP (2017/0043173-8), a Min. Nancy Andrighi indeferiu o segredo de justiça requerido por falta de comprovação da estipulação da confidencialidade na arbitragem. Posteriormente, uma vez comprovada a condição, o segredo de justiça foi concedido (PET no CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 151.130 - SP (2017/0043173-8))

<sup>57</sup> FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

em contrário. Não seria exagerado dizer, portanto, que a confidencialidade ocupa posição, por assim dizer, residual, somente se aplicando por expressa determinação das partes, nos casos permitidos por lei.

Destes elementos fica claro que no Brasil, a confidencialidade do processo arbitral não deve ser considerada termo implícito da cláusula compromissória, regra supletiva, princípio inerente à arbitragem e, muito menos, condição necessária do procedimento. Muito diverso disso, o Código de Processo Civil e a Lei de Arbitragem reafirmam a publicidade dos atos processuais, permitindo, excepcionalmente, que a confidencialidade seja estabelecida entre as partes ligantes em processo arbitral.

Assim, segundo os contornos da lei brasileira, excepcionadas as hipóteses com regramento específico, a confidencialidade arbitral é matéria que pode ser estipulada, por contrato, entre os litigantes. Trata-se de uma condição que as partes podem optar por acolher, devendo fazer constar esta manifestação de vontade na convenção de arbitragem, a fim de abranger também os demais atores do processo arbitral.

Neste cenário, a confidencialidade, para os termos da lei brasileira, é um acordo contratual, ajustado como obrigação de fazer (ou não fazer – i.e. não dar publicidade aos atos, informações e conteúdo do procedimento), para excepcionar a regra da publicidade dos atos processuais presumida pela legislação nacional.

Vale anotar que, como em todo o ambiente das relações contratuais, é dever das partes observar os deveres laterais de boa-fé, expressos na confiança, na colaboração, no dever geral de proteção e no de não causar dano, por exemplo, divulgando informações que possam prejudicar outro, sem justo motivo.

Da mesma maneira, as informações legalmente protegidas por lei, e que venham a integrar o processo arbitral, devem ser mantidas sob sigilo, independentemente da aplicação de confidencialidade ao procedimento, em razão da sua própria condição legal.

### 1.2.1.1 Dever de discrição dos árbitros

Em relação aos árbitros, a Lei de Arbitragem estabelece no art. 13, §6º, que sua função deve ser desempenhada com discrição. Tal disposição impõe aos árbitros que mantenham a reserva sobre o procedimento em geral e, em especial, o sigilo sobre os dados e informações privadas a eles revelados ao longo do procedimento arbitral.

Carmona (2006, p. 211) enfatiza que:

É natural que o árbitro deva comportar-se de conformidade com o ambiente discreto em que atua, furtando-se a comentar os atos praticados durante o processo arbitral. Este comportamento discreto do árbitro é tão importante que podem as partes exigir dele verdadeiro segredo, de tal sorte que façam constar no compromisso arbitral obrigação de não fazer (ou seja, de não revelar os atos e fatos ligados à arbitragem). O árbitro que violar tal obrigação responderá por perdas e danos. Mas ainda que as partes não fixem expressamente o dever de segredo, espera-se do árbitro um comportamento sóbrio, no sentido de não fazer qualquer comentário sobre a causa que esteja (ou tenha estado) sob sua responsabilidade.<sup>58</sup>

A doutrina interpreta que a que a Lei de Arbitragem brasileira impõe aos árbitros dever de confidencialidade, próprio da fidúcia e da reserva que caracterizam sua função. Perfilam este entendimento Fichtner<sup>59</sup>, Pinto<sup>60</sup>, Braghetta<sup>61</sup>, Lee<sup>62</sup>, Câmara<sup>63</sup>, Beraldo<sup>64</sup>, entre outros. Não se encontraram vozes dissonantes sustentando que a discrição prevista em lei se colocaria em sentido distinto do dever de confidencialidade.

Contudo, em um exame mais detido, a obrigação de discrição do árbitro nos parece estar mais vinculada a uma norma de conduta ética do que à imposição de um

<sup>58</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 211.

<sup>59</sup> FICHTNER, José Antônio et. al. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. **Revista de Direito Privado**, v. 49, p. 227-285, jan-mar, 2012.

<sup>60</sup> PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 6, p. 25-36, jul-set, 2005.

<sup>61</sup> BRAGHETTA, Adriana. A confidencialidade na arbitragem. **Revista do advogado**, n. 119, abr. 2013.

<sup>62</sup> LEE, João Bosco. O princípio da confidencialidade na arbitragem comercial internacional. In: VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo et al. **Estudos de arbitragem**. Curitiba: Ed. Juruá, 2008.

<sup>63</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1997.

<sup>64</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem**: nos termos da Lei no 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014.



dever de sigilo ou confidencialidade. A discrição a que alude a norma é conduta coerente com a sobriedade que se espera de quem exerce a autoridade jurisdicional, bem como com o agir adequado para reverenciar a confiança depositada pelas partes nos árbitros.

Para a preservação do sistema arbitral de resolução de litígio, os árbitros devem ser austeros e se manterem discretos, no sentido de respeitarem o decoro de sua função e guardarem reserva em relação aos casos em que participam. Conduta diversa atentaria contra a dignidade da função de julgador e a seriedade do processo arbitral. O julgador indiscreto que comenta sobre os processos em julgamento ou revela publicamente aspectos da vida privada (como é o procedimento arbitral) das partes e demais atores envolvidos no processo, pode ferir a isonomia processuais e gerar a própria suspeição.

Destaque-se que a Lei de Arbitragem se utiliza da expressão confidencialidade quando pretendeu, no art. 22-C, estabelecer o segredo nos trâmites processuais. No entanto, para o árbitro o legislador escolheu outro vocábulo: discrição.

Na prática esta distinção também se faz notar. Tome-se como exemplo o procedimento arbitral envolvendo a administração pública; embora nestes casos não sejam aplicáveis as regras de confidencialidade<sup>65</sup>, o árbitro, ainda assim, deverá manter-se discreto.

Assim, respeitadas as posições em contrário, não nos parece correto interpretar a obrigação de discrição dos árbitros como equivalente ao da confidencialidade, mas sim como o dever de respeitar a privacidade do procedimento e manter conduta compatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções.

---

<sup>65</sup> O § 3º do art. 2º da Lei nº 9.307/96 assim dispõe: “§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.”

Ao se manter discreto, o árbitro não está impossibilitado de reportar informações relevantes, quando adequado, ou revelar circunstâncias que possam afetar sua capacidade funcional plena<sup>66</sup>.

#### 1.2.1.2 Dever de confidencialidade das instituições arbitrais

Não obstante a Lei de Arbitragem só imponha o dever de confidencialidade (discrição) aos árbitros, alguns doutrinadores entendem que esta obrigação seria extensível aos órgãos e instituições que administram os procedimentos arbitrais, tendo em vista que estes desempenhariam função semelhante ou equiparável ao árbitro<sup>67</sup>.

Contudo, considerando a regra geral da publicidade do processo e a inexistência de disciplina legal sobre o tema, a nós parece que na relação entre os litigantes e a instituição arbitral é aplicável o princípio da reserva legal, não havendo obrigação de confidencialidade, a menos que estabelecida entre as partes.

Vale dizer que nem sempre o órgão arbitral desempenha funções outras além da mera prestação de serviços administrativos. Ao instituírem a solução de controvérsias pela via arbitral, as partes podem optar pela chamada arbitragem *ad hoc*, na qual caberá ao árbitro todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo, ou pela arbitragem institucional, elegendo uma instituição que cuidará da gestão e dos trâmites procedimentais de acordo com seu regulamento.

Cabe ressaltar que a principal função das instituições arbitrais é a de administrar o procedimento arbitral, facilitando e organizando o andamento do processo. Por isso, alguns autores comparam a atribuição das instituições arbitrais às

---

<sup>66</sup> “O dever de revelação, previsto no art. 14, §1º, da Lei de Arbitragem está fortemente ligado a garantia de imparcialidade e independência. Este dever decorre da cláusula geral de boa-fé e nos princípios gerais da confiança, lealdade e da informação” (LEMES, Selma Ferreira. *Árbitro, conflito de interesses e o contrato de investidura*. In: CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma Ferreira. (Org.). **20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 271).

<sup>67</sup> FICHTNER, José Antônio et. al. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. **Revista de Direito Privado**, v. 49, p. 227-285, jan-mar, 2012.

atividades cartoriais das secretarias das varas judiciais<sup>68</sup>. O Poder Judiciário, em mais de uma oportunidade, reconheceu a natureza essencialmente administrativa dos órgãos arbitrais institucionais<sup>69</sup>.

É bem verdade que em alguns casos as instituições arbitrais estão autorizadas a resolver divergências procedimentais, questões de natureza urgente, escolher e até afastar árbitros, entre outras providências cabíveis, antes de instituído o Tribunal Arbitral. Contudo, a participação do órgão arbitral é circunstancial, decorre da autonomia e vontade das partes optar por designar uma entidade que cuidará da administração do procedimento e podendo definir os limites em que ela poderá atuar.

Para este fim, as instituições arbitrais estabelecem em seus regulamentos e demais regras procedimentais a que as partes anuem e outorgam tal autoridade ao centro arbitral. Trata-se de relação contratual diversa da relação estabelecida com os árbitros, que possuem a jurisdição, e seu respectivo exercício, concedida e regulada pela lei.

As funções das instituições arbitrais e dos árbitros são distintas, tampouco se confundem a natureza de suas relações para com os litigantes. Como se apontou, o liame entre as partes e a instituição arbitral tem como objeto central a administração do procedimento. Sua natureza é contratual, mais especificamente de prestação de serviços especializados, oferecidos de forma autônoma e independente do ofício dos árbitros<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012; BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem**: nos termos da Lei no 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>69</sup> STJ - REsp. nº 1.4433.940/MG, TJPR - Apelação Cível no 941.377-0, TJSC - Apelação Cível n. 2011.080855-8.

<sup>70</sup> Examinando-se as várias teorias na doutrina internacional, Frederico Straube conclui que na arbitragem institucional se caracterizam quatro relações jurídicas distintas. A primeira entre os litigantes, consubstanciada na obrigação de observar o previsto no regulamento da entidade. A segunda entre as partes no processo e os árbitros, devendo estes aplicar o conjunto de regras escolhidas para a regulação do processo. A terceira concretizada no vínculo entre os árbitros e a entidade, regulada pela incidência das regras administrativas e processuais, em alguns casos, a instituição detém o direito de até mesmo supervisionar o procedimento, chegando inclusive a proceder a uma escrutinização da sentença. A quarta e última relação jurídica se estabelece entre as instituições administradoras e as partes, na medida em que se cria uma relação de prestação de serviço, ainda que de um tipo muito diferenciado e especializado de serviço. STRAUBE, José Frederico. A vinculação das partes e árbitros ao regulamento de arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma Ferreira. (Orgs.). **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017.

Desta maneira, considerando a publicidade como regra geral de processo jurisdicional e a confidencialidade como exceção, a confidencialidade pode ser objeto de contratação específica para a prestação de serviços. Geralmente esta contratação se dá por meio de escolha de uma instituição que preveja a confidencialidade em seu regulamento ou por previsão da convenção arbitral, a que a instituição deve observar, uma vez que venha a aceitar exercer sua função de acordo com o consentimento das partes, conforme estabelecido no acordo entre os litigantes.

Importa dizer que, em qualquer hipótese, a instituição arbitral deve respeitar os contornos privados do procedimento e, obviamente, o sigilo estabelecido pela lei, incidente sobre informações protegidas. A confidencialidade, porém, é de natureza mais ampla e abrangente<sup>71</sup>, razão pela qual nada impede que a divulgação da jurisdição seja objeto de transação próprio e independente dentro da relação contratual entre as partes e a instituição arbitral.

### **1.3 Confidencialidade, privacidade e sigilo**

Como destacado anteriormente, a confidencialidade envolve o dever de não revelar informações, dados e documentos relativos ao procedimento arbitral. Este dever atinge os árbitros, as partes litigantes e as instituições arbitrais, quando esta condição de reserva venha a ser estipulada entre tais atores.

Por seu turno, a privacidade está ligada à natureza particular e reservada, que caracterizam a arbitragem comercial como método de resolução de litígios. A arbitragem comercial nasce como meio privado para dirimir controvérsias, ressalte-se: exclusivamente de direitos patrimoniais e disponíveis, no qual as partes são livres para escolher árbitros, contratar a instituição arbitral e definir a forma pela qual seu conflito deverá ser solucionado.

---

<sup>71</sup> FONSECA, Rodrigo Garcia; CORREIA, André de Luiz. A confidencialidade na arbitragem, fundamentos e limites. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (Coord). **Arbitragem**. Temas contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

Os procedimentos arbitrais ocorrem em ambiente privado, reunindo os litigantes, os árbitros, a instituição arbitral, as testemunhas e os auxiliares técnicos. Como nos demais atos da vida privada, não há lugar para a participação de terceiros estranhos, desvinculados do procedimento.

Sobre a privacidade do procedimento arbitral, Cretella Neto (2010) afirma que:

Apenas as partes, seus representantes, advogados com mandato, experts e testemunhas convocadas têm o direito de estar presentes. Com relação às testemunhas, esse direito é limitado e qualificado, na medida em que estas apenas se apresentam quando prestam depoimento, deixando a sala logo a seguir. Exceções a essa regra são possíveis, evidentemente, mas sempre mediante prévio acordo entre as partes.<sup>72</sup>

De forma distinta, a prestação jurisdicional oferecida pelo Estado é serviço público. Seus atos, sua forma e seu conteúdo são eminentemente públicos, como estabelece a Constituição Federal (CF), principalmente, nos art. 5º, LX, e art. 93, IX.

O princípio da publicidade dos atos processuais judiciais atende ao primado da publicidade de todos os atos estatais e possui relevância como forma de limitação e controle do Estado, por meio da fiscalização do exercício da jurisdição pelas partes e pela sociedade.

Canotilho et. al (2013 p, 452) esclarece que a publicidade dos atos judiciais:

Protege as partes de abusos, arbítrios e prepotências dos agentes do Estado; protege o juiz, ao permitir que a sociedade tenha uma exata noção de sua atuação; e, por fim, protege a coletividade, ao permitir o controle dos atos processuais e sua consonância com os objetivos constitucionais.<sup>73</sup>

E arrematam os juristas que:

Seria um contrassenso constitucional irremediável se a Constituição de 1988, estabelecendo que todo poder constituído estatalmente

---

<sup>72</sup> CRETELLA NETO, José. Quão Sigilosa é a Arbitragem? **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 25, p. 43-70, 2010.

<sup>73</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 452.

“emana do povo” (art. 1º, parágrafo único), viesse a instituir o segredo como regra, justificando a ocultação daqueles em nome do qual esse mesmo poder é exercido de informações relativas a administração de todas as atribuições atinentes a cada um dos poderes. É por isso que se estabelece, como imposição jurídica para os agentes administrativos em geral, o dever de publicidade para todos os seus atos.<sup>74</sup>

Essa preocupação não deve ocorrer na arbitragem comercial, em que os árbitros são escolhidos entre aqueles que gozam de confiança das partes e onde a controvérsia é dirimida segundo a missão ou incumbência atribuídas aos julgadores por ato de vontade particular dos litigantes. Os árbitros não estão sujeitos a pressões políticas e seu poder não é constituído de forma indireta, por representatividade (que “emana do povo”), mas sim decorre da vontade manifestada categoricamente pelas partes, dispensando, portanto, a fiscalização popular.

É na natureza de negócio privado, estabelecido diretamente entre particulares, que se ampara a privacidade da arbitragem comercial. A privacidade resguarda a arbitragem da presença e participação de terceiros, como naturalmente são os acontecimentos da vida particular. Esta é uma peculiaridade que distingue o processo arbitral do estatal e contribui para a prestação da tutela com as distinções e qualidades esperadas do procedimento privado.

De forma bastante didática, Fichtner (2012)<sup>75</sup> diferencia a privacidade da confidencialidade, afirmando que a primeira é um direito das partes em relação a terceiros estranhos ao processo arbitral, mais especificamente a prerrogativa de barrar o acesso de terceiros ao procedimento e atos processuais, enquanto a confidencialidade tem origem em previsão legal ou convencional e se aplica àqueles vinculados ao procedimento arbitral, em particular as partes, as instituições arbitrais e os árbitros.

Em relação aos demais que participam do processo arbitral, como peritos, testemunhas e pessoal de apoio, caso não tenham se obrigado em termos de

---

<sup>74</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 452.

<sup>75</sup> FICHTNER, José Antônio et. al. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. **Revista de Direito Privado**, v. 49, p. 227-285, jan-mar, 2012.

confidencialidade, devem ao menos respeitar a reserva sobre as informações a que tomaram conhecimento, porque participam de negócio privado e que carrega como característica a vontade das partes de manter na esfera particular os fatos, documentos e informações oferecidas no curso do procedimento.

Como se vê, a confidencialidade é, quase sempre, disposição contratual que caminha junto e complementa a reserva quanto às informações trocadas em âmbito privado, sob o qual corre o processo arbitral.

Já o sigilo concerne a uma propriedade de determinado documento ou informação que implica na restrição à sua publicidade. O sigilo é estabelecido por disposição de lei, diante de princípio jurídico, ou por convenção entre partes, sendo aplicável aos atores do processo arbitral segundo a extensão do fundamento jurídico implicado, seja legal, principiológico ou contratual.

Por vezes, o grau de sigilo pode ser tão intenso que o Tribunal Arbitral deverá impedir que os demais participantes da arbitragem tenham conhecimento acerca de certas informações contidas em algum documento, por exemplo, autorizando seja ele reproduzido parcialmente ou sob tarjas. Evidentemente, caso tais informações digam respeito ao objeto em disputa, este sigilo deve ser mitigado frente ao imprescindível exercício do contraditório.

Embora a questão esteja além dos limites do escopo deste trabalho, vale anotar a existência de intenso debate na doutrina quanto à extensão do dever de confidencialidade dos árbitros na verificação de ato delituoso.

De um lado, há grande preocupação de que a arbitragem não se torne um porto seguro para aqueles que desejam praticar condutas delituosas<sup>76</sup>, de outro há quem sustente que o árbitro não é agente público, não tem o poder e muito menos o dever

---

<sup>76</sup> FICHTNER, José Antônio et. al. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. **Revista de Direito Privado**, v. 49, p. 227-285, jan-mar, 2012; VERÇOSA, Fabiane; MONEGALHA, Guilherme. Como deve se comportar o árbitro diante de indícios e provas de corrupção? Algumas impressões. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 63, p. 159-189, out-dez, 2019; GONÇALVES, Vilmar Luz Graça; BECKER, Daniel. Crime e arbitragem: a posição do tribunal arbitral. **Revista dos Tribunais**, v. 1002, p. 23-44, abr. 2019.

de investigar a conduta das partes. Para estes impor ao árbitro o dever de levar ao conhecimento das autoridades competentes os fatos criminosos de que tiveram conhecimento equivaleria, nas palavras de Dinamarco (2013, p. 64) a “uma traição àqueles que, em boa-fé, lhe houvessem revelado o que não revelariam em um processo realizado em regime de publicidade”<sup>77</sup>.

Pondere-se, todavia, que é necessário considerar premissas mínimas de proporcionalidade entre o bem protegido e o interesse social como elemento norteador da interpretação da extensão do dever de confidencialidade. Acaso utilizada contra os fins éticos e de realização da justiça a confidencialidade, uma qualidade legítima do processo arbitral, estaria a serviço do seu próprio desprestígio.

A confidencialidade, a privacidade e o sigilo são institutos distintos, mas que convivem bem na dialética da arbitragem, cada uma com sua origem, suas características e seus respectivos efeitos sobre os atores do procedimento e terceiros. A aplicação adequada de cada um deles, de forma individual ou em conjunto, apresenta relevante contribuição para o sistema de resolução de litígios por meio de arbitragem.

---

<sup>77</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 64.



## 2 ARBITRAGEM COMO JURISDIÇÃO

### 2.1 Natureza jurídica da arbitragem

Entre as teorias que tentam definir a natureza jurídica da arbitragem, quatro merecem especial destaque, a saber: a teoria contratual, a teoria jurisdicional, a mista e a autônoma, as quais se passará ao exame.

#### 2.1.1 Teoria contratual

A teoria contratual, também chamada de privatista, apoia-se na ideia de que a arbitragem é criação da autonomia de vontade das partes. Sob esta premissa, os litigantes aderem à arbitragem mediante o acordo de submeter a resolução de suas disputas a terceiros, escolhidos para arbitrar o conflito, afastando a interferência do Estado e a natural disposição judicante do Poder Judiciário.

Entendem os defensores da teoria contratual que a arbitragem é fruto do domínio dos particulares sobre seus direitos patrimoniais e disponíveis, podendo eles, de forma consensual, estabelecerem as bases sobre as quais estes direitos serão oponíveis ou pacificados os conflitos decorrentes desta relação. Nesta linha, Bueno (2014, p. 52) afirma que a arbitragem “tem natureza jurídica eminentemente contratual, eminentemente voluntária e dependente, na maior parte das vezes, do consenso entre os envolvidos no litígio”<sup>78</sup>.

Basilio e Fontes (2007) informam que esta forma de pensar tem origem na Roma antiga, antes mesmo da concepção de uma justiça pública nos moldes contemporâneos, quando a solução de conflitos era comumente arbitrada por membros da comunidade<sup>79</sup>. Carmona (2014, p. 833-834) anota que:

A arbitragem tinha como grande vantagem não depender da força e autoridade do Estado: as partes envolvidas no litígio dirigiam-se voluntariamente a um terceiro – normalmente um membro da própria

---

<sup>78</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1, p. 52.

<sup>79</sup> BASILIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R. C. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 14, p. 48-51, jul-set, 2007.

comunidade que lhes inspirasse confiança pela idade, experiência, sabedoria e conduta ilibada – para que este desse solução ao conflito, cumprindo as partes *bona fide* o preceito ditado pelo árbitro escolhido.<sup>80</sup>

Em geral, os privatistas negam a natureza jurisdicional da arbitragem diante do princípio do monopólio estatal da jurisdição. Sob este aspecto, Câmara (1997, p. 39) se alinha à corrente privatista, argumentando:

Pois a jurisdição é monopólio do Estado, não podendo ser exercida pelo árbitro, o qual é um ente privado. Ademais, não se faz presente na arbitragem a relação jurídica processual, qual seja, aquela que se estabelece entre as partes e o Estado-Juiz.<sup>81</sup>

Martins (1995) lembra que autores do porte de Chiovenda e Calamandrei, negavam a ideia de jurisdição arbitral sob o fundamento de que os árbitros não possuem os poderes de coerção e execução, elementos tradicionais da jurisdição. O autor esclarece que “em sendo verdade para os privatistas que *jurisdictio sine coercitione nulla est*, não há, na opinião destes, como prosperar a doutrina jurisdicionalista”<sup>82</sup>

Vale dizer que no Brasil, muitos do privatistas se apegavam à necessidade de homologação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário a fim de configurar título executivo, condição esta que foi expressamente afastada na lei vigente, a qual equipara os efeitos da sentença arbitral doméstica aos da sentença judicial.

Em síntese, a teoria contratual defende que a decisão proferida pelos árbitros é reflexo de negócio jurídico privado e fruto da autonomia da manifestação de vontade. Tal corrente entende que a arbitragem não possui caráter jurisdicional porque não emitida pelo Estado, detentor do monopólio da jurisdição. A teoria contratualista da arbitragem é minoritária no Brasil<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. **Revista de Processo**, v. 58, p. 33-40, abr.-jun. 1990; CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**, v. 1, p. 833-844, set. 2014.

<sup>81</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1997, p. 39.

<sup>82</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. **Anotações sobre a Arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei do Senado nº 78/92.**, 1995. Disponível em: <http://batistamartins.com/anotacoes-sobre-arbitragem-no-brasil-e-o-projetode-lei-do-senado-n-7892/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>83</sup> FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

## 2.1.2 Teoria jurisdicional

A corrente que defende a teoria jurisdicional da arbitragem, também chamada de publicista, sustenta que os árbitros exercem efetiva jurisdição. Isto é, mesmo que não sejam agentes públicos e mesmo que tenham sido nomeados pelas partes em ato particular, sua função é a de dizer o direito em relação ao caso concreto, com a mesma autoridade que teria um integrante do Poder Judiciário.

Para os defensores desta corrente, os árbitros, apesar de indicados pelas partes, têm responsabilidades análogas às dos juízes togados<sup>84</sup>, sendo equiparados aos agentes públicos quando no exercício de suas atribuições (LARb. Art. 17). Além disso, o exercício da função do árbitro está sujeito aos mesmos princípios constitucionais e legais que inspiram a distribuição da Justiça, como a imparcialidade, o respeito ao contraditório, o direito de defesa<sup>85</sup> e o *múnus* de pacificação de conflitos.

Pertinente é o comentário de Tucci (2008, p. 01), que, ao reconhecer a natureza publicista da arbitragem, acrescenta que “a despeito de ser instituído por meio de um instrumento de cunho privado (convenção arbitral), o desenrolar do processo de arbitragem é tão jurisdicional quanto aquele que tramita perante a justiça estatal”<sup>86</sup>.

Sobre o tema, Nery Junior (1997, p. 1300) afirma que:

A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existe entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social. Sua decisão é exteriorizada por meio de sentença, que tem qualidade de título executivo judicial, não havendo necessidade de ser homologada pela jurisdição estatal.<sup>87</sup>

<sup>84</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. **Anotações sobre a Arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei do Senado nº 78/92**. Disponível em: <http://batistamartins.com/anotacoes-sobre-arbitragem-no-brasil-e-o-projetode-lei-do-senado-n-7892/> Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>85</sup> WALD, Arnaldo. O espírito da arbitragem. **Revista do IASP**, São Paulo: RT, v. 23, p. 22 e ss., jan.-jun. 2009.

<sup>86</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Arbitragem: garantias constitucionais do processo e eficácia da sentença arbitral. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n. 26, set.-out. 2008, p. 1.

<sup>87</sup> NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 3. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 1.300.

No mesmo sentido, destaca Dinamarco (2013, p. 39-41) que “hoje é imperioso entender que a jurisdicionalidade é inerente à própria arbitragem, prescindindo das vicissitudes da legislação ou mesmo das opções do legislador”, uma vez que “eliminada a necessidade de homologação e, portanto, sendo a sentença arbitral eficaz por si própria, ela é, tanto quanto a do juiz, um ato de pacificação social e, portanto, jurisdicional” (2013, p. 39-41).<sup>88</sup>

De fato, a Lei de Arbitragem prevê que as decisões arbitrais produzem os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário (art. 31), resolvendo as questões fáticas e de direito da lide em caráter definitivo (art. 18), sem necessidade de homologação, controle prévio ou revisão de conteúdo pelo Poder Judiciário (art. 32).

No Brasil, o debate entre os privatistas e os publicistas arrefeceu depois da reforma da lei de arbitragem<sup>89</sup>. Carmona (2009, p. 26) afirma que, ao colocar em pé de igualdade a sentença arbitral e a judicial, “o legislador optou, assim, por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pondo termo à atividade homologatória do juiz estatal, fator de emperramento da arbitragem”.

No mesmo sentido, observa Martins (1995), ele mesmo membro da comissão relatora do projeto de lei de arbitragem que:

Atenta aos clamores e à evolução do instituto da arbitragem acompanhada pelas legislações comparadas, optou a Comissão Relatora por abraçar a teoria publicística da natureza jurídica da arbitragem e assim por imprimir à sentença arbitral força obrigacional, com os mesmos efeitos da sentença proferida pelo Judiciário, inclusive condenatório.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 39-41.

<sup>89</sup> Como aduz Humberto Theodoro Júnior: “se, no regime anterior à Lei n.º 9.307, mostrava-se forte a corrente que defendia a natureza contratual ou privatística da arbitragem, agora não se pode mais duvidar que saiu vitoriosa, após o novo diploma legal, a corrente jurisdicional ou publicística.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. III, p. 330.

<sup>90</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. **Anotações sobre a Arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei do Senado nº 78/92.**, 1995. Disponível em: <http://batistamartins.com/anotacoes-sobre-arbitragem-no-brasil-e-o-projetode-lei-do-senado-n-7892/> Acesso em: 20 fev. 2020.

Com a edição da chamada alteração da lei de Arbitragem<sup>91</sup>, em 2015, os publicistas ganharam ainda maior preponderância sobre os privatistas. Com efeito, a Lei de Arbitragem passou, por exemplo, a conferir aos árbitros, de forma expressa, os poderes para conceder tutelas cautelares de urgência, bem como o de rever tutelas desta natureza concedidas pelo Judiciário em caráter antecedente (art. 22-B).

Ao seu turno, o art. 22-C, reforçando a noção de que não existe distinção entre o árbitro e o juiz, disciplinou a figura da carta arbitral, mediante a qual o árbitro expede uma decisão, cabendo ao juiz dar cumprimento ao ato solicitado, em verdadeira colaboração entre jurisdições.

Neste sentido, o Código de Processo Civil, na redação que lhe deu a Lei nº 13.105/15, portanto, contemporânea à reforma da Lei de Arbitragem, reconhece que o cumprimento da carta arbitral, inclusive a que importa na efetivação de tutela provisória, é ato de cooperação judiciária (art. 236, IV). E mais, o art. 69, IV, § 1º, do Código de Processo Civil confirma que se trata de ato de cooperação nacional, colocando as cartas arbitrais na classe de “atos concertados entre juízes cooperantes”.

Entende-se por atos concertados entre juízes cooperantes a solicitação de um ente, dotado de jurisdição, para outro que, por razões de política ou administração judiciária possua a competência para seu cumprimento, seja em razão de territorialidade ou especialização. É regra de direito processual, portanto, de ordem pública, que busca dar eficiência à realização da prestação jurisdicional.

Outro argumento para reforçar o caráter publicista da arbitragem é a regra do art. 8º da Lei 9.307/1996, que consagra o princípio do *kompetenz-kompetenz*. Segundo os publicistas, fosse uma relação meramente contratual, não caberia ao árbitro decidir sobre sua própria competência (CAHALI, 2018, p. 139).

---

<sup>91</sup> BRASIL. Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm) Acesso em: 01 jan. 2020.

Defendem os publicitas que o fato de o árbitro não possuir poder de coerção (império) seria apenas uma questão de opção de política legislativa e de competência funcional, o que não descaracterizaria a natureza jurisdicional da arbitragem e a capacidade do árbitro para conhecer e julgar litígios.

No entendimento de Fichtner (2019), o árbitro seria dotado de poder de coerção equivalente ao do juiz, apoiando-se na cooperação do juiz togado apenas em caso de não cumprimento voluntário de suas decisões<sup>92</sup>.

De um ou outro modo, o processo civil brasileiro convive com um sistema pacífico de dualidade jurisdicional, sendo esta a atividade típica, mas não exclusiva do Judiciário<sup>93</sup>. Scavone Junior (2016) defende que este sistema paralelo de jurisdição pode ser extraído da leitura dos arts. 3º e 42 do atual Código de Processo Civil<sup>94</sup>.

Vale notar que o art. 3º do Código de Processo Civil consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, e seu §1º, detalhando a concepção de jurisdição estabelecida no *caput*, esclarece que é permitida a arbitragem, na forma da lei.

Não se desconhece que, ao dispor sobre o mesmo princípio, a Constituição Federal previu o acesso à justiça somente por meio do Poder Judiciário (CF. art. 5º, XXXV). Importa lembrar que, embora à época da promulgação da Constituição Federal já fosse admitida a arbitragem no Brasil, as sentenças proferidas pelos árbitros dependiam de homologação judicial, leia-se, dependiam de ato do judiciário para lhes emprestar a qualidade de jurisdição.

---

<sup>92</sup> FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

<sup>93</sup> Segundo Nery Jr “a atividade jurisdicional é típica, mas não exclusiva do Poder Judiciário”. NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.

<sup>94</sup> O Código de Processo Civil claramente adota a dualidade jurisdicional, estabelecendo paralelamente a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral, inferência que se extrai dos arts. 3º e 42.

O art. 3º do CPC de 2015 está assim redigido: “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

No art. 42 do CPC encontramos o seguinte: “Art. 42. As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.” SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

A jurisdição arbitral, propriamente dita, somente foi estabelecida anos depois da edição do texto constitucional, com o advento da Lei 9.307/96, devidamente recepcionada pela Constituição Federal, conforme declaração de constitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal no processo da Sentença Estrangeira (SE) 5.206-7, julgado em dezembro de 2001.

A teoria jurisdicional da arbitragem é acolhida pela corrente doutrina majoritária no Brasil, como informam, entre outros, Fichtner (2019)<sup>95</sup> e Beraldo (2014).<sup>96</sup>

### 2.1.3 Teoria mista

Acolhendo em maior ou menor grau argumentos tanto dos privatistas quanto dos publicistas, há aqueles que defendem uma posição híbrida da arbitragem. A pedra de toque da teoria mista estaria no fato da arbitragem nascer de um contrato, mas se resolver sob o caráter jurisdicional da sentença arbitral.

No Brasil, afilia-se a esta corrente Lemes (2014), que afirma:

Ser mais acertado definir a natureza jurídica da arbitragem como híbrida, sendo na sua primeira fase contratual e na segunda jurisdicional, o que nos autoriza invocar os mesmos princípios jurídicos e corolários informadores do processo judicial, a fim de que se garanta a tutela jurídica efetiva.<sup>97</sup>

Do mesmo modo, Magalhães e Batista (1986) expressam que as correntes privatista e publicista são extremadas, merecendo conciliação. Entendem os autores que a arbitragem possui no compromisso arbitral a sua base contratual, de caráter estritamente consensual, mas que o laudo arbitral não é ato integrativo do compromisso e que seus efeitos decorrem da Lei e não da vontade das partes. E

<sup>95</sup> FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

<sup>96</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem**: nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>97</sup> LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem: princípios jurídicos fundamentais. direito brasileiro e comparado. **Revista dos tribunais**, v. 686, p. 73-89, dez. 1992; LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem: princípios jurídicos fundamentais. direito brasileiro e comparado. **Doutrinas essenciais arbitragem e mediação**, v. 1, p. 215-248, set. 2014.

concluem que, “se a arbitragem é contratual em seu fundamento inicial, é também jurisdicional, ante a natureza pública do laudo arbitral, como forma privada de solução de litígios” (1986, p. 20-21)<sup>98</sup>.

Somando a isso, para os adeptos desta teoria, a execução da sentença arbitral, sempre a cargo do Poder Judiciário, seria uma fase inerente ao procedimento, o que configuraria uma espécie de jurisdição partida ou compartilhada.

Na teoria mista, como resume Cahali (2012, p. 86) agregam-se “os fundamentos de uma e outra das teorias anteriores, para concluir que, mesmo pautada no negócio jurídico realizado entre as partes, e sendo dele decorrente, não se pode desenvolver a arbitragem fora de um sistema jurídico”.<sup>99</sup>

#### 2.1.4 Teoria autônoma

A corrente que sustenta a teoria autônoma, também chamada de autonomista, defende que a arbitragem é um sistema desvinculado dos demais sistemas jurídicos. Esta corrente possui mais adeptos na doutrina internacional, com vistas às arbitragens transnacionais.

Como esclarece Dolinger e Tiburcio (2003, p. 96) esta linha de pensamento “defende a ideia de que a arbitragem internacional tem fundamento e se desenvolve com base nas suas próprias regras, sem qualquer ligação com um sistema jurídico nacional”, concluindo que a consequência estaria na desnacionalização da arbitragem, sem vinculação a um país determinado.<sup>100</sup>

Defensores desta corrente afirmam que as demais teorias se baseiam em uma perspectiva dicotômica da arbitragem e que não levam em consideração o caráter diferenciado da arbitragem. Ao assim proceder, serão sempre impróprias as conclusões, sem que se consiga apresentar um quadro que realmente possa abranger

---

<sup>98</sup> MAGALHÃES, José Carlos de; BATISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 20-21.

<sup>99</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 86.

<sup>100</sup> DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 96.



o instituto da arbitragem de forma ampla e compreensiva em todas as suas particularidades e facetas.

Basílio e Fontes (2008), assim colocam a questão: “A arbitragem seria o que, então? A melhor resposta é uma só: arbitragem é arbitragem”. E continuam sustentando que: “a teoria que melhor explica a arbitragem, por conseguinte, será aquela lastreada na afirmação de que arbitragem é arbitragem, e não jurisdição, ou contrato ou ainda um misto de jurisdição e contrato”.<sup>101</sup>

No plano prático é muito difícil abstrair a arbitragem da incidência de alguma lei de regência ou da influência da legislação de sua sede. Ademais sempre haverá mecanismos de controle judicial da sentença arbitral, o que enfraquece a ideia de que a arbitragem pode ser um sistema completo e independente, sem ligação com as leis nacionais (FICHTNER, MANNHEIMER e MONTEIRO, 2019).

#### 2.1.5 Conclusão

Uma vez apresentados os principais argumentos e correntes de pensamento acerca da natureza jurídica da arbitragem, a nosso sentir, não há como se afastar que a jurisdição é a característica fundamental do processo arbitral brasileiro, como hoje conhecemos.

Após analisar as definições de jurisdição nas concepções de Chiovenda, Bueno, Dinamarco e Theodoro Júnior, APRIGLIANO (2016) conclui que para muitos doutrinadores, a presença ou a atuação do próprio Estado não é indispensável para a jurisdição, já que suas características centrais não estão, necessariamente, associadas ao agente que realiza essa atividade.<sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R.C. A teoria autonomista da arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 17, p. 49-53, abr-jun. 2008; BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R.C. A teoria autonomista da arbitragem. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**, v. 1, p. 667-672, set. 2014.

<sup>102</sup> APRIGLIANO, R. C. Jurisdição e Arbitragem no novo Código de Processo Civil. In: MELO, Leonardo de Campos; Beneduzi, Renato Resende. (Org.). **A Reforma de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 1.

Árbitros e juízes possuem a mesma função, sendo que a diferença funcional mais relevante estaria no fato de que um integra carreira de Estado e com dedicação exclusiva, enquanto o outro exerce a atividade jurisdicional de modo eventual, especificamente para resolver um determinado conflito<sup>103</sup>.

Note-se que, embora a escolha dos árbitros caiba às partes, sua investidura decorre da própria lei, que lhe outorga a capacidade de julgar as questões de fato e de direito submetidas pelas partes, por decisão final (coisa julgada material).

Por outro lado, guardados os devidos contornos, a lei regula o procedimento arbitral assegurando a obediência aos princípios de devido processo legal, aos bons costumes e à ordem pública. Some-se a isso o fato da própria lei estabelecer os requisitos sob os quais concede à sentença arbitral os mesmos efeitos daquela proferida pelo Poder Judiciário, como se observa do Capítulo V da Lei de Arbitragem.

Em outras palavras, se por um lado o Estado reconhece a jurisdição arbitral quando concede aos árbitros o mesmo poder-dever do ofício judicante dos juízes togados, por outro, limita, reservando-se o direito de regular e controlar a atividade, em atitude típica de quem zela pelo exercício da função investida. Neste aspecto os árbitros possuem jurisdição outorgada pela lei *in abstracto*, condição que se implementa *in concreto* quando o árbitro vem a ser confirmado (CAHALI, 2018).<sup>104</sup>

Em uma perspectiva histórica vale anotar que, após a redemocratização do país, a promulgação da Constituição Federal e de iniciativas legislativas que tinham como objetivo socializar o acesso a justiça como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor<sup>105</sup>, a chamada Crise do Judiciário atingiu patamares inquietantes<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> APRIGLIANO, R. C. Jurisdição e Arbitragem no novo Código de Processo Civil. In: MELO, Leonardo de Campos; Beneduzi, Renato Resende. (Org.). **A Reforma de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 1.

<sup>104</sup> CAHALI, F. J. **Curso de Arbitragem**: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas. 7 ed. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

<sup>105</sup> Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990

<sup>106</sup> A crise do Poder Judiciário Brasileiro está na sua incapacidade de resposta aos anseios da sociedade, tanto em agilidade quanto em expectativas de resultados da jurisdição. Interessante notar que a preocupação com o tema foi manifestada nos discursos de posse do Min. Sepúlveda Pertence, em 1995, e do Min. Américo Luz, em 1997, como Presidentes do STF e do STJ, respectivamente. Isso demonstra a grande preocupação com o tema, na época em que gestada a promulgada a Lei de

Foi neste ambiente que o Projeto de Lei do Senado nº 78, de 1992, ganhou corpo e, encampado pelo Senador Marco Maciel, transformou-se na Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. No parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, o caráter jurisdicional da arbitragem é reconhecido “uma vez que tem como escopo básico a composição dos litígios e sua decisão adquire força de coisa julgada”<sup>107</sup> e que a aprovação do projeto se mostrava necessária diante de uma estrutura defasada do Poder Judiciário, a qual não atendia mais as reais necessidades da sociedade.

A arbitragem já existia no Brasil, porém, o que se buscava era uma alternativa para a atividade-fim de um Poder Judiciário incapaz de solucionar conflitos dentro do quanto esperado e, portanto, incapaz de cumprir seus deveres constitucionais de distribuir a justiça dentro do tempo razoável de duração do processo.

Somente quando a lei passou a regular a arbitragem como um processo, assegurando as garantias processuais constitucionais e regulando a função dos árbitros, foi possível dispensar a homologação judicial e reconhecer o caráter vinculante da cláusula compromissória arbitral. A partir daí concedeu-se ao sistema arbitral a capacidade de proferir uma decisão definitiva sobre fatos e direito envolvidos na disputa arbitral. A arbitragem pôde, então, deslanchar no Brasil.

Isto equivale a dizer que o Estado regula o procedimento arbitral e empresta aos árbitros a prerrogativa para, no exercício de sua função, realizar a justiça por meio da restauração da ordem jurídica violada, em caráter definitivo, em uma palavra: jurisdição.

---

Arbitragem Brasileira. Sobre a crise do judiciário, professor José Eduardo Faria explica que a crise do Judiciário decorre da ineficiência com que este Poder desempenha suas funções, “visto cada vez mais como inepto, viciado e moroso prestador de serviços”. (FARIA, José Eduardo. O judiciário e seus Dilemas. **Revista do Advogado**, São Paulo, AASP, n. 56, set. 1999).

<sup>107</sup> O processo de tramitação legislativa está disponível em:

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=1186EE216B08F45B86444A3C42FDB3FF.proposicoesWebExterno2?codteor=1138518&filename=Dossie+-PL+4018/1993](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1186EE216B08F45B86444A3C42FDB3FF.proposicoesWebExterno2?codteor=1138518&filename=Dossie+-PL+4018/1993).

Acesso em: 02 mar. 2020.

Logo, também por esta análise, é possível dizer que a jurisdição é condição inerente à arbitragem doméstica. Esta característica estaria acolhida dentro de um sistema amplo de resolução de disputas e pacificação de conflitos, oferecido por meio de investidura jurisdicional conferida pelo Estado.

## 2.2 A publicidade como valor para a jurisdição

Em seu conceito clássico, a jurisdição está vinculada à expressão da autoridade do Estado na resolução dos conflitos que lhe são submetidos, com vistas a manutenção da ordem jurídica e a pacificação social, tanto do ponto de vista da coesão social, quanto no aspecto pedagógico.

A noção de jurisdição de Chiovenda, segundo a qual o instituto se caracterizaria pela atuação em substituição dos interessados, com a finalidade de aplicação do direito concreto, em ato de império, foi amplamente adotada<sup>108</sup>. Como sintetizou Dinamarco (2009), jurisdição é poder, função e atividade do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos, exercida mediante a atuação da vontade da lei (i.e. aplicação do direito)<sup>109</sup>.

Contudo, o conceito tradicional de jurisdição vem sendo atualizado para privilegiar a função e a finalidade da atividade em dizer o direito. Isto é, o exercício do poder de império e a substitutividade se apresentariam em plano menos relevante do que a atividade de conceder a justiça. É com base nesta flexibilização que muitos compreendem a arbitragem e a chamada justiça consensual<sup>110</sup> como detentoras de jurisdição.

Em outras palavras, cada vez mais a expressão jurisdição converge para a noção de acesso a Justiça, seja este acesso garantido diretamente pelo Estado ou

---

<sup>108</sup> V. CHIOVENDA, Giuseppe. **Principi di diritto processuale civile**. 2. ed. Nápoles: Jovene, 1923. p. 252

<sup>109</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, 6ª ed., vols. I, São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 315

<sup>110</sup> Usualmente atribui-se o termo justiça consensual ou justiça negociada em referência a composição civil, a suspensão condicional do processo e a transação penal. LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. Tese (Doutorado), 2009

por meio de outras soluções de resolução de conflitos reconhecidas oficialmente no ordenamento jurídico, muitas vezes chamadas de meios alternativos de solução de conflitos. GRINOVER (2016) bem sintetizou este pensamento:

*Jurisdição, na atualidade, não é mais poder, mas apenas função, atividade e garantia. E, sobretudo, seu principal indicador é o de garantia de acesso à Justiça, estatal ou não, e seu objetivo, o de pacificar com justiça.*<sup>111</sup>

Neste trabalho, utilizamos a expressão *jurisdição*, inclusive quando vinculada ao processo arbitral, como equivalente a capacidade de dizer o direito (*jurisditio*) emitida por meio das sentenças e demais tutelas proferidas pelo tribunal arbitral para garantia da justiça, dentro da atividade judicante.

Como já se teve a oportunidade de esclarecer anteriormente, a primeira função da publicidade dos atos jurisdicionais é permitir o conhecimento e a fiscalização do exercício, tanto do poder de Estado, quanto da prestação do serviço público. Ou seja, por meio da publicidade, presta-se contas à sociedade e se assegura o funcionamento de um sistema democrático de freios e contrapesos.

Assim como em qualquer âmbito dos atos do Estado, o princípio da publicidade incide também na atividade do Poder Judiciário. É especialmente nos atos de jurisdição, exercidos por meio do processo judicial, onde esta transparência se demonstra importante. Neste passo, a Constituição Federal estabelece a publicidade dos atos processuais como garantia fundamental dos cidadãos (CF, art. 5º, LX) e também como requisito de validade dos julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário (CF, art. 93, IX).

A primeira linha que a publicidade da atividade judicial assegura é o acesso e participação da própria parte e seus advogados aos atos do processo e, em sequência, o direito a um julgamento sob fiscalização popular, como meio de garantir sua imparcialidade, afastando eventual pressão política<sup>112</sup>. Interessante notar que,

---

<sup>111</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, Gazeta Jurídica. 2016, p. 20

<sup>112</sup> BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coords.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

assim como a imparcialidade e a independência, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas (ONU), elege também o direito a um julgamento público como um dos seus princípios fundamentais.<sup>113</sup>

Na fórmula transcendental de Kant (1989. p. 73) “Todas as ações relativas ao direito de outros homens cuja máxima não se conciliar com a publicidade são injustas”<sup>114</sup>. Segundo o filósofo, a publicidade é ponto da convergência entre a ética (pertencente à doutrina das virtudes) e o jurídico (concernente ao direito dos outros homens), tendo em vista que aquilo que abrange o direito de outros homens somente poderia ser legitimamente exercido sob a forma pública (não secreta).

Outro primado a que a publicidade dos atos judiciais visa atender é o direito dos cidadãos de receber dos órgãos públicos todas as informações por eles registradas, sejam de seu interesse particular ou de interesse coletivo, conforme previsto nos incisos XXXIII e LXXII do art. 5º da Constituição Federal.

O acesso a informações constantes dos registros públicos está vinculado ao exercício do direito de defesa<sup>115</sup>, mas também constitui outro caminho da via de fiscalização do exercício do poder pelo Estado. “O modelo político-jurídico, plasmado na nova ordem constitucional, rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta. Com essa vedação, o constituinte pretendeu tornar efetivamente legítima, em face dos destinatários do poder, a prática das instituições do Estado”, como asseverou o Ministro Celso de Mello por ocasião do Recurso em Habeas Data nº 75/DF<sup>116</sup>.

O fornecimento de certidões e dados em geral anotados nos assentos públicos, exerce, ainda, a importante função informativa e de garantia dos direitos de personalidade, familiares, obrigacionais e de proteção de terceiros de boa-fé que

---

<sup>113</sup> Artigo X – “Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.”

<sup>114</sup> KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua**. Tradução de M. A. Zingano. Porto Alegre: L& PM, 1989.

<sup>115</sup> Súmula Vinculante STF nº 14: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

<sup>116</sup> Informativo de Jurisprudência do STF n. 446, disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo446.htm#transcricao2>. Acesso em: 18 fev. 2020.

possam se interessar em conhecer a situação daqueles com quem queiram estabelecer relações jurídicas.

Há outra função da publicidade das decisões de conteúdo jurisdicional que é permitir o conhecimento da interpretação das leis e a formação da jurisprudência. Este fenômeno possui papel significativo no entendimento do Direito e na orientação das condutas sociais, resultando em segurança jurídica, redução da litigiosidade e melhor compreensão sobre o direito posto.

Além de gerar segurança e pacificação social, em regra, a formação da jurisprudência acode ao conhecimento sobre o que é o Direito, segundo a interpretação das leis.

Na Teoria Pura do Direito, Kelsen (1998)<sup>117</sup> explora as dificuldades de se lidar com a plurissignificação e vaguezas da lei, apontando a diferença entre a norma abstrata e a norma concreta. Reafirmando a necessidade de se conhecer a legalidade concreta da norma, o doutrinador deixa claro que são inúmeras as possibilidades de interpretação válida dentro da mesma moldura legal.

Ou seja, somente por meio do conhecimento da aplicação concreta da lei é que se apreenderá o seu verdadeiro sentido, função comumente desempenhada pela jurisprudência. A publicidade da jurisdição como ato de formação jurisprudencial merece maior análise e será alvo do tópico a seguir.

Importa dizer que a publicidade deve ser um valor observado pela jurisdição, tendo em vista que o comando e o fundamento jurisdicional são naturalmente destinados não só às partes litigantes, mas também para terceiros que deles possam ou devam vir a tomar conhecimento.

Sem que se possa publicizar a jurisdição (no sentido de levar ao conhecimento de outros além dos litigantes), sua autoridade e instrumentalidade poderiam ser comprometidas. É preciso que se leve ao conhecimento de terceiros os termos da

---

<sup>117</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 245 e ss.

decisão prolatada para que se efetive sua execução forçada, ou mesmo voluntária, quando envolver atos de terceiros para seu exercício eficaz. Exemplificativamente, o registro no livro de ações da companhia, litisconsórcio unitário facultativo ou quando a direito em disputa deve ser objeto de cumprimento por terceiros.

Igualmente, por mais que se considere que, em princípio, a *res judicata* não poderia beneficiar ou prejudicar terceiros, na prática, é comum que a sentença final acabe reverberando sobre terceiros juridicamente interessados.

A jurisdição também é destinada a terceiros porque, entre suas qualidades, está a de orientar a conduta e a de revelar como o direito deve ser entendido, permitindo o desenvolvimento jurídico-científico da sociedade e formando um relevante patrimônio social e comunitário (segurança jurídica). Retirar da jurisdição a possibilidade de ser compartilhada, ainda que sem os elementos identificadores dos litigantes, implicaria em prejuízo ao interesse público.

A jurisdição estaria igualmente destinada ao conhecimento do Estado, já que ela é ato de poder estatal. Logo, há o legítimo interesse de conhecer o ato de poder proferido pela autoridade delegada para que seja possível realizar sua fiscalização e a manutenção da ordem pública.

Sobre este aspecto, cabe ressaltar que o árbitro se equipara a funcionário público no exercício da função, recebendo a autoridade, mas também se sujeitando ao controle próprio dos agentes de Estado quanto aos deveres e responsabilidades, inclusive para fins da legislação penal (LARb. Art. 14).



### 3 PUBLICIDADE DA ATIVIDADE JURISDICIONAL E JURISPRUDÊNCIA

Entre todos os efeitos da publicidade da jurisdição, a formação da jurisprudência é talvez o fenômeno mais importante para a compreensão do Direito e a promoção de segurança jurídica. O conhecimento da jurisdição estimula o progresso da ciência jurídica e beneficia a sociedade, ao propiciar a consciência da interpretação sobre as regras jurídicas em força.

Não custa lembrar que, em sua origem, o direito romano, do qual se origina nosso ordenamento, foi formado e se desenvolveu através da jurisdição, i.e., das soluções de divergências concretas, proferidas por aqueles que possuíam este poder. Em sua obra clássica Gaudemet (1967, p. 380) afirma que :

*Dans sa forme première, le droit apparait comme l'expression de la décision du juge. Les solutions d'espèce préparent la coutume. C'est pourquoi on a pu dire que les iura ont précédé le ius. Ainsi s'explique l'importance primordiale de la juridiction dans la naissance et le développement du droit romain.*<sup>118</sup>

Historicamente, a ciência do Direito equivalia ao fenômeno jurídico tal como ele se realizava na prática (REALE, 1993)<sup>119</sup>. Em um primeiro momento, não havia direito em abstrato ou conceitual; fora da experiência social ou distinto do produto efetivo de uma vivência concreta. O Direito se confundia, pois, com a jurisdição e, somente conhecendo as manifestações jurisdicionais, é que se obtinha a compreensão do Direito.

Posteriormente, às decisões dos casos práticos se somou o conjunto de manifestações dos jurisconsultos, os prudentes, por meio das consultas práticas que lhes eram endereçadas (FRANÇA, 1974). E isto compunha “toda ciência do direito, teórica ou prática” (1974, p. 145)<sup>120</sup>, o conhecimento das coisas divinas e humanas e

---

<sup>118</sup> Tradução livre: “Em sua formação original o direito aparece como uma expressão da decisão do juiz. As soluções de casos específicos moldam o costume. Podemos dizer que o *iura* precedeu o *ius*. Isso explica a importância primordial da jurisdição no nascimento e desenvolvimento do direito romano”. GAUDEMET, Jean. **Institutions de l'Antiquité**. Paris: Sirey, 1967, p. 380.

<sup>119</sup> REALE, M. **Lições Preliminares de Direito**. 20 ed. ed. São paulo: Saraiva, 1993

<sup>120</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. **O Direito, a Lei e a Jurisprudência**. São Paulo: RT, 1974, p. 145.

a ciência do justo e injusto<sup>121</sup>, na expressão de Ulpiano, e que de forma genérica se denominava jurisprudência (FRANÇA, 1974).<sup>122</sup> Isto equivale a dizer que na concepção histórica a ciência do Direito e a Jurisprudência eram equivalentes (REALE, 1993)<sup>123</sup>: *prudentia* = ciência; *iuris* = do direito, segundo registra Alves (2007)<sup>124</sup>.

Vale notar a importância da evolução semântica do termo *Iuris Prudentia*, literalmente prudência dos juristas, como designação da atividade de interpretar as normas manifestando seu parecer sobre os problemas jurídicos concretos que lhes eram apresentados<sup>125</sup>.

Atualmente, jurisprudência possui outras interpretações, França (1974) chega a atribuir à expressão cinco conceitos diferentes<sup>126</sup>. No Brasil, o termo é comumente adotado para designar “a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais” (REALE, 1993, p. 167)<sup>127</sup>.

O que fica muito claro em todas os significados atribuídos a jurisprudência é que ela é um dos mais importantes produtos da jurisdição. Note-se que, enquanto a jurisdição, na maior parte das vezes, tem efeitos intrínsecos a determinado processo, solucionando uma lide específica, a jurisprudência tem repercussão muito maior, extrínseca ao procedimento particular e com capacidade de influenciar a própria noção de Direito.

<sup>121</sup> “divinarum, atque humanarum rerum notitia, justī atque injustī scientia” (Digesto, I, 1, 10, 2)

<sup>122</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. **O Direito, a Lei e a Jurisprudência**. São Paulo: RT, 1974.

<sup>123</sup> REALE, M. **Lições Preliminares de Direito**. 20 ed. ed. São paulo: Saraiva, 1993.

<sup>124</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

<sup>125</sup> VELASCO, Ignacio Maria Poveda. Direito, jurisprudência e justiça no pensamento clássico (greco-romano). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, n. 101, p. 21-32, São Paulo, jan./dez. 2006.

<sup>126</sup> O primeiro conceito, mais amplo, abrangeria toda a ciência do direito, teórica ou prática, elaborada por jurisconsultos ou magistrados. O segundo seria composto pelo conjunto das manifestações dos jurisconsultos (prudentes) diante de questões concretas formuladas, estaria ligado à etimologia do termo (*iuris + prudentia*). O terceiro seria equivaleria à doutrina jurídica, incorporando estudos e trabalhos sem necessariamente se preocupar em resolver problemas factuais existentes. O quarto seria o conjunto das manifestações dos juízes sobre as lides e negócios a serem decididos segundo técnica especializada e rito próprio. O quinto diz respeito ao conjunto de pronunciamentos pelo Poder Judiciário, a respeito de certo objeto de forma reiterada, constante e pacífica. (FRANÇA, Rubens Limongi. Jurisprudência – Seu caráter de forma de expressão de Direito. **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**, v. 30, p. 273-274, 1974).

<sup>127</sup> REALE, M. **Lições Preliminares de Direito**. 20 ed. ed. São paulo: Saraiva, 1993.

De maneira bastante assertiva Ferro (1990, p. 89) afirma que “Independentemente do sistema jurídico em que se viva, ninguém desconhece a importância da jurisprudência na experiência jurídica em geral”, completando na sequência que:

A jurisprudência, indubitavelmente, está incluída no grupo de forças que participa da direção moral da sociedade, pois seu conhecimento, facilitado pela existência de inúmeros repertórios em todo o mundo, é necessário tanto ao prático, quanto ao estudioso do direito, pelo fornecimento de matéria viva para sua construção e evolução (1990, p. 89).<sup>128</sup>

Para que seja possível que a jurisdição venha formar uma jurisprudência é necessário que se dê conhecimento público do direito aplicado na prática. Somente através da publicidade é que a função jurisdicional poderá chegar a outros interessados, além daqueles participantes do litígio.

### 3.1 A contribuição da jurisprudência

Uma vez entendida a jurisprudência como produto resultante da jurisdição, e a necessidade da divulgação das decisões jurisdicionais para que possam constituir ou integrar aquilo que se denomina jurisprudência, passamos agora a analisar o seu papel e importância de sua contribuição.

Na clássica lição de Nast (apud SANTOS, 2007), as funções da jurisprudência seriam a de aplicar a lei, adaptar a lei de acordo com as ideias contemporâneas e necessidades modernas, e também exercer uma função de criação, para fins de preenchimento das lacunas da lei<sup>129</sup>. No Brasil, França (1974) conclui serem cinco as funções da jurisprudência: interpretar a lei; vivificar a lei; humanizar a lei; suplementar a lei; e rejuvenescer a lei<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> FERRO, Marcelo Roberto. A jurisprudência como forma de expressão do direito **Revista de Direito Civil - RDC**, n. 51, p. 89, jan.-mar, 1990.

<sup>129</sup> SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

<sup>130</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. **O Direito, a Lei e a Jurisprudência**. São Paulo: RT, 1974.

Mais recentemente, Ferro (1990)<sup>131</sup> aponta que estas funções são o meio imediato pelo qual a jurisprudência alcança sua vocação mediata (assegurar igualdade e segurança). O referido autor esclarece que, no exercício da jurisdição, o julgador não se limita à aplicação automática da lei, mas “procura adaptá-la aos interesses da comunidade, funcionando como um intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real” (1990, p. 89)<sup>132</sup>.

Diante de seu caráter geral, a lei é naturalmente um postulado amplo, muitas vezes abstrato, e impessoal. Sua aplicação carece do papel interpretativo do julgador para que este esclareça qual a correta forma de sua interpretação no caso concreto. Além disso, não raro, a casuística registra o conflito (aparente ou real) de regras, normas e princípios, que necessitam ser harmonizados para a pretendida pacificação da disputa.

No exercício de sua função, o julgador não está adstrito à fria aplicação da lei, mas, ao contrário, exerce um importante papel interpretativo, deduzindo a regra jurídica aplicável, seu emprego e extensão frente a realidade dos fatos e a relação jurídica segundo o contexto temporal em que ocorreram.

Assim, aquele que arbitra um conflito desempenha uma atividade criativa e criadora do Direito. Destaque-se que, salvo nos julgamentos por equidade, não se espera do julgador que crie a regra, mas sim que exerça atividade com caráter científico, com aplicação dos critérios legais, racionais e em observância aos princípios gerais de direito.

Mesquita (2005, p. 218) anota que:

No contato com o caso concreto, a lei mostra as suas virtudes e os seus defeitos. É tarefa dos juízes realçar aquelas e minimizar estes. Do desempenho dessa atividade é que se revela e se torna atuante o sentido mais justo do comando jurídico contido na norma legal, dando lugar, muitas vezes, à formulação de um novo comando extraído do anterior. A norma que daí resulta é o produto de uma construção jurisprudencial. Na sua gênese, apresenta-se como resultado da

---

<sup>131</sup> FERRO, Marcelo Roberto. A jurisprudência como forma de expressão do direito. **Revista de Direito Civil - RDC**, n. 51, p. 89, jan.-mar, 1990.

<sup>132</sup> FERRO, Marcelo Roberto. A jurisprudência como forma de expressão do direito. **Revista de Direito Civil - RDC**, n. 51, p. 89, jan.-mar, 1990.

pressão dos fatos sobre a lei que sobre eles incide. É a lei recebendo de volta a força que projetou sobre os fatos.<sup>133</sup>

Na prática, muitas vezes, conhecer a jurisprudência pode se revelar mais importante do que conhecer a lei, porquanto a jurisdição pode emprestar interpretação relevante ao conhecimento do direito posto<sup>134</sup>, ou como advertia Chiovenda (1935, p. 39): “*giuridicamente la volontà concreta della legge è ciò che il giudice afferma essere la volontà concreta della legge*”<sup>135</sup>.

Independentemente da definição exaustiva das funções da jurisprudência, não se encontrou quem divirja que o instituto exerce o papel de completar, temperar, modernizar e aperfeiçoar a norma jurídica. A expressão do Direito através da jurisprudência oferece melhor compreensão da ciência jurídica e do que é justo ou injusto, como preconizava Ulpiano<sup>136</sup>.

Desta maneira, a jurisprudência é fundamental para revelar o direito na prática, para que se possa complementar o estudo da ciência jurídica e para que a jurisdição possa resultar na construção e modernização da lei.

Ocorre que, em razão da confidencialidade geralmente aplicada aos procedimentos arbitrais comerciais, as decisões e sentenças arbitrais envolvendo litígios desta natureza são raramente divulgadas, inviabilizando que se forme um corpo de decisões suficientemente amplo para revelar como o Direito vem sendo compreendido e aplicado na jurisdição arbitral.

Esta questão se demonstra ainda mais relevante quando se observa um aumento sistemático na quantidade dos litígios comerciais que vem sendo resolvidos por meio de arbitragem.

---

<sup>133</sup> MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A súmula da jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal. In: MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Teses, estudos e pareceres de processo civil**. São Paulo: RT, 2005, v. 2, p. 218.

<sup>134</sup> PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Jurisprudência: da divergência à uniformização**, São Paulo: Atlas, 2006.

<sup>135</sup> Tradução livre: “juridicamente a vontade concreta da lei é o que o juiz diz ser a vontade concreta da lei”. CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto processuale civile**. 2. ed. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1935, v. 1, p. 39.

<sup>136</sup> Digesto, I, 1, 10, 2.

Convergente com este quadro, o levantamento das arbitragens conduzidas nos principais centros arbitrais do país demonstra que este método de resolução de litígio exerce crescente protagonismo nas disputas empresariais. De acordo com as estatísticas divulgadas pela Câmara de Comércio Internacional (CCI) sobre o número de partes brasileiras em processos administrados por aquele órgão, em 2006 o Brasil já era o quarto país do mundo com mais partes envolvidas na CCI e o primeiro da América Latina<sup>137</sup>. As estatísticas divulgadas pela CCI em 2019 apontam que o Brasil assumiu o terceiro lugar como país de origem dos usuários do sistema administrado pela CCI, é foro preferencial para sede do litígio na América Latina e Caribe, e se encontra na sexta posição no que concerne à nacionalidade dos árbitros escolhidos<sup>138</sup>.

Em estudo coordenado por Lemes (2018), entre 2010 e 2017, o número de casos arbitrais novos passou de 128 para 1567 procedimentos entrantes. O trabalho também aponta que no período de oito anos os valores envolvidos nos procedimentos arbitrais conduzidos pelos principais centros do país representaram mais de R\$ 87 bilhões<sup>139</sup>.

Conforme contemplado na pesquisa referida, a maior parte dos procedimentos arbitrais apurados tinha como objeto principal em disputa questões societárias, contratos de construção e litígios empresariais de forma geral, estes com ênfase no fornecimento de bens e serviços. Isto equivale a dizer que o universo examinado é composto tipicamente de causas na quais, dada a sua natureza, a confidencialidade é empregada e, conseqüentemente, onde não há divulgação da jurisdição aplicada.

---

<sup>137</sup> LEMES, Selma Ferreira (Coord. geral). **Arbitragem e poder judiciário: uma radiografia dos casos de arbitragem que chegam ao judiciário brasileiro** Parceria institucional acadêmico-científica entre a direito GV e o Cbar, 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6542/Caderno%20Direito%20GV%20-%202032.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 04 mar. 2020.

<sup>138</sup> **ICC Dispute Resolution 2019 Statistics**, disponível em [www.iccwbo.org/dr-stat2019](http://www.iccwbo.org/dr-stat2019), acesso em 15/08/2020

<sup>139</sup> LEMES, Selma. **Pesquisa – 2018 - Arbitragem em Números e Valores. Seis Câmaras. 8 anos. Período de 2010 (jan./dez) a 2017 (jan./dez.)**. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise%20Pesquisa%20Arbitragens%20Ns.%20e%20Valores-%202010%20a%202017%20-final.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2020.

Na perspectiva de Lemes (2009) é de todo conveniente a reprodução ou divulgação das sentenças arbitrais no sentido de instituir uma jurisprudência arbitral brasileira, ressaltando o cunho científico que tais decisões encerram<sup>140</sup>. A autora registra especial preocupação em relação aos conflitos societários, pois, há alguns anos, verifica a escassez de jurisprudência estatal nesta seara, enfraquecendo uma importante fonte de interpretação do Direito<sup>141</sup>.

Ainda sobre a arbitragem societária, Levy (2010) anota que a ausência de uma jurisprudência arbitral, acaba por prejudicar investidores que, embora possam se encontrar em situação semelhante às discutidas em procedimentos arbitrais, continuam sem saber como agir. E completa que esse desconhecimento também prejudica o amplo exercício dos direitos dos indivíduos<sup>142</sup>.

Seguindo na mesma direção, Fonseca e Correia (2012, p. 425) proclamam que um dos grandes problemas da confidencialidade na arbitragem é a falta de uma “jurisprudência arbitral” aduzindo que a divulgação livre das sentenças arbitrais permitiria que as partes tivessem maior clareza das posições jurídicas adotadas pelos árbitros em casos anteriores, permitindo maior previsibilidade no julgamento de novos casos<sup>143</sup>.

Fitchner (2012) defende que a publicação e a divulgação das decisões arbitrais permitem que os indivíduos adequem suas condutas com segurança e previsibilidade, valores que considera fundamentais ao Direito<sup>144</sup>. Adicionalmente, Kuyven (2013) ressalta que a publicidade das decisões incentivará os árbitros a tomarem decisões

---

<sup>140</sup> LEMES, Selma. **Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos** - Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual? Disponível em: [http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo\\_juri15.pdf](http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf). Acesso em: 06 mai. 2018.

<sup>141</sup> LEMES, Selma. **Pesquisa – 2018** - Arbitragem em Números e Valores. Seis Câmaras. 8 anos. Período de 2010 (jan./dez.) a 2017 (jan./dez.). Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise%20Pesquisa%20Arbitragens%20Ns.%20e%20Valores-%202010%20a%202017%20-final.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2020.

<sup>142</sup> LEVY, Daniel. Aspectos polêmicos da arbitragem no mercado de capitais. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 27, 2010.

<sup>143</sup> FONSECA, Rodrigo Garcia; CORREIA, André de Luiz. A confidencialidade na arbitragem, fundamentos e limites. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (Coord). **Arbitragem**. Temas contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 425.

<sup>144</sup> FICHTNER, José Antônio et. al. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. **Revista de Direito Privado**, v. 49, p. 227-285, jan-mar, 2012.

mais detalhadas e abrangentes em seus fundamentos, contribuindo para a evolução da arbitragem e do direito material em geral<sup>145</sup>.

Após declinar sobre a importância da jurisprudência, Leite (2014) apresenta interessante metáfora, ao afirmar que a aplicação indistinta da confidencialidade faz com que as decisões arbitrais constituam um verdadeiro tesouro escondido no fundo do oceano do Direito<sup>146</sup>.

Como se observa, a formação de uma jurisprudência arbitral, viabilizada pelo conhecimento da atividade jurisdicional, exercerá um papel fundamental, possibilitando o melhor entendimento do Direito. Além disso, a compreensão da norma gera segurança jurídica, orienta a conduta dos agentes, previne litígios, abrevia o tempo de resolução dos conflitos existentes e estimula a autocomposição.

Visto sob outro ângulo, a falta de divulgação das sentenças e decisões arbitrais, em grande medida, mantém ocultas questões de relevância social, seja em função de discussões específicas de interesse coletivo, ou diante da necessidade de se colher massa crítica a fim de constituir uma jurisprudência.

Esta escassez de publicidade provoca um prejuízo técnico-científico para o aprimoramento do Direito, mas também retira da sociedade um importante capital social composto pela segurança jurídica, bem jurídico que possui também relevância econômica.

### **3.2 A contribuição da jurisprudência – perspectiva econômica e social**

O Direito é um importante instrumento de estruturação e alocação de incentivos e, portanto, de prescrição de comportamento. Neste aspecto, do ponto de vista econômico, não importa se a regra jurídica decorre de fonte legislativa ou de construção jurisprudencial, mas apenas se ela é eficaz.

---

<sup>145</sup> KUYVEN, Fernando. O necessário precedente arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 36, p. 295-315, 2013.

<sup>146</sup> LEITE, Antônio Pinto. Papel das Instituições de Arbitragem na Construção da Jurisprudência Arbitral – a Procura das Melhores Práticas. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. XI, n. 41, 2014.



Como acima se demonstrou, muitas vezes é mais importante conhecer a jurisprudência do que o texto abstrato da norma, porque a jurisprudência é capaz de produzir diretrizes tão eficazes (senão mais eficazes) do que o quanto disposto na letra fria da lei. Afinal, parafraseando Chiovenda (1935), a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz diz ser<sup>147</sup>.

A cognição do entendimento jurisprudencial atua como importante norteador da conduta racional e do planejamento dos agentes econômicos. Este conhecimento quanto ao direito aplicado (ou aplicável) permite a prevenção de litígios, bem como abrevia o tempo de resolução dos conflitos. Do ponto de vista da análise econômica, isto equivale a dizer que a existência de uma jurisprudência consolidada melhora a alocação dos riscos e reduz os custos de transação porque estabilizam as expectativas dos agentes.

Pargendler e Salama (2013) anotam que, ao tornar a regra do jogo mais clara, a jurisprudência cria incentivos, pois, altera os custos relativos de diferentes condutas. Ao assim proceder, determinadas ações (ou omissões) se tornam mais prováveis, afetando, conseqüentemente, o comportamento da coletividade <sup>148</sup>.

É justamente este ambiente de previsibilidade que incentiva a cooperação entre os agentes estimulando a autocomposição. Isso evitaria os custos de adjudicação do conflito através de um julgamento, bem como se apresenta como um verdadeiro desestímulo a comportamentos oportunistas que eventualmente visem a se beneficiar da incerteza jurídica.

De igual maneira, o conhecimento *ex ante* dos riscos, dos deveres e das possíveis consequências de incumprimento, permite evitar desembolsos de recursos causados não só pela busca de segurança e controle do processo, mas também por

---

<sup>147</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto processuale civile**. 2. ed. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1935, v. 1.

<sup>148</sup> PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o Método. **Revista de Direito Administrativo**, v. 262, jan.-abr. 2013.

um período mais longo de indefinição, enquanto durar o litígio judicial ou arbitral e os custos aí envolvidos<sup>149</sup>.

Em outras palavras, tornar público o conteúdo informacional proveniente da atividade jurisdicional, aproxima o sistema do modelo de mercado perfeito no qual sempre encontrará uma solução eficiente se os agentes puderem negociar sem custos de transação<sup>150</sup>.

A carência de jurisprudência resultante, supostamente, da confidencialidade da jurisdição arbitral, atenta contra esta eficiência, inibe as atividades por excesso de precaução e aumenta os custos informacionais e de monitoramento das atividades jurisdicionais.

Carmo esclarece que o conhecimento jurídico é um elemento chave para a tomada de decisões na negociação e redação dos contratos, incluindo-se nesta compreensão o conhecimento que advém da experiência, materiais doutrinários e produção jurisprudencial<sup>151</sup>.

O aumento dos procedimentos arbitrais é diretamente proporcional ao êxodo do judiciário, resultando na escassez informacional sobre como importantes questões jurídicas são solucionadas.

Após analisar uma extensa quantidade de dados produzidos entre 1962 e 2004 no judiciário Norte Americano, Marc Galanter (2004)<sup>152</sup> afirma que há um declínio no número de casos levados a julgamento estatal naquela jurisdição.

---

<sup>149</sup> Sobre o aumento de litigiosidade em decorrência da incerteza jurídica vide: DARI-MATTIACCI, Giuseppe; DEFFAINS, Bruno. Uncertainty of Law and the Legal Process. **Journal of Institutional and Theoretical Economics**, v. 163, n. 4, p. 627-656, dez. 2007; MASON, George. **University Law & Economics Research Paper**, n. 05-39 / **Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper**, n. 2005-10. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=869368>. Acesso em: 21 jul. 2018.

<sup>150</sup> MANKINW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2005.

<sup>151</sup> CARMO, Lie Uema do. The social transaction costs of confidentiality in commercial and corporate arbitration: insights from brazil, working paper, Disponível em: [https://www.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/publicresearchleadership/lie\\_carmo\\_the\\_social\\_cost\\_of\\_confidentiality\\_in\\_commercial\\_and\\_corporate\\_arbitration.pdf](https://www.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/publicresearchleadership/lie_carmo_the_social_cost_of_confidentiality_in_commercial_and_corporate_arbitration.pdf). Acesso em: 07 mar. 2020.

<sup>152</sup> GALANTER, Marc. **The Vanishing Trial**: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts *Journal of Empirical Legal Studies* Volume 1, Issue 3, Nov. 2004. p. 459-570

O aludido autor relata uma crescente perda de centralidade na função estatal de adjudicação dos conflitos, os quais vem sendo largamente submetidos a fóruns onde os julgamentos ocorrem sob pouca ou nenhuma visibilidade pública. Estes julgamentos, tipicamente confidenciais, pouco ou nada acrescentariam ao corpo de conhecimento jurídico ou ao aprendizado do Direito<sup>153</sup>.

O pesquisador identificou que, embora haja um aumento natural de casos entrantes, inclusive em razão do crescimento populacional, os tribunais Norte Americanos resolvem o mérito de um número cada vez menor de litígios. A asserção de Galanter é a de que os litigantes, principalmente em casos envolvendo indenizações (*torts*) e disputas contratuais, têm preferido soluções negociadas à tutela judicial<sup>154</sup>, relegando ao judiciário o julgamento de temas como direitos civis (*civil rights*)<sup>155</sup>.

Além das razões frequentemente reconhecidas como estímulos à transação (*v.g.*, risco processual, tempo de tramitação, custos e qualidade do julgamento), Galanter destaca que a incerteza, em razão da falta de precedentes judiciais, acaba por levar os advogados a preferirem a segurança de um acordo<sup>156</sup>. Nesta espiral, quanto menos são os casos levados a julgamento no judiciário, menor o corpo de conhecimento jurídico e maior a insegurança.

Acrescente-se a esta tendência os litígios administrados por câmaras arbitrais setoriais e de adesão obrigatória como, por exemplo, a Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM)<sup>157</sup> e Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE)<sup>158</sup>, o

---

<sup>153</sup> GALANTER, Marc. **The Decline of Trials in a Legalizing Society**. Valparaiso University Law Review, v.51 (2017) p. 577.

<sup>154</sup> GALANTER, Marc. **The Decline of Trials in a Legalizing Society**. Valparaiso University Law Review, v.51 (2017) p. 577.

<sup>155</sup> GALANTER, Marc. **The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts** Journal of Empirical Legal Studies Volume 1, Issue 3, Nov. 2004. p. 468

<sup>156</sup> GALANTER, Marc. **The Decline of Trials in a Legalizing Society**. Valparaiso University Law Review, v.51 (2017) p. 577. Disponível em: <https://scholar.valpo.edu/vulr/vol51/iss3/2>, acesso em 10/08/2020

<sup>157</sup> Adesão obrigatória para empresas listadas na Bovespa nos seguimentos Novo Mercado e Nível 2, que congregam as principais empresas de capital aberto do país.

<sup>158</sup> A Resolução Normativa ANEEL nº109/04, institui arbitragem obrigatória para a resolução das divergências entre os agentes vinculados à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica.

que implica na inteira ausência de decisões judiciais (e, portanto, públicas) atualizadas relativas a estes domínios de conhecimento.

Esta realidade revela que o alcance e a funcionalidade da jurisprudência do Poder Judiciário em importantes setores vêm se atrofiando diante do crescente protagonismo da arbitragem, cuja atividade jurisdicional não é difundida sob o fundamento da confidencialidade.

Na prática, o conhecimento da jurisprudência, assim entendido como conjunto da jurisdição, fica restrito aos poucos atores que participam frequentemente destes processos, redundando em insegurança e nos males normalmente a ela atribuídos: alto custo de informação, barreiras de entrada, assimetrias informacionais e escalada dos custos de transação.

Carmo<sup>159</sup> assevera que a falta do conhecimento jurídico vigente tem como consequência a redução de previsibilidade e incremento da incerteza, entendida esta como a dificuldade de prever como os julgadores aplicarão a lei em caso de disputa entre as partes. E, como resultado, tal incerteza jurídica produzirá pelos menos quatro prováveis consequências: o aumento de custos de negociação, a redução dos incentivos para o cumprimento contratual, e o aumento dos custos pré-litigiosos e maior probabilidade de instauração de um litígio.

Se por um lado, o conhecimento do direito aplicado pelos julgadores gera segurança jurídica, sua ausência aumenta os custos privados de autocomposição, pois as partes têm dificuldades de estimar o resultado esperado, seja do ponto de vista da interpretação de uma determinada lei, ou frente a ausência de uma jurisprudência clara e dominante em uma área envolvendo regras judiciais”.<sup>160</sup>

---

<sup>159</sup> CARMO, Lie Uema do. The social transaction costs of confidentiality in commercial and corporate arbitration: insights from brazil, working paper, Disponível em:

[https://www.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/publicresearchleadership/lie\\_carmo\\_the\\_social\\_cost\\_of\\_confidentiality\\_in\\_commercial\\_and\\_corporate\\_arbitration.pdf](https://www.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/publicresearchleadership/lie_carmo_the_social_cost_of_confidentiality_in_commercial_and_corporate_arbitration.pdf). Acesso em: 07 mar. 2020.

<sup>160</sup> GICO JR., Ivo Teixeira. O capital jurídico e o ciclo da litigância. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 435-464, dez. 2013. Disponível em:

[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S180824322013000200003&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322013000200003&lng=pt&nrm=iso)  
Acesso em: 21 jul. 2018.

Desta maneira, a publicidade das decisões jurisdicionais possui relevante contribuição a oferecer à sociedade, porque este conhecimento gera segurança jurídica, nivela as expectativas dos agentes e reduz os custos de transação.

O Estado é o maior interessado na jurisdição. É por meio dela que se oferece a pacificação social (uma de suas atribuições mais fundamentais), distribui a justiça, dá-se efeito aos preceitos legislativos de ordem geral e, em última instância, confere-se legitimidade na prática da autoridade estatal.

Além disso, como antes visto, a jurisdição possui sensível interesse social, pois ela é ferramenta de construção, consolidação e evolução da ciência do Direito. Assim, o conhecimento da jurisdição é relevante para a sociedade tendo em vista que, a partir dele, forma-se uma compreensão capaz de gerar a transformação social e tecnológica, modificando ou suplementando o texto legal.

As tendências e perspectivas acrescentadas pela jurisdição ao Direito oferecem novos pontos de vista, conceitos, interpretações e ferramentas importantes para a evolução social. Contudo, a jurisdição somente terá efeitos de um conhecimento científico efetivo após a sua divulgação.

Do mesmo modo, é a publicidade que permite a visibilidade das decisões jurisdicionais como um acervo, bem como que se construa seu agrupamento em conjuntos de entendimentos harmônicos, comumente denominada jurisprudência. O conhecimento científico depende essencialmente da socialização com os demais agentes da comunidade jurídica. A partir daí este conhecimento poderá ser assimilado, aplicado e ampliado, aprimorando o bem-estar social.

Some-se a isso que a divulgação da jurisdição fortalece a sociedade, pois promove a igualdade e gera segurança jurídica, um bem relevante tanto no contexto social quanto no aspecto econômico.

Não obstante a percepção da importância da intercessão dos efeitos da atividade jurisdição e da ordem econômica serem anteriores, Buchanan (2000)

desenvolve a ideia de que a segurança jurídica compõe um capital jurídico, verdadeiro bem público de uma sociedade, usufruído ao longo do tempo de sua perpetuação<sup>161</sup>.

Em 1976, Landes e Posner (1976) elaboraram um modelo econômico baseado na teoria da formação de capital e dos investimentos. O seu ponto de partida é o de que a jurisprudência consolidada representa um investimento de capital que contribui para um sistema de resolução de litígios mais eficiente<sup>162</sup>.

Isto é, o conhecimento sobre o conjunto de regras jurídicas previsivelmente aplicáveis a um caso concreto constituiria um capital jurídico relevante, pois, ao gerar segurança jurídica, contribuiria para orientar a conduta dos agentes, bem como para um sistema de resolução de litígios mais eficiente, promovendo estabilidade e crescimento econômico<sup>163</sup>.

Em estudo que analisou evidências empíricas em diversos países, La Porta (1998)<sup>164</sup> apresentou interessante relação estatística entre a existência de regras efetivas de proteção de direitos dos investidores e o desenvolvimento econômico. Sobre este fundamento, o autor conclui que nos países onde a proteção jurídica é mais efetiva (segurança jurídica) maior é o estímulo ao desenvolvimento econômico.

Visto de outra maneira, quanto maior a certeza sobre a solução provável a ser adjudicada aos conflitos, mais preparados estarão os agentes para negociar contratos, tomar decisões, estabelecer relacionamentos de longo prazo e cooperar, sem a necessidade de realizar investimentos para transacionar.

O economista Gico Jr (2013) assevera que a jurisdição, embora exercida para resolver um litígio específico, acaba por completar e desenvolver este capital jurídico

---

<sup>161</sup> BUCHANAN, J. M. **The Limits of Liberty**: Between Anarchy and Leviathan. Indianapolis: Liberty Fund, 2000 [1975], v. 7.

<sup>162</sup> LANDES, William; POSNER, Richard. Legal Precedent: a theoretical and empirical analysis. **Journal of Law and Economics**, v. 19, p. 249-308, 1976.

<sup>163</sup> GICO JR., Ivo Teixeira. O capital jurídico e o ciclo da litigância. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 435-464, dez. 2013. Disponível em:

[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S180824322013000200003&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322013000200003&lng=pt&nrm=iso)  
Acesso em: 21 jul. 2018.

<sup>164</sup> LA PORTA, R.; SILANES, F. L.; SHLEIFER, A. **Journal of Political Economy**, v. 106, n. 6, p. 1113-1155, dez. 1998.

como um subproduto, não intencional dos incentivos privados dos litigantes, uma externalidade positiva<sup>165</sup>.

Do ponto de vista econômico, a jurisdição possui função estruturante na formação do capital jurídico de uma sociedade. Ainda que o conjunto de regras seja, em um primeiro momento, ditada pela atividade legislativa, é na atividade jurisdicional que as normas ganharão eficácia e eficiência e que serão confirmadas, adaptadas ou até rejeitadas conforme a interpretação conferida pelo julgador segundo sua competência.

Desta maneira, há um interesse coletivo legítimo para a socialização da jurisdição não só judicial, mas também arbitral, a fim de permitir a evolução da ciência jurídica e as transformações sociais. De igual forma, a divulgação da jurisdição é fundamental para a formação de um capital jurídico, bem que pertence a sociedade e que representa, como visto, um recurso relevante para o desenvolvimento econômico da nação.

Logo, diante da relevância do conhecimento da jurisdição arbitral, a confidencialidade não pode ser empregada para subtrair ou reduzir o capital jurídico da sociedade, em prejuízo do bem-estar coletivo, em prejuízo da ciência e em prejuízo do próprio Direito, no qual se inclui o sistema arbitral.

### 3.3 Missão do poder jurisdicional

Por meio da Lei nº 9.307/96, o Estado outorgou aos árbitros não só o poder para solucionar conflitos, mas também os investiu com a autoridade de dizer o direito: a jurisdição<sup>166</sup>.

---

<sup>165</sup> GICO JR., Ivo Teixeira. O capital jurídico e o ciclo da litigância. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 435-464, dez. 2013. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S180824322013000200003&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322013000200003&lng=pt&nrm=iso) Acesso em: 21 jul. 2018.

<sup>166</sup> Como explicitado no item 2.2, a expressão *jurisdição* é utilizada como equivalente a capacidade de dizer o direito (*jurisditio*).

Para reforçar a ideia de que a jurisdição é outorgada pelo Estado através da Lei de arbitragem, vale dizer que os conflitos arbitrados fora dos limites e da aplicação direta do quanto disposto na Lei 9.307/96 dependerão de homologação judicial para ter eficácia jurisdicional, como, por exemplo, as sentenças arbitrais estrangeiras.

Se é verdade que a competência jurisdicional e a autoridade do árbitro decorrem da lei, parece ser natural que aquele que exerce qualquer função conferida pelo Estado também deva orientar o seu agir observando o melhor interesse público. Isto inclui a publicidade da jurisdição objetivando a conservação e aprimoramento do Direito, em benefício mediato da coletividade.

O árbitro possui a nobre função de adjudicar conflitos e dizer o direito, de forma independente e desvinculada do Executivo, Legislativo ou Judiciário. Neste sentir, espera-se que ele venha a contribuir para o capital jurídico da Sociedade e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Isso equivale a dizer que a função do árbitro deve ser percebida como mais extensa do que aquela que lhe solicitaram as partes do litígio, pois, também o Estado confere ao julgador a autoridade (função e atividade) para declarar o direito no exercício da *judicatio*. Embora proferida dentro do processo, o interesse legítimo sobre a jurisdição, i.e. os seus fundamentos e a solução adotada, expande-se para toda a sociedade.

Lembre-se que uma das vantagens da arbitragem está no fato do conflito ser resolvido por árbitros especialistas na matéria em discussão. Portanto, é inegável o interesse sobre os fundamentos e soluções por eles ditados, com vantagens, por exemplo, para os órgãos reguladores, para aqueles indivíduos que possam se encontrar em situação análoga e para a sociedade como um todo, já que este conhecimento poderá espelhar regra de conduta, seja profilática, seja corretiva da postura dos indivíduos.

O árbitro parece realizar função social quando aplica o direito, quando diz o direito, quando cria e constrói regras e preceitos jurídicos. Em outras palavras, ao exercer a jurisdição, o árbitro participa da construção de uma justiça social, pois, ao



pacificar conflitos contribui para a paz social, para a consolidação das leis do Estado (coesão social) e para o Estado de Direito (afirmação da lei).

Considerando, ainda, a autoridade que a Lei de arbitragem confere ao árbitro, colocando-o em igualdade na função e na atividade do juiz, a publicação das sentenças arbitrais parece ser decorrência natural de uma necessária transparência no exercício da autoridade legal.

É contraditório ao Estado de Direito que o exercício de função por ele outorgada seja desenvolvida de forma secreta. A transparência é princípio inerente ao exercício do poder de estado, seja esta atividade desempenhada de forma direta ou delegada. Portanto, de certa maneira haveria uma incoerência ao se sustentar que a jurisdição outorgada pela Lei de Arbitragem pudesse ser praticada de maneira oculta.

Sob outro viés, elevar a confidencialidade ao grau de impedir a divulgação da jurisdição arbitral resulta em incerteza, diminuição do capital jurídico, obsolescência do Direito e o prejuízo social. Neste ponto, o desconhecimento poderia, inclusive, ser fator de desencorajamento da utilização do sistema, na medida em que não haveria conhecimento quanto a aplicação das regras ou orientação sobre a correta interpretação das normas jurídicas que incidem nas relações jurídicas tipicamente debatidas nas arbitragens comerciais.<sup>167</sup>

Isso não quer dizer que os procedimentos arbitrais ou seus atos processuais devam ser públicos. A publicidade que desafiaria a autonomia da confidencialidade arbitral repousaria no caráter educativo, informativo e de orientação social da função jurisdicional.

Ao contrário dos processos que envolvem a administração pública, nas arbitragens comerciais se impõe a aplicação do princípio da publicidade quanto aos atos processuais e seu conteúdo<sup>168</sup>. Aliás, a própria Lei nº 9.307/96 reconhece a

---

<sup>167</sup> KUYVEN, Fernando. O necessário precedente arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 36, p. 295-315, 2013.

<sup>168</sup> Lei nº 9.307/96. art. 2º, § 3º.

possibilidade de a arbitragem comercial se desenvolver sob o rito da confidencialidade<sup>169</sup>.

Quanto à publicidade da atividade jurisdicional que serviria de abrigo às perturbações políticas, esta pode ser dispensada na arbitragem, porquanto o árbitro deve gozar da confiança das partes, além de exercer sua a função judicante de maneira eventual.

Aquele que aceita o papel de arbitrar um litígio nos contornos da Lei de Arbitragem e é ungido do poder de jurisdição (função, atividade e capacidade de dizer a lei), mesmo que sua função esteja vinculada a um litígio pontual e específico, não estaria dissociado de atender ao clamor desta atividade, de grande interesse estatal, em benefício da coletividade.

Neste sentir, cabe à atividade jurisdicional arbitral contribuir para o desenvolvimento do Direito e consolidar a segurança jurídica, no melhor interesse dos envolvidos no litígio arbitral, mas também retribuindo ao Estado e à sociedade o conhecimento do produto da jurisdição arbitral.

### 3.4 Transparência e legitimidade

A cultura do sigilo e da falta de transparência não é mais aceitável nos tempos atuais. O segredo sempre será campo favorável para a aplicação discricionária da lei; violência, juízo de exceção, corrupção e opressão<sup>170</sup>.

Se, conforme a consagrada expressão atribuída a Francis Bacon, *saber é poder*, controlar o acesso ao saber é mecanismo de manutenção do poder. Canetti (1992) desenvolve o tema ao analisar as organizações autoritárias na Alemanha e na Áustria a partir dos anos 1930<sup>171</sup>. O referido autor aponta que, na prática, a estratégia

---

<sup>169</sup> Lei nº 9.307/96. art. 22-C, Parágrafo único.

<sup>170</sup> HORN, Eva. **Logics of Political Secrecy**. Theory, Culture & Society (SAGE, Los Angeles, London, New Delhi, and Singapore), v. 28, n. 7-8, p 103-122, 2011

<sup>171</sup> Afirma o autor: “Uma boa parte do prestígio vinculado às ditaduras reside no fato de se atribuir a elas e força concentrada do segredo, a qual, nas democracias, é diluída e repartida entre muitos. CANETTI, Elias. **Massa e poder**. São Paulo. Companhia das letras, 1992, p. 432.

usualmente explorada em circunstâncias pouco democráticas é o exercício de poder através de uma atuação enérgica, inclusive por intermédio da jurisdição, sem que seja oportunizado o conhecimento prévio quanto aos fundamentos dos atos de autoridade.

Nas democracias modernas, como argumenta Bobbio (2015), constata-se muitas vezes um “segredo oficial”, que se esconde por detrás da complexidade de procedimentos e da burocracia<sup>172</sup>. Seu objetivo seria instrumentalizar a manutenção do poder, por meio de uma superioridade técnica e especializada; um conhecimento de elite, para afastar possíveis competidores.

A lógica do segredo no exercício da autoridade passa quase sempre pela eficiência da exclusão social entre os que sabem e aqueles a quem não é dado saber<sup>173</sup>, contrariando os preceitos de uma sociedade moderna que demanda por mais acessibilidade, igualdade e inclusão.

Não obstante o Estado ofereça o Poder Judiciário como meio principal de resolução de conflitos e acesso à justiça, a arbitragem se insere em uma política de Estado que objetiva *desjudicializar* a jurisdição. Isto é, a arbitragem comercial doméstica não é mera concertação entre privados.

Neste sentido, a Lei n.º 9.307/96 foi concebida para alargar o acesso a justiça e possibilitar a solução de conflitos de maneira mais rápida e eficiente. A outorga da autoridade jurisdicional à arbitragem é realizada em semelhança àquela exercida pelos magistrados, agentes representando o Estado.

Respeitadas as proporções devidas, também no sistema arbitral o sigilo sobre os ritos e expressões, o poder que se vale do segredo ou a autoridade exercida com falta de transparência são indesejados. Sempre que possível, estes caminhos devem ser evitados, porque contrário ao interesse social e ao próprio instituto da arbitragem como meio de efetivação da pacificação social.

---

<sup>172</sup> BOBBIO, Norberto. **Democracia e Segredo**. Rio de Janeiro, Contraponto Editora, 2ª 1ª edição, reimpressão, 2016, p. 314.

<sup>173</sup> LEFEBVRE, Stéphane. **A brief genealogy of state secrecy**. Windsor Yearbook of Access to Justice. v. 31, n. 1, p. 95-114, 2013.

Ainda que não se trate de autoritarismo, ilegalidade ou injustiça, o segredo favorece a desconfiança do público em geral e daquele cujo interesse foi contrariado, em especial. Se o segredo da atividade jurisdicional gera incerteza, desconfiança e dificuldade de acesso, ele deve merecer, no mínimo, temperamento, inclusive porque tal suspeita investe contra o próprio sistema de resolução de disputa e seu objetivo maior, a paz social.

Na administração da Justiça cumpre evitar a suspeita (própria ou imprópria) quanto à correta aplicação do Direito. Há quase cem anos, Lord Hewart introduziu no sistema de precedentes inglês a máxima segundo a qual não basta fazer Justiça, a atividade jurisdicional deve, indubitável e manifestamente, ser vista como realização de Justiça<sup>174</sup>.

É também esta perspectiva que a realização da justiça (através dos meios judiciais e arbitrais) interessa à coletividade, a quem importa que o Direito seja corretamente adjudicado, e ao Estado, empenhado em que a lei seja observada, como forma de legitimação e reafirmação do Estado de Direito<sup>175</sup>.

Como fim social do Direito, todas as modalidades reconhecidas de pacificação social devem ser estimuladas. A transparência da jurisdição arbitral se coloca em linha com as políticas de estímulo, inclusão e acesso a este meio de solução de conflitos.

Embora o termo transparência seja usado em uma ampla dimensão semântica e conceitual, observa-se, na grande maioria das definições do termo, referências a informação ampla, acessível, compreensível e confiável<sup>176</sup>. Ao longo dos séculos, a transparência vem se firmando como importante instrumento de prestação de contas,

---

<sup>174</sup> "(...) is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done." Lord Hewart, *R v Sussex ex parte McCarthy* [1924] 1 KB 256; [1923]

<sup>175</sup> SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CORRÊA, André Rodrigues. **Transparência e legalidade como estratégia de valorização da atividade da autoridade tributária**. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 2017. p 65.

<sup>176</sup> ZUCCOLOTTO, Robson; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho. **Transparência: aspectos conceituais e avanços no contexto brasileiro** – Brasília: Enap, 2019p. 20

legitimação, inclusão e de democratização da autoridade e do poder<sup>177</sup>, tanto na esfera pública publica como privada.

A publicação das decisões arbitrais é um passo significativo na implementação do conceito de transparência, contribuindo para demonstrar que a arbitragem é meio confiável de resolução de litígios, e tornando mais claras as regras aplicáveis. Via de consequência, estimulando a participação por meio da construção de um sistema mais previsível e acessível.

No campo prático esta transparência permite que os envolvidos, partes, advogados e árbitros, possam se orientar e se beneficiar de experiências anteriores, seja na avaliação dos riscos, na condução do procedimento ou na avaliação de êxito da lide submetida a julgamento.

Não se olvide que no cenário arbitral as disputas são geralmente apreciadas por árbitros que, muitas vezes, não passam por um critério objetivo de seleção como, exemplificativamente, os concursos públicos da magistratura.

Da mesma forma, o procedimento arbitral não é regulado pelas leis processuais e, mesmo os regulamentos institucionais, são bastante genéricos. Há uma grande discricionariedade na condução do processo pelos árbitros e, na maior parte dos casos, inexistente previsão de recurso ou instância revisora.

A estes elementos se soma uma vocação da arbitragem para disputas envolvendo contratos, partes e árbitros de diferentes nacionalidades e origens culturais e tradições jurídicas distintas<sup>178</sup>.

---

<sup>177</sup> ZUCCOLOTTO, Robson; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho . **Transparência: aspectos conceituais e avanços no contexto brasileiro** – Brasília: Enap, 2019, p. 36

<sup>178</sup> O anuário da arbitragem no Brasil, publicado em 2018 pelo Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (CESA), revelou a presença de partes estrangeiras em 49% das arbitragens em andamento na CCI (Brasil), 15,79% na CAM-BM&F Bovespa, 13,6% na CAM-CCBC, 8,1% na CIESP, 5% na CAMARB, 3,6% na AMCHAM e 2,88% nas arbitragens administradas pela ARBITAC (Disponível em: <http://www.cesa.org.br/media/files/cesaanuariodaarbitragem2017.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2020). Na pesquisa desenvolvida por Selma Lemes, com as seis principais instituições arbitrais, contou-se, em 2018, a atuação de 36 árbitros de seis nacionalidades estrangeiras.

Outro elemento que não deve ser desprezado é que, muitas vezes, as arbitragens comerciais envolvem contratos e relações jurídicas internacionais, a serem apreciados sob as práticas e costumes internacionais, com regras de regência que podem ir além daquelas de direito interno, como, exemplificativamente, as chamadas *soft laws*<sup>179</sup>.

A ausência de normas rígidas, tanto no aspecto procedimental quanto, em muitos casos, do direito aplicável e as tradições jurídicas de origens diferentes que, não raro, estão presentes no ambiente da arbitragem, são fatores que podem gerar uma natural preocupação, aumentar a insegurança e afastar principalmente aqueles que não estão acostumados com a prática arbitral, justamente porque não sabem o que dela esperar.

Diante destes aspectos, a publicidade da jurisdição se mostra especialmente importante no sistema arbitral. Seja para possibilitar orientações gerais e aproximar as diferentes culturas jurídicas dos litigantes e dos árbitros, ou mesmo para conferir transparência e segurança ao mecanismo de modo geral.

A democratização do sistema arbitral, através do conhecimento das suas decisões, fomenta a redução da assimetria entre seus atores e contribui para a isonomia. A existência de decisões anteriores que possam servir de referencial tanto dos árbitros como das partes, proporciona uma importante homogeneização estrutural de um sistema que, muitas vezes, é acessado por diferentes culturas e práticas jurídicas distintas.

---

<sup>179</sup> Refere-se aqui a *soft laws* como as regras que não possuem aplicação cogente ou vinculantes através dos sistemas institucionais do Estado.

A norma pode ser *soft* pelo conteúdo aberto ou vago – um tratado internacional que estabelece princípios gerais e objetivos abrangentes como a Convenção da Unesco sobre a proteção do patrimônio natural e cultural mundial, adotada em 1972. De igual modo, uma norma pode ser considerada *soft* no aspecto de sua instrumentalidade não impositivo, como as recomendações de melhores práticas ou códigos gerais de conduta.

Vale ressaltar, que fato de uma *soft law* não possuir caráter cogente, não significa necessariamente que ela não possua normatividade. Apesar da falta da imperatividade ou imposição pelos instrumentos Estadais, as *soft laws* podem ser assimiladas como obrigatórias por várias razões, entre as quais o respeito ao órgão que emitiu a *soft law*, aceitação social, conveniência, busca por previsibilidade e certeza, a identificação com determinado grupo e o receio de exposição reputacional.

Assim como as leis imperativas (*hard laws*), as *soft laws* também possuem escala de normatividade, de acordo com a percepção dos atores, que as fazem serem voluntariamente cumpridas. Ver também: ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional**. São Paulo: Atlas, 2014.

Por outro lado, não se pode ignorar a crítica de que o modelo arbitral estaria inserido nas ideias neoliberais, prestigiando o poder econômico em detrimento do estado social. Alega-se que os agentes poderiam escolher os árbitros de forma a serem julgados de acordo com as suas próprias perspectivas, interesses econômicos e comerciais<sup>180</sup>. Deste ponto de vista, a arbitragem serviria como uma justiça especializada criada por e para os agentes econômicos, perpetuando as frustrações dos cidadãos comuns, trabalhadores e menos favorecidos<sup>181</sup>.

Salomão Filho (2017) aponta que:

A ausência de transparência pode ser sinônimo de denegação da justiça. A impossibilidade de ter acesso a uma jurisprudência arbitral consistente muitas vezes é responsável pelo benefício aos agentes com maior poder econômico, especialmente naquelas jurisdições que permitem a existência de justiça privada em relações não estritamente entre empresas, como as relações de consumo ou as relativas à área de saúde (é o caso norte-americano).

[...]

Nessas hipóteses, é maior a tendência de consumidores com deficiência de informação aceitarem cláusulas arbitrais padrão em seus contratos sem conhecer jurisprudência arbitral “secreta”, por vezes, claramente viesada em favor das empresas.<sup>182</sup>

A melhor resposta para esta percepção é certamente a transparência. Somente o efetivo conhecimento da jurisdição oferecida no sistema arbitral poderá demonstrar se tais opiniões são, de fato, procedentes.

Note-se que, uma vez demonstrada equivocada a premissa crítica, ganhará o sistema arbitral em legitimidade e poderá avançar sem a desconfiança de que o mecanismo não seria adequado para ambientes outros, além das grandes causas e disputas comerciais envolvendo poderosos atores.

Por outro lado, acaso comprovada a hipótese da crítica, será possível introduzir os ajustes cabíveis no sistema, em prol do fortalecimento da arbitragem como meio

---

<sup>180</sup> BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. (Coleção Saberes do Direito).

<sup>181</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1996.

<sup>182</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves notas sobre transparência e publicidade na arbitragem societária. **Revista de arbitragem e mediação**, v. 14, n. 52, p. 63-69 jan.-mar, 2017.

fidedigno de promoção de justiça. Afinal, conhecer o problema é um passo necessário para a sua solução.

Cumpra ainda dizer que a transparência conduz à eficiência do sistema, já que promove o encontro com as experiências e aprendizados anteriores, análises já procedidas, argumentos e debates já travados. A oferta de referências anteriores tende a contribuir para a celeridade do procedimento arbitral facilitando os trabalhos e, muitas vezes, encurtando os caminhos para a solução do litígio.

Assim, a divulgação de que aqui se trata permite maior previsibilidade, gerando confiança no sistema, nivelando as expectativas dos usuários e potenciais usuários deste método de resolução de litígios. Quanto maior a confiança depositada na arbitragem maior será o seu prestígio e a sua utilidade.

Sobre este último aspecto, a confidencialidade do procedimento arbitral não deve ser empregada de modo a dificultar que o sistema arbitral se efetive como meio democrático de acesso à justiça, que amplie sua legitimidade ou se fortaleça como método de solução de controvérsias.



#### 4 CRÍTICAS À FORMAÇÃO DE UMA JURISPRUDÊNCIA ARBITRAL

Não é consenso na doutrina que a expressão *jurisprudência arbitral* seria aquela que melhor designaria o conjunto formado pelas decisões arbitrais conhecidas. Costuma-se empregar o termo jurisprudência a partir da existência de entendimentos reiterados em um mesmo sentido<sup>183</sup>. Além disso, como mais adiante se deterá, os conjuntos de decisões jurisdicionais proferidas no sistema judicial e arbitral são dotados de características e efeitos distintos<sup>184</sup>.

Por isso, sustentam alguns a impropriedade da expressão jurisprudência arbitral, preferindo a utilização de *precedente arbitral*<sup>185</sup>, *precedente arbitral de facto*<sup>186</sup> ou *corpo de conhecimento*<sup>187</sup> para caracterizar o precedente arbitral não vinculante, em contraposição a função do precedente comumente empregada no direito anglo-saxão.

Neste trabalho, optou-se pela utilização da expressão *jurisprudência arbitral* não só porque é a de uso mais corrente, mas também pela generalidade do termo, permitindo amplitude na aplicação do vocábulo. Para que fosse possível concluir pela

<sup>183</sup> BUZAID, Alfredo. Uniformização da jurisprudência. **Revista da Ajuris** – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 34, 1985; CUNHA, Sérgio Sérulo da. Nota breve sobre o efeito vinculante. **Revista de Informação Legislativa**, n. 129, 1996; TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. Uniformização de jurisprudência. **Revista de Processo**, n. 104, 2001; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência** – Segurança jurídica e dever de uniformizar. São Paulo: Atlas, 2003.

<sup>184</sup> Follonier-Ayala anota que a jurisprudência judicial pode ser caracterizada como elemento normativo destinado a (i) realizar o controle das decisões judiciais inferiores (aspecto orgânico), (ii) manter a homogeneidade e coerência das soluções jurídicas, e (iii) divulgar as decisões estatais, por meio da publicação em repositórios oficiais. Afirmando que a jurisprudência arbitral não reúne qualquer destes três aspectos. FOLLONIER-AYALA, Alejandro. '¿Jurisprudencia arbitral o precedente arbitral?'. **Spain Arbitration Review**, Revista del Club Español del Arbitraje, España 2017, v. 28, 2017.

<sup>185</sup> “Preferimos adotar neste estudo a denominação “precedente arbitral” para que este conceito não seja confundido com a noção de “jurisprudência”, bem estabelecida no Brasil e que remete ao conjunto de decisões emanadas pelos tribunais estatais. Ademais, a denominação precedente reforça a importância na arbitragem da submissão da regra jurídica aos fatos concretos, pois somente a partir do conhecimento dos fatos que levaram à adoção de determinada solução jurídica, os árbitros poderão verificar se esta solução se aplica à nova lide.” KUYVEN, Fernando. O necessário precedente arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 36, p. 295, 2013.

<sup>186</sup> “A nuestro modo de ver, en materia arbitral es preferible hablar de «precedente arbitral de facto» en lugar de «jurisprudencia arbitral», puesto que el aspecto orgánico, el aspecto de homogeneidad y – en menor medida – el aspecto publicitario de la jurisprudencia estatal están ausentes. FOLLONIER-AYALA, Alejandro. '¿Jurisprudencia arbitral o precedente arbitral?'. **Spain Arbitration Review**, Revista del Club Español del Arbitraje, España 2017, v. 28, 2017, p. 51.

<sup>187</sup> CARMO, Lie Uema do. The social transaction costs of confidentiality in commercial and corporate arbitration: insights from brazil, working paper p. 6.

da exata denominação do instituto, seria necessário examinar questões que se encontram além dos limites objetivos deste trabalho; v.g. perquirir sobre a hipótese do fenômeno constituir fonte de direito, possuir efeitos mais ou menos vinculantes em relação aos julgados posteriores ou dissecar as semelhanças e diferenças quanto à jurisprudência produzida no âmbito do Poder Judiciário e aquela que se espera seja produto da jurisdição arbitral.

Assim, pareceu-nos mais adequado valer-se da expressão *jurisprudência arbitral*, largamente encontrada na doutrina, e cujo sentido lato pode ser compreendido como a designação geral do produto da divulgação da atividade jurisdicional arbitral<sup>188</sup>, ainda que não configure, necessariamente, um mesmo entendimento jurisdicional representativo de decisões reiteradas no mesmo sentido.

Entre os críticos da possibilidade de formação de uma jurisprudência arbitral, destaca-se Kassis (1984)<sup>189</sup>. O autor argumenta que o fenômeno jurisprudencial não se consumaria na arbitragem pela falta de hierarquia ou de organicidade do sistema arbitral, como se observa no judicial. Além disso, destaca que as funções do árbitro e do juiz seriam distintas, não dispondo o primeiro da autoridade para criar precedentes jurisprudenciais.

Medina (1978), outro crítico da jurisprudência arbitral, acrescenta que a existência de um sistema arbitral jurisprudencial seria incompatível com a liberdade dos árbitros, já que esta poderia ser comprometida pela vinculação aos precedentes anteriores<sup>190</sup>.

Os receios apresentados pelos críticos mencionados não parecem preponderar diante da realidade da Lei de Arbitragem brasileira, tampouco na prática, nos ambientes onde se constata a divulgação das decisões proferidas em arbitragens.

---

<sup>188</sup> Como anteriormente mencionado, neste trabalho empregamos a expressão jurisdição, inclusive quando vinculada ao processo arbitral, como equivalente a capacidade de dizer o direito (*jurisdictio*), que decorre da atividade judicante.

<sup>189</sup> KASSIS, Antoine. **Théorie générale des usages du commerce**. Cap. VIII, Le mythe de la jurisprudence arbitrale considérée comme une source du droit du commerce internationale. Paris: LGDJ, 1984.

<sup>190</sup> MEDINA, José María Chillón; MERCHÁN; José F. Merino. **Tratado de arbitraje privado interno e internacional**. Madrid: Civitas, 1978.

Note-se que, em relação à autoridade do árbitro, já se demonstrou que o ordenamento brasileiro equipara a sua função à do magistrado. O árbitro detém o poder de proclamar a jurisdição, criando, portanto, decisões definitivas, ocupando o lugar de juiz de fato e de direito como seria qualquer outro julgador integrante do Poder Judiciário. Isso quer dizer que sua autoridade estaria preservada, mesmo em havendo a divulgação de entendimentos proferidos em outras arbitragens, semelhantes ou distintas.

Por seu turno, a hierarquia ou organicidade que se constata no Poder Judiciário não é requisito para que a divulgação das decisões jurisdicionais alcance os efeitos positivos decorrentes do compartilhamento do conhecimento. Ou seja, para que sirvam de aprimoramento do Direito, representem orientação ou argumento de persuasão para casos futuros.

Uma vez que a sentença arbitral não está sujeita a confirmação de outro tribunal e que não há hierarquia entre árbitros e juízes de qualquer grau de jurisdição, a decisão proferida na arbitragem é apta a servir de fonte de conhecimento e orientação tanto quanto aquela proferida pelos tribunais judiciais em única ou última instância.

A falta de homogeneidade dos litígios arbitrais parece ser um falso dilema, não só porque, sem a divulgação das decisões, não é possível saber de antemão se haveria identidade fática entre os variados casos, mas também porque na prática esse temor não se mostra um problema.

Com efeito, o exame da realidade dos ambientes onde as decisões arbitrais se fazem conhecidas confirma a presença de similitude fática ou jurídica tanto de ordem processual, quanto de mérito. Constata-se, em muitos casos reais, o benefício proporcionado pelo conhecimento da solução jurídica anteriormente empregada.

Após pesquisar a prática de arbitragens de investimento, arbitragens desportivas, disputas sobre nomes de domínio e arbitragens comerciais

internacionais, Kaufmann-Kohler (2007)<sup>191</sup> reporta que, quando disponíveis, as decisões arbitrais de casos anteriores são comumente utilizadas em sentenças arbitrais posteriores, principalmente quando conduzidas na mesma instituição arbitral.

Ao analisar os casos de arbitragens de investimentos julgados nos últimos 15 anos pelo Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID)<sup>192</sup>, Reinisch (2009) afirma que cada vez mais sentenças têm feito referências a decisões anteriores, seja como reforço de fundamentação ou para afastar, no caso concreto, a solução aplicada a casos que apresentam similaridades<sup>193</sup>.

O autor destaca a importância de conhecer as soluções anteriormente aplicadas em casos com identidades fáticas ou jurídicas, exemplificando que, em litígios originados de um mesmo acordo bilateral de investimento, é importante saber a interpretação previamente atribuída a determinada cláusula. Outra conveniência mencionada seria a de facilitar uma interpretação coerente em disputas sucessivas que envolvem os mesmos fatos, como as que se observa, por exemplo, nas várias reclamações instauradas por detentores de títulos públicos argentinos quando aquele país suspendeu seus respectivos pagamentos.

O Tribunal Arbitral do Esporte (CAS)<sup>194</sup> divulga suas decisões desde 1986. Reeb (2004), ex-Secretário Geral do CAS, aponta que, entre as funções mais relevantes do acesso às decisões do CAS estão a promoção de harmonia dos princípios legais aplicáveis e a formação de uma *lex sportiva*<sup>195</sup>. A expressão *lex*

---

<sup>191</sup> KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? **Arbitration International**, v. 23, n. 23, p. 357-378, London, 2007. Disponível em: <https://www.arbitration-icca.org/media/4/77507134886347/media01231914308713000950001.pdf> Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>192</sup> A ICSID é o centro de arbitragem integrante da estrutura do Banco Mundial. Os contratos de financiamento com a participação do Banco Mundial possuem cláusula compromissória de resolução de disputas pela ICSID. Estabelecida em 1966, a referida instituição é atualmente o maior centro de resolução de disputas sobre investimentos internacionais, inclusive envolvendo Estados soberanos. A íntegra de todas as decisões dos procedimentos arbitrais administrados pela instituição pode ser consultada no endereço <https://icsid.worldbank.org/cases/content/tables-of-decisions>, acesso em 17/11/2020.

<sup>193</sup> REINISCH, August. Chapter VI: Investment Arbitration – The Role of Precedent. In: KLAUSEGGER, Christian; KLEIN, Peter et al. **ICSID Arbitration**. Austrian Arbitration Yearbook 2008, C.H. Beck, Stämpfli & Manz, 2009.

<sup>194</sup> Tribunal Arbitral do Esporte (CAS) é órgão internacional cuja jurisdição é reconhecida por todas as federações olímpicas, clubes, e atletas vinculados ao Comitê Olímpico Internacional.

<sup>195</sup> REEB, Matthieu. **The Court of Arbitration for Sport: History and Operation**, in Digest of CAS Awards III 2001–2003, Kluwer Law International, 2004.

*sportiva* é associada ao conjunto de normas transnacionais, baseadas nos costumes e aceitas pela comunidade internacional<sup>196</sup>. Ou seja, há aqui segurança jurídica nitidamente formada pela reiteração de entendimentos jurisdicionais anteriores, uma das funções mais relevantes da jurisprudência.

Especificamente sobre arbitragens comerciais, Kaufmann-Kohler (2007) analisou 190 casos administrados pela Câmara de Comércio Internacional (CCI), encontrando citações a decisões de procedimentos anteriores em 15% deles<sup>197</sup>. Isso comprova a efetiva utilidade da divulgação da jurisdição nas arbitragens comerciais.

Em entrevista concedida ao site Consultor Jurídico, Lemes (2013), ao defender a divulgação das decisões arbitrais, exemplifica que não há no Judiciário jurisprudência sobre os efeitos jurídicos da crise econômica mundial de 2008 no mercado de debêntures, mas que as câmaras arbitrais já debateram diversas vezes o tema<sup>198</sup>. Isto é, as soluções jurisdicionais outorgadas no âmbito dos processos arbitrais não vieram ao conhecimento público, de maneira que não se sabe como o tema foi tratado sob o prisma da lei brasileira, exceção feita aos atores dos respectivos procedimentos arbitrais.

Como se observa, a análise empírica de casos internacionais e da experiência no Brasil, evidencia que os litígios arbitrais comerciais, apesar de seus contornos particulares, possuem, em muitos casos, traços de similitude fática ou identidade jurídica suficientes para gerar interesse no conhecimento da jurisdição proferida em casos análogos.

De todo modo, ainda que as situações não sejam exatamente as mesmas, há interesse da comunidade jurídica em saber qual a solução prática aplicada em determinado cenário. Comprova esta afirmação a habitual publicação de pareceres

---

<sup>196</sup> CAVALIEROS, Philippe; KIM, Janet. Can the Arbitral Community Learn from Sports Arbitration? **Journal of International Arbitration**, Kluwer Law International, v. 32 n. 2, p. 237-260, 2015.

<sup>197</sup> KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? **Arbitration International**, v. 23, n. 23, p. 357-378, London, 2007. Disponível em: <https://www.arbitration-icca.org/media/4/77507134886347/media01231914308713000950001.pdf> Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>198</sup> CANÁRIO, Pedro. Sigilo é obstáculo à formação jurisprudência arbitral. **Revista Consultor Jurídico**, 31 mai. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-31/sigilo-obstaculo-formacao-jurisprudencia-arbitral-dizem-especialistas>. Acesso em: 12 mar. 2020.

doutrinários emitidos para casos específicos, sem que haja necessariamente um filtro de recorrência fática. De forma geral, o estudo da relação jurídica e das normas aplicadas para solucionar determinada controvérsia, por si só, constitui objeto de estudo de interesse acadêmico. Em outras vezes, a peculiaridade ou singularidade do caso é justamente o que gera a curiosidade e desperta o interesse quanto ao desenvolvimento de soluções *sui generis*.

Quanto ao receio de limitação da atividade dos árbitros, vale lembrar que a independência é, por disposição de lei<sup>199</sup>, condição intrínseca à função daquele que aceita julgar um conflito por meio de arbitragem sob os auspícios da Lei nº 9.307/96.

A independência do árbitro, dentro da moldura legal brasileira, subordina-o exclusivamente à missão que lhe foi outorgada pelas partes, não se vislumbrando eventual sujeição hierárquica, seja em relação a decisões anteriores, à opinião de outros árbitros, ao órgão arbitral que administra o procedimento ou ao Poder Judiciário estatal.

Vale lembrar que, ao se falar em jurisprudência arbitral, é preciso esclarecer que há uma certa dissonância no conceito usualmente aplicado nos sistemas de *common law* e nos de *civil law*. Enquanto nos sistemas de tradição anglo-saxônica os juízes normalmente estão vinculados aos precedentes anteriores, os quais representam as fontes de princípios normativos para a resolução dos novos casos, nos sistemas civilistas a jurisprudência surge precipuamente com a função orientativa, sem um caráter geral ou obrigatório.

É necessário dizer que, no Brasil, a jurisprudência vem ganhando cada vez mais protagonismo. Além dos incidentes de uniformização de jurisprudência e do controle de constitucionalidade concentrado já tradicionais no ordenamento nacional, podemos citar a criação das súmulas vinculantes<sup>200</sup> e as inovações trazidas pelo

---

<sup>199</sup> Lei nº 9.307/96 - Art. 13. (...).

§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

<sup>200</sup> A edição de súmula com caráter vinculante, introduzida pela emenda constitucional nº 45/2004, possui fundamento no art. 103-A da Constituição Federal: Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após

Código de Processo Civil de 2015, como são o Incidente de Resolução Demandas Repetitivas (IRDR)<sup>201</sup> e a afetação de julgamento de recursos repetitivos nos tribunais superiores<sup>202</sup>. As decisões proferidas sob estes arranjos acabam por ter efeitos vinculativos sobre a análise de casos judiciais posteriores, conforme a amplitude prevista em lei para as respectivas hipóteses.

De qualquer maneira, a jurisprudência no sistema arbitral parece ser destinada a ocupar lugar distinto do papel que desempenha no sistema judicial, seja este de origem na *common law* ou na *civil law*.

A eficácia vinculativa da jurisprudência proclamada no Judiciário está desenhada sob um sistema rígido, organizado em forma piramidal e cujo procedimento é altamente regulado e formal. Isso não ocorre no sistema arbitral com desenho horizontal, muito mais flexível e sem categorização hierárquica. E, por isso mesmo, sem capacidade de estabelecer precedentes com força vinculante, até porque o livre convencimento do árbitro é resguardado pela sua independência e autonomia.

Neste sentir, Parente (2012), sem menosprezar a importância da orientação das decisões arbitrais na prática do respectivo procedimento, aponta que a diferença entre a jurisprudência arbitral e a estatal está no fato de que a primeira não tem a mesma eficácia, vinculante ou persuasiva, da judicial, apresentando-se de forma diluída se comparada ao modelo estatal<sup>203</sup>.

---

reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

<sup>201</sup> Consoante dispõe o art. 976 do Código de Processo Civil, é cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, nos tribunais, repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

<sup>202</sup> O art. 1.036 do Código de Processo Civil permite que, na hipótese de multiplicidade de recursos nos tribunais superiores com fundamento em idêntica controvérsia, o julgamento dos casos idênticos seja realizado por amostragem, segundo o recurso especial afetado como repetitivo, passando a representar todo o grupo de recursos com o mesmo tema.

<sup>203</sup> PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. São Paulo: Atlas, 2012.

Na mesma linha, Kuyven (2013) defende que, na arbitragem, o instituto se distingue da noção de jurisprudência da *civil law*, bem como do precedente da *common law*, pois estas estão inseridas em sistemas jurisdicionais caracterizados pela homogeneidade e pela hierarquia entre suas cortes. Contrariamente, na arbitragem os tribunais judicantes são autônomos, não havendo vinculação dos árbitros aos julgados anteriores, servindo estes como elemento de orientação<sup>204</sup>.

Dessa maneira, parece-nos impróprio sustentar que a atividade do árbitro estaria reduzida pela possível existência de uma jurisprudência arbitral. Como se mencionou, a ausência de vínculo ou de hierarquia entre os tribunais arbitrais, a independência exigida na lei e o respeito à flexibilidade arbitral levam a acreditar que a jurisprudência produzida no âmbito da arbitragem será meramente de orientação e de persuasão argumentativa (o que não a torna menos relevante).

Importa dizer, todavia, que os benefícios decorrentes da divulgação da jurisdição arbitral prescindem de efeitos vinculante ou de qualquer efeito limitador da atuação do árbitro. Com efeito, entre todas as vantagens anteriormente destacadas em favor da criação de uma jurisprudência arbitral, nenhuma apresenta como premissa a necessidade de força vinculante ou vinculativa das decisões.

Nas experiências desenvolvidas no âmbito da ICSID, CAS e nas arbitragens comerciais administradas pela CCI o árbitro não está vinculado aos julgamentos anteriores. Não obstante, as decisões divulgadas vêm sendo utilizadas por julgadores e advogados em suas fundamentações, o que contribui para a consistência e coerência da jurisdição aplicada e, conseqüentemente, o fortalecimento, a legitimidade e a previsibilidade de todo o sistema.

Interessante notar que segundo os levantamentos de Kaufmann-Kohler, a partir de 2003, praticamente todos os julgados do CAS contêm uma ou mais referências a decisões anteriores<sup>205</sup>. Este dado revela que aquela comunidade jurídica tem sido

---

<sup>204</sup> KUYVEN, Fernando. O necessário precedente arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 36, p. 295, 2013.

<sup>205</sup> KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? **Arbitration International**, v. 23, n. 23, p. 357-378, London, 2007. Disponível em: <https://www.arbitration-icca.org/media/4/77507134886347/media01231914308713000950001.pdf> Acesso em: 20 fev. 2020.



bastante eficaz na produção de uma *lex sportiva* que acaba por se introjetar na cultura, funcionando como norma de organização e orientação social.

Mesmo sem efeito vinculante, a publicidade da atividade jurisdicional arbitral servirá como fonte de compreensão do Direito e seu conhecimento será em prol da segurança jurídica. Assim como ocorre nas práticas estudadas, tal divulgação contribui para um sistema jurisdicional arbitral mais previsível, consistente e coerente.

É preciso dizer que, embora não haja qualquer regra que estabeleça a função orientativa ou persuasiva da jurisprudência, é inegável que este papel está presente na praxe, sendo absorvido por advogados e árbitros, tais como máximas de experiência. De igual modo, na doutrina e nos pareceres jurídicos é comum ver a defesa de argumentos com apoio na jurisprudência, ainda que os julgados citados não exerçam força normativa ou vinculante.

Vale dizer que, ainda que sem poder vinculante, o conhecimento sobre as sentenças arbitrais anteriormente proferidas também possui funções profiláticas e propedêuticas, sendo muito útil para a solução de casos similares como ocorre na prática internacional<sup>206</sup>. Com isso, considera-se que se poderá remediar posições e entendimentos despropositados ou inconvenientes, tanto durante o procedimento, quanto posteriormente, em razão da publicidade sobre as decisões tomadas e inferências que a comunidade poderá fazer a partir daí.

Mais ainda, espera-se que a reiteração de conceitos e princípios possa contribuir para a formação de uma efetiva jurisprudência arbitral, no sentido de se construir e consolidar entendimentos, bem como para a conceituação do modelo jurídico atualmente aplicado e para o desenvolvimento da ciência do Direito.

---

<sup>206</sup> LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos- Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual? **RDM**, v. 134, p. 148-163, abr.-jun 2004.

## 5 DIVULGAÇÃO E CONFIDENCIALIDADE

A confidencialidade nos procedimentos arbitrais domésticos não decorre de lei, não é característica intrínseca ou tampouco necessária aos procedimentos arbitrais. Dentro dos contornos da Lei 9.307/96, a confidencialidade das arbitragens comerciais é matéria contratual, de livre estipulação entre as partes ou estabelecida de forma indireta, acaso previsto nos estatutos procedimentais que venham a regular o procedimento.

A regra adotada no sistema jurisdicional brasileiro continua sendo o da publicidade dos atos processuais. O processo como instrumento de realização de justiça não é apenas um instrumento técnico mas, sobretudo, ético<sup>207</sup>, que visa à pacificação dos conflitos sociais de forma isonômica e imparcial.

Em razão das peculiaridades da arbitragem comercial doméstica, cujo objeto deverá ser sempre de natureza patrimonial e disponível, admite-se a confidencialidade do procedimento. Esta, quando implementada, será efetivada de forma análoga às regras de segredo de justiça no processo judicial.

Não custa ressaltar que a confidencialidade, dentro do marco legal atual, será sempre a exceção. Tanto é assim, que no cumprimento da carta arbitral, somente se atribuirá sigilo ao processo caso comprovada a estipulação de confidencialidade na arbitragem<sup>208</sup>.

Uma vez não estipulada expressamente a confidencialidade na arbitragem, não haveria qualquer motivo para deixar de se aplicar a regra geral de publicidade das decisões e atos jurisdicionais, inclusive permitindo a publicação da íntegra das decisões arbitrais.

Por outro lado, uma vez estabelecida a confidencialidade no procedimento arbitral, a primeira avaliação a ser feita é se tal restrição, por si só, seria

---

<sup>207</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>208</sup> Cf. Código de Processo Civil art. 189, IV.

suficiente para impedir a divulgação de qualquer conteúdo respectivo ao procedimento, inclusive o conteúdo jurisdicional das decisões arbitrais.

### 5.1 Publicação como fonte de jurisprudência e confidencialidade

Não se identificou na doutrina nacional quem defendesse que a publicação de decisões arbitrais, como forma de divulgar a jurisdição ou de criar um plano jurisprudencial arbitral, por si só, violasse a confidencialidade. No entanto, também é praticamente consensual que, mesmo para estes fins, é necessário evitar a identificação dos litigantes, já que estes teriam optado por um procedimento privado e, geralmente, confidencial.

O entendimento hoje corrente está bem contemplado na doutrina de Fouchard, Gaillard e Goldman, segundo a qual:

It is important to underline that confidentiality is not breached by the publication of the reasons for an award on an anonymous basis. Such publication satisfies the general interest of business and legal practice, as it is legitimate that arbitration users and practitioners have access to the rules applied and the decisions reached by arbitrators (COSTA, 2016, p. 69).<sup>209</sup>

Fichtner (2012) endossa a posição dos referidos doutrinadores, destacando a ressalva de que “it is accepted that the anonymity of the parties is and should be maintained”<sup>210</sup>.

Por isso, algumas instituições arbitrais, publicam decisões de procedimentos por elas administrados, omitindo o nome das partes, árbitros e dados que poderiam permitir a identificação dos envolvidos e do próprio caso em concreto<sup>211</sup>. Esta prática tem sido observada e é comumente chamada de higienização (*sanitization*) ou anonimização da decisão arbitral.

<sup>209</sup> COSTA, Guilherme Recena. Integração contratual, confidencialidade na arbitragem e segredo de justiça. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 13, p. 69, 2016.

<sup>210</sup> FICHTNER, José Antônio et. al. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. **Revista de Direito Privado**, v. 49, p. 227-285, jan-mar, 2012.

<sup>211</sup> FONSECA, Rodrigo Garcia; CORREIA, André de Luizi. A confidencialidade na arbitragem, fundamentos e limites. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (coord), **Arbitragem**. Temas contemporâneos. São Paulo, Quartier Latin, 2012.

Inobstante isso, a divulgação das decisões arbitrais é usualmente vista com muita desconfiança, pois, a mera supressão dos nomes dos litigantes e trechos das decisões nem sempre é suficiente para manter o anonimato.

Por outro lado, enfrenta-se dificuldade na compatibilização entre um critério concreto quanto ao conteúdo da jurisdição a ser divulgado para atender ao interesse social e, ao mesmo tempo, que preserve a conveniência das partes envolvidas.

Note-se que, embora para o interesse da sociedade a reprodução da íntegra da decisão seja o ideal, uma publicidade desmedida atentaria contra o próprio sistema arbitral. Afinal, a arbitragem, em grande parte, oferece o atributo da confidencialidade como uma de suas vantagens. Em outro aspecto, a publicidade absoluta, mesmo diante da vontade das partes em contrário, desmereceria a própria autoridade legal, desrespeitando a norma que reconhece o direito dos particulares de contratar a confidencialidade arbitral ou resolver conflitos em um ambiente privado.

Diante dessa perplexidade, é conveniente cotejar o interesse social e a conveniência dos particulares, a fim de que se possa examinar em qual extensão a divulgação do conteúdo da jurisdição atenderia o interesse público e quais os limites impostos pela prerrogativa das partes de estabelecer a confidencialidade sobre o procedimento.

## **5.2 O objeto do interesse social**

O interesse público em conhecer a atividade jurisdicional é precipuamente, orientar a conduta, formar uma jurisprudência e desenvolver o Direito enquanto ciência. Os segredos comerciais, o patrimônio em disputa, os dados pessoais ou a valoração subjetiva do agir de cada parte ou seus representantes são, na maioria das vezes, irrelevantes ao interesse jurídico coletivo.

Cabe fazer a ressalva que também há interesse público quanto ao processo individual, como ato de realização de justiça e resolução de conflitos. Neste ângulo, as particularidades, o objeto da lide e o processo individualmente considerado

interessa ao Estado como meio de pacificação social e tutela da lei. Este desiderato, estritamente considerado, prescinde de publicidade porque, a exemplo dos processos judiciais que correm sob segredo de justiça, circunscreve-se a determinada disputa resolvida pontual e individualmente.

Contudo, na perspectiva do interesse social difuso, a publicidade da atividade jurisdicional possui relevância como fenômeno de revelação da jurisdição, equivalente à formação e compreensão do Direito aplicado e à vivificação da letra abstrata da lei. Isto ocorre por meio do embate das teses jurídicas e das soluções conferidas pelos julgadores.

Assim, embora a análise das circunstâncias concretas seja necessária para o emprego da regra adequada, tais contingências podem ser apreciadas de forma despersonalizada, em um axioma teórico ou mera narrativa da casuística.

É precipuamente o conteúdo científico, seja do aspecto processual ou de mérito do litígio, e os respectivos fundamentos jurídicos, organizados como fonte de conhecimento e de interpretação do Direito, que importam à sociedade, na medida em que estes elementos passam a integrar a literatura jurídica, em conjunto com a doutrina.

É o que Tucci (2017, p. 562) chamou de “labor intelectual, de conteúdo crítico, lógico e metalógico (intuitivo), que engloba um conjunto de reflexões de fato e de direito do qual o árbitro extrai o julgamento”<sup>212</sup>. Estes pressupostos, apresentados de maneira lógica, é que permitem a compreensão da interpretação e da aplicação das normas processuais ou materiais, as quais vêm a ser reveladas através das razões de decidir. Elas compõem, portanto, o objeto de interesse científico.

Nesta conjuntura, os fatos discutidos no litígio de forma objetiva só possuem relevância para que se possa identificar o contexto fático-jurídico. Estes passam a ser dados das premissas utilizadas na contextualização das discussões, sua utilidade é a

---

<sup>212</sup> TUCCI, José Roberto. Reflexões sobre a estrutura formal da sentença arbitral. In: CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma Ferreira. (Org.). **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. 1ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1, p. 562.

mera compreensão do cenário dentro do qual se inserem as argumentações e raciocínios jurídicos; a moldura da *ratio decidendi*.

Como já se explicitou, um dos mais importantes fins da jurisdição é anunciar qual é o Direito, segundo a interpretação do julgador, frente a conjuntura na qual se insere a lide que lhe foi submetida. O conhecimento científico decorre da interpretação e aplicação da norma, resultando na proclamação do direito.

Conquanto o produto final seja a resolução do caso (proclamação do direito), o conteúdo científico de interesse social está essencialmente nos fundamentos e motivos para se alcançar determinada solução, e não na solução em si mesma. As particularidades dos comandos dispositivos da decisão são, em geral, mais importantes para as partes envolvidas diretamente no litígio do que para a coletividade, para quem bastaria saber se a tutela foi afastada ou acolhida, total ou parcialmente.

Em outras palavras, não haveria necessidade de se perquirir as circunstâncias fáticas subjetivas, individualizar o agente ou proceder a valoração pessoal das condutas que integram o contexto particular da disputa arbitral. Da mesma forma, o valor do patrimônio objetivamente envolvido na disputa somente terá interesse jurídico como elemento abstrato, de fixação do dano ou como critério de proporcionalidade no cenário geral e não como um elemento vinculado a realidade dos indivíduos envolvidos no litígio.

### **5.3 A conveniência do particular**

Nos casos em que a confidencialidade for legitimamente estabelecida, não há dúvida que tal restrição deverá ser respeitada. Contudo, frente ao interesse social na divulgação da jurisdição, convém avaliar os limites da conveniência do particular, a fim de permitir a ponderação entre ambos os valores.

Uma vez analisados os dados colhidos em pesquisas realizadas com os participantes dos sistemas arbitrais, percebe-se que a confidencialidade é considerada uma vantagem da arbitragem. Isso porque a confidencialidade evitaria o

conhecimento público sobre questões que fundamentalmente giram em torno de dois enunciados centrais, quais sejam, os dados comercialmente sensíveis constantes dos documentos apresentados e as informações que possam vir a afetar o patrimônio reputacional dos litigantes, incluído neste enunciado o valor da disputa<sup>213</sup>.

A doutrina confirma que a função da confidencialidade na arbitragem é proteger não só os segredos empresariais e os documentos estratégicos, muitas vezes expostos ao longo do litígio, mas também as informações que desabonem a reputação dos litigantes, em qualquer dos seus aspectos<sup>214</sup>.

Todavia, a experiência mostra que os segredos ou detalhes das estratégias comerciais são raramente incorporados como parte do fundamento das decisões jurisdicionais. Não obstante sejam relevantes e frequentemente considerados para a valoração das condutas sob julgamento, geralmente não representam, em si mesmos, um valor jurídico. Isto é, na configuração da conduta ilícita, por exemplo, o uso irregular de informações privilegiadas, e a gravidade do ato e a extensão de seus efeitos, são para a apreciação da lide mais importantes do que o próprio conteúdo da informação, objeto da antijuridicidade.

Da mesma forma, as peculiaridades inerentes aos indivíduos e entidades envolvidos no litígio podem ser suprimidas para que as características particulares não sirvam como meio de identificação das partes ou do caso específico. Também estas características não enfeixam um valor jurídico usualmente incorporado como motivação da solução jurisdicional. Não custa lembrar que, principiologicamente, a

---

<sup>213</sup> WHITE AND CASE. **2018 International Arbitration Survey**: The Evolution of International Arbitration. Disponível em: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey-report.pdf> Acesso em: 06 fev. 2020.

<sup>214</sup> LEE, João Bosco. O princípio da confidencialidade na arbitragem comercial internacional. In: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo et al. **Estudos de arbitragem**. Curitiba: Ed. Juruá, 2008; LEMES, Selma. **Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos** - Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual? Disponível em: [http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo\\_juri15.pdf](http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf). Acesso em: 06 mai. 2018; ARAÚJO NETO, Pedro Irineu de Moura. A confidencialidade do procedimento arbitral e o princípio da publicidade. **Revista de Informação Legislativa**, v. 53, p. 139, 2016. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril\\_v53\\_n212\\_p139](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p139) Acesso em: 07 fev. 2020; GARCEZ, José Maria Rossiani; MARTINELLI, Ivan. **Arbitragem e Mediação**. Temas controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2014; WALD, Arnoldo. A crise e a arbitragem no direito societário e bancário. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 20, p. 9-24, jan-mar, 2009; CRETELLA NETO, José. Quão Sigilosa é a Arbitragem? **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 25, p. 43-70, 2010.

decisão deve ser isonômica e impessoal, revelando, em certa medida, a abstração da tese.

Por isso, do ponto de vista da ciência, a jurisdição pode ser compreendida de maneira abstrata, prescindindo da identificação dos litigantes ou de outras pessoas que tomem parte no cenário fático do procedimento. Portanto, via de regra, a divulgação da jurisdição arbitral será útil ao interesse social, mesmo com o expurgo dos nomes, informações protegidas por sigilo e dados particulares do litígio não essenciais para a compreensão da decisão.

Ao se confrontarem ambos os interesses, assim entendidos como a conveniência do privado na confidencialidade dos dados particulares e o interesse no conhecimento da jurisdição, percebe-se que, na grande maioria dos casos práticos, eles podem ser ponderados, pois seus elementos objetivos de inquietude não são colidentes.

Isto é, a divulgação do conteúdo suficiente para atender ao interesse social vem a se mostrar compatível com a preservação da reserva sobre o procedimento privado de solução de litígios, mesmo naqueles casos onde incidente a confidencialidade.

A solução mais adequada parece estar na divulgação de decisões com o expurgo dos dados privados ou íntimos das partes. O corte deve ser realizado na menor extensão possível, para permitir aos interessados conhecer e entender o direito aplicado, sem, contudo, revelar informações sigilosas ou aquelas que permitam a identificação dos litigantes ou o conflito individual<sup>215</sup>.

Nas hipóteses em que não houver restrição de confidencialidade, a publicação das decisões poderia ser realizada de forma integral, seguindo a regra geral da publicidade dos atos processuais.

---

<sup>215</sup> Para Guilherme Recena Costa, antes de divulgadas, as decisões arbitrais devem ser “anonimizadas” ou “higienizadas”. COSTA, Guilherme Recena. Integração contratual, confidencialidade na arbitragem e segredo de justiça. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 13, p. 69, 2016.



Contra a divulgação das decisões arbitrais, há quem argumente que a conveniência da confidencialidade possa ser justamente a de evitar a formação de uma jurisprudência ou permitir o conhecimento de decisões paradigmáticas sobre determinada situação. Neste prisma a intenção por detrás da confidencialidade seria evitar outros questionamentos sobre fatos ou atos semelhantes ou mesmo impedir que más condutas sejam trazidas à tona<sup>216</sup>.

Seriam os casos, por exemplo, da indústria do tabaco, que não desejaria a divulgação de indenizações a fumantes e ex-fumantes pelo dano causado pela adição ao produto comercializados, da companhia que pretende evitar a multiplicação de processos de seus investidores minoritários, ou do fabricante que não pretende retirar do mercado seus produtos defeituosos<sup>217</sup>.

Ocorre que a proteção assegurada pela confidencialidade não pode servir para, em verdadeiro desvio de sua finalidade, acobertar a fraude ou conduta antijurídica, em prejuízo a terceiros. No campo da legalidade a confidencialidade arbitral deve se distinguir da clandestinidade e da violação das cláusulas gerais de probidade e boa-fé. Portanto, a restrição à publicidade se estende até o necessário para a proteção da privacidade e do interesse das pessoas físicas e jurídicas, desde que estes sejam legítimos.

Não se trata aqui de ultrapassar a intimidade ou o direito à privacidade dos indivíduos, todavia, o que se observa é que a confidencialidade do procedimento arbitral não pode ser empregada, maliciosamente, com o propósito de afastar responsabilidades que a lei atribui diante de determinada ilicitude. De igual maneira, em sendo este o objetivo da confidencialidade, estar-se-á diante da obstaculização da garantia constitucional de acesso à justiça, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, frente à intenção de dificultar o exercício do direito dos potenciais lesados.

---

<sup>216</sup> GARCEZ, José Maria Rossiani; MARTINELLI, Ivan. **Arbitragem e Mediação**. Temas controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>217</sup> TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. A arbitragem, os contratos empresariais e a Interpretação Econômica do Direito. **Direito & Justiça**, v. 33, p. 80-97, 2007.

Ainda sob esta hipótese, não fosse suficiente a contrariedade aos princípios éticos e de responsabilidade social, a escolha das partes pela regra da confidencialidade seria nula, por violação ao art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem<sup>218</sup>, já que a restrição pretendida estaria em franca colisão com os bons costumes e à ordem pública.

Lembre-se, ainda, que o direito à privacidade não detém caráter absoluto. Tal prerrogativa possui aplicação dentro de um contexto ético e de coexistência harmoniosa dos valores jurídicos em ponderação<sup>219</sup>. Neste caso extremo, os fundamentos para obstar esta divulgação não estariam alinhados com a função da regra jurídica sustentada para afastar o princípio da publicidade dos atos processuais.

A confidencialidade admitida no procedimento arbitral não deve encontrar guarida quando utilizada para impedir o acesso à justiça, aprofundar a assimetria informacional, beneficiar a conduta antijurídica e o comportamento oportunista, em claro prejuízo ao interesse social.

#### **5.4 Função social e confidencialidade**

Como anteriormente refletido, a confidencialidade no processo arbitral possui natureza contratual. Isto equivale a dizer que esta reserva decorre da autonomia da vontade dos atores privados ao auto regulamentar as bases de suas relações jurídicas.

A autonomia do direito de contratar deriva, em grande parte, do ideário liberal que dominou os séculos XVIII e XIX, opondo-se à intervenção do Estado nas relações individuais. Nesta ordem, no campo do Direito, a vontade das partes, conforme desenhada no contrato, seria a mais perfeita tradução da expressão jurídica. O

---

<sup>218</sup> Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

<sup>219</sup> Cf. neste sentido a decisão do Tribunal Pleno do STF no Mandado de Segurança (MS) 23452, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000, p. 20. publ. Ementário de Jurisprudência v. 1990-01, p. 86.

contrato beberia na fonte da liberdade individual de criar regras para si próprio, sem vícios e sem interferências.

Na visão liberal, o contrato instrumentaliza o intercâmbio econômico entre os indivíduos e, portanto, nele a vontade deveria reinar ampla e livremente<sup>220</sup>. Extrinsecamente, os reflexos dos contratos individuais estariam inseridos em um plano de autorregulamentação do mercado que, por meio da lei da oferta e procura e da livre concorrência, equilibraria a distribuição dos interesses, sem a necessidade de ingerência estatal<sup>221</sup>.

Na lógica pura da autonomia da vontade, é a liberdade que garante aos indivíduos o domínio e respeito às suas escolhas sobre *o que, com quem e sob quais condições* contratar. Restaria à lei um papel de coadjuvante eventual, para garantir o cumprimento das obrigações contratadas.

No século XX, principalmente após as Grandes Guerras, o Estado Social passa progressivamente a exercer papel preponderante, impondo moderação às condutas individuais, principalmente quando em contraste com o interesse coletivo. Isso também refletiu na liberdade de contratar chegando-se, em alguns casos, a modelar referências contratuais e dirigistas.

Na realidade, contudo, como ressalta OLIVEIRA ASCENSÃO, “Nunca houve uma autonomia privada soberana, seja qual for a época histórica. Mesmo o liberalismo do século XIX teve de conviver com normas injuntivas: seja a proibição dos contratos leoninos, a relevância negativa do estado de necessidade e assim por diante”<sup>222</sup>. Na mesma linha, Salvatori (2014) pondera que é de certo ponto emblemático que Clóvis

---

<sup>220</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 17

<sup>221</sup> A teoria do liberalismo econômico foi bastante difundida por Adam Smith. Cf. SMITH, Adam. **A riqueza das nações**, Trad. Maria Tereza lemos de lima. Curitiba: Juruá, 2006.

<sup>222</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. As Pautas de Valoração do Conteúdo dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil, in R. LOTUFO – F. MARTINS (coords.), 20 Anos do Código de Defesa do Consumidor – Conquistas, Desafios e Perspectivas, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 218.

Bevilaqua já adotara a expressão “função social do contrato”, para evidenciar, em termos generalíssimos, a importância do contrato na sociedade<sup>223</sup>.

No cenário atual, a liberdade de contratar, deve subserviência aos princípios da boa-fé e da função social dos contratos, consoante norma concretizada no *caput* do art. 421 do Código Civil<sup>224</sup>.

Importa notar que, embora a definição de função social não seja consenso, sua noção está quase sempre fundada nas ideias de dignidade e de solidariedade, sobretudo quando observado sob o prisma constitucional.

No Brasil, notadamente após 1988, há uma alteração no eixo das relações jurídicas privadas. Com efeito, com a edição da Constituição Federal, houve um rompimento com a separação clássica entre o plano constitucional e o direito contratual. Temas antes circunscritos ao direito privado foram abrangidos pela Constituição e esta, por sua vez, dedicou-se a iluminar, com seus princípios cardeais de dignidade e solidariedade, todas as regras infraconstitucionais<sup>225</sup>.

A visão tradicional de contrato individualista e voluntarista, passa, então, a sofrer diretamente o temperamento da função social, orientada pelos princípios e valores sociais constitucionais<sup>226</sup>. Este princípio se manifesta em dois níveis, tanto dentro da relação contratual, estabelecendo deveres éticos aos contratantes, quanto externamente, no âmbito das relações sociais<sup>227</sup>.

Do ponto de vista externo, a função social coloca o contrato em posição semelhante ao fato social, com capacidade de reverberação em toda a coletividade. E, justamente porque manifesta (ou pode manifestar) efeitos sociais, a liberdade dos

---

<sup>223</sup> SALVATORI, Carlos Eduardo D'Elia, Incidência dos Princípios da Boa-fé e da Função Social conforme os Planos do Negócio Jurídico, dissertação (mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014

<sup>224</sup> Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

<sup>225</sup> LOUREIRO, Francisco Eduardo, A Propriedade como relação jurídica complexa, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2003, pág. 91

<sup>226</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno, Função Social do Contrato, São Paulo, Ed. Saraiva, 2004, p. 117 e ss.

<sup>227</sup> NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil Brasileiro, Revista de Direito Privado, São Paulo, RT, vol. 12, out.-dez./2002

contratantes passa a ser influenciada pela carga valorativa do princípio da função social<sup>228</sup>.

Nalin (2002) anuncia que a face extrínseca da função social (do contrato frente à coletividade) mitiga o velho princípio da relatividade dos efeitos do contrato, deslocando a extensão da teoria contratual sobre as repercussões do negócio jurídico bilateral, no largo campo das relações sociais<sup>229</sup>.

A eficácia externa da função social é geralmente relacionada à proteção de direitos difusos e coletivos<sup>230</sup>. Daí porque Theodoro Júnior (2014) conclui que quando os efeitos externos do contrato prejudicam injustamente os interesses da comunidade, ofende-se a função social<sup>231</sup>.

Neste sentir, sob a ótica do princípio da função social, os interesses individuais extrapolariam o limite objetivo do contrato para, potencialmente, atingirem a sociedade. Sob este primado transparece a preocupação com o bem-estar coletivo<sup>232</sup>, e a influência do dever de solidariedade, proveniente das orientações constitucionais, como fator limitador a liberdade dos contratantes.

Em outras palavras, inobstante seja a autonomia da vontade resguardada pelo ordenamento jurídico, a liberdade de contratar não poderia se sobrepor em prejuízo aos interesses sociais. Ao limitar o exercício da liberdade de contratar à função social do contrato, o legislador privilegiou os interesses coletivos frente aos individuais e disponíveis, considerando estes de relevância social inferior àqueles.

---

<sup>228</sup> Neste sentido, o enunciado n. 23 do Conselho da Justiça Federal da I Jornada de Direito Civil dispõe: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.” (disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/669>, acesso em 28/08/2020)

<sup>229</sup> NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil Brasileiro, Revista de Direito Privado, São Paulo, RT, vol. 12, out.-dez./2002

<sup>230</sup> RULLI NETO, Antonio. Função social do contrato, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 203

<sup>231</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 48

<sup>232</sup> Ao defender o contrato como fato social, Fernando Noronha aduz que a invocação ou oposição do disposto no contrato pode ser feito pelos contratantes perante terceiros e vice-versa. O autor cita como exemplo a responsabilidade dos contratantes na figura da indução ao inadimplemento de negócio jurídico alheio e o instituto da fraude contra terceiros. NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994 p. 119. Nitidamente em ambos os exemplos há uma escolha valorativa do interesse da proteção social.

Diante disso, os contratos, considerados como instrumentos de desenvolvimento social e econômico dos indivíduos, merecem a proteção legal somente (e enquanto) atenderem a estes fins, sem prejudicar à sociedade.

O contrato de confidencialidade do procedimento arbitral, portanto, além do ponto de vista individual, também deve ser observado através do prisma de sua utilidade e compatibilidade de seus efeitos frente a sociedade.

Como antes já se apontou, a confidencialidade é instrumento legítimo nas arbitragens domésticas, funcionando para excepcionar a regra da publicidade processual.

O expediente da confidencialidade atende ao interesse individual dos contratantes, mas também possibilita a oferta de um mecanismo de solução de conflitos, distinto do Poder Judiciário, reconhecido pelo Estado, e que possui, entre seus maiores atrativos, o fato de ser reservado. Figurar como um procedimento verdadeiramente reservado (e eventualmente confidencial) é parte significativa no sucesso do instituto da arbitragem.

A confidencialidade da jurisdição arbitral objetiva, fundamentalmente, evitar o conhecimento público sobre informações de interesse comercial ou reputacional dos litigantes. É isto que dá sentido ao fim econômico e de desenvolvimento social buscado pelos contratantes. De maneira convergente, esta finalidade atende à função social de desenvolvimento da arbitragem.

Contudo, frente as escolhas valorativas do sistema legal brasileiro, parece-nos que a confidencialidade, contratada com base na autonomia privada, não pode servir de obstáculo à divulgação das decisões arbitrais, quando os interesses legitimamente por ela protegidos não estiverem em risco.

Isto equivale a dizer que, por exemplo, após a anonimização da sentença<sup>233</sup> os dados provados sigilosos e comercialmente sensíveis estariam resguardados. Nesta hipótese, objetar a divulgação da sentença anonimizada não seria útil aos indivíduos, pois isso não representaria proteção a um fim econômico ou social dos contratantes.

A restrição serviria tão somente para frustrar o interesse coletivo quanto ao conhecimento sobre a jurisdição, impedindo que se atinja um bem estar social e, portanto, desatendendo a função social extrínseca do contrato. A negativa, apresentada sem conteúdo protetivo de direito, seria semelhante ao uso abusivo do instituto, porque além dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social<sup>234</sup>.

Em outras palavras, considerando que a publicação das decisões arbitrais beneficia o desenvolvimento da ciência do Direito e gera o fortalecimento da segurança jurídica, valores que atendem a coletividade, parece correto afirmar que os indivíduos não possam se opor à divulgação após o expurgo dos dados identificadores do litígio, daqueles privados e sigilosos.

Conclui-se, portanto, que a incidência do princípio da função social apresenta reflexos importantes na liberdade de contratar. A autonomia dos contratantes deve ser exercida em conjugação ou, conforme o caso, ponderação com sua utilidade social. Assim, a confidencialidade, mesmo quando contratada, não pode servir como justificativa legítima para impedir a divulgação das decisões arbitrais se os elementos identificadores do litígio, os dados privados e aqueles protegidos por lei forem suprimidos ou anonimizados.

## **5.5 Seleção das decisões e do conteúdo da divulgação**

A seleção das decisões para publicação é questão sempre desafiadora em razão da dificuldade de reprodução ideal da representatividade e da diversidade da

---

<sup>233</sup> O expurgo dos dados privados e confidenciais das decisões arbitrais será melhor explorado neste trabalho a partir do título 5.5.

<sup>234</sup> O Código Civil caracteriza como ilícito o exercício abusivo de um direito, consoante a seguinte disposição: Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

atividade jurisdicional arbitral. É intuitivo que, quanto maior o número de decisões arbitrais divulgadas, maior será a probabilidade de que esta amostragem reflita corretamente a representatividade dos litígios arbitrais. Igualmente, um vasto acervo de decisões permitirá a formação de uma bibliografia abrangente e diversificada, multiplicando o interesse pelo seu conteúdo e proliferando a extensão do conhecimento.

Mourre (2009) destaca que todas as sentenças arbitrais deveriam ser publicadas. Aduz o atual presidente da CCI que a importância da publicação ampla das sentenças arbitrais reside no fato de que a jurisprudência arbitral somente terá efeito por meio da constatação de entendimentos idênticos, aplicados em diferentes casos<sup>235</sup>.

Em sua perspectiva, a jurisprudência arbitral seria uma espécie de mecanismo voltado para a criação de regras assemelhadas aos usos e costumes comerciais<sup>236</sup>. No entanto, este ferramental somente funcionará se o material for disponibilizado em volume suficiente para possibilitar a constatação de tendências e distinções, em comparação com as linhas adotadas em decisões arbitrais envolvendo situações idênticas ou semelhantes. Isso porque a persuasão que se espera de um paradigma geralmente deve ser combinada com a frequência de sua aplicação<sup>237</sup>.

Mourre (2009) constata que muitas vezes a seleção das decisões publicadas é inconveniente porque reflete os critérios do editor. Isso limitaria o alcance do interesse de terceiros e acabaria por refletir um viés editorial subjetivo. O autor desaprova, ainda, a publicação de decisões de forma sumarizada ou em extratos que, segundo

---

<sup>235</sup> Alex Mourre foi eleito como presidente da CCI para o triênio de 2015-2018 e reeleito para o mandato de 2018 a 2021.

<sup>236</sup> MOURRE, Alexis. **Arbitral Jurisprudence in International Commercial Arbitration: The Case For A Systematic Publication Of Arbitral Awards In 10 Questions**, 2009. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/05/28/arbitral-jurisprudenceininternationalcommercial-arbitration-the-case-for-a-systematic-publication-of-arbitral-awards-in-10-questions/>. Acesso em: 01 mai. 2020.

<sup>237</sup> MOURRE, Alexis. **Arbitral Jurisprudence in International Commercial Arbitration: The Case For A Systematic Publication Of Arbitral Awards In 10 Questions**, 2009. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/05/28/arbitral-jurisprudenceininternationalcommercial-arbitration-the-case-for-a-systematic-publication-of-arbitral-awards-in-10-questions/>. Acesso em: 01 mai. 2020.



ele, frequentemente se mostram insuficientes para o reconhecimento de casos semelhantes<sup>238</sup>.

Na prática, o ideal de publicar todas as decisões arbitrais de litígios comerciais é de difícil, senão improvável, implementação. Além da dimensão monumental da tarefa, não há unicidade das regras adotadas pelos órgãos arbitrais que administram tais disputas, tampouco um banco de dados que poderia reunir este extraordinário conteúdo. Além disso, haveria a necessidade de se eleger uma entidade para coordenação e gerenciamento de tal ferramenta, atividade que seguramente envolve custos e responsabilidades.

Desta maneira, parece mais factível que a divulgação das decisões arbitrais seja precedida de seleção e, para aqueles procedimentos em que incida a confidencialidade arbitral, sejam expurgados tanto os elementos identificadores do caso particular quanto os dados dos envolvidos.

A crítica de Mourre (2009), todavia, vocaliza a dificuldade na escolha das decisões a serem divulgadas, ainda mais diante da ausência de um filtro de parâmetros objetivos<sup>239</sup>. Todavia, considerando que parte relevante do interesse social na publicação das decisões arbitrais é gerar e manter a segurança jurídica, um bem economicamente estimado, vale recorrer às ferramentas e à perspectiva econômica em busca de critérios que possam orientar a seleção dos julgados, tangenciando perspectivas pessoais dos editores ou a seleção randômica de decisões.

Baseados nos conceitos da escola analítica de *Law and Economics*, Fon e Parisi (2006) apresentam um modelo dinâmico para descrever a evolução de decisões

---

<sup>238</sup> MOURRE, Alexis. **Arbitral Jurisprudence in International Commercial Arbitration: The Case For A Systematic Publication Of Arbitral Awards In 10 Questions**, 2009. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/05/28/arbitral-jurisprudenceininternationalcommercial-arbitration-the-case-for-a-systematic-publication-of-arbitral-awards-in-10-questions/>. Acesso em: 01 mai. 2020.

<sup>239</sup> MOURRE, Alexis. **Arbitral Jurisprudence in International Commercial Arbitration: The Case For A Systematic Publication Of Arbitral Awards In 10 Questions**, 2009. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/05/28/arbitral-jurisprudenceininternationalcommercial-arbitration-the-case-for-a-systematic-publication-of-arbitral-awards-in-10-questions/>. Acesso em: 01 mai. 2020.

judiciais em sistemas de Civil Law, onde a jurisprudência tem função precipuamente de persuasão sobre casos posteriores<sup>240</sup>.

Fon e Parisi (2006) confirmam que o volume de decisões conhecidas reduz a litigância, principalmente em ambientes mais tradicionais ou regulados. Não obstante seja a inconstância jurisprudencial uma característica do sistema de direito continental, a estabilidade ou mudança de regras é afetada pelo estoque de precedentes e pelo fluxo de decisões recentes associados às tendências jurisprudenciais.<sup>241</sup>

Ou seja, especialmente quando a jurisprudência exerce um papel orientativo é importante um grande volume de casos conhecidos, abordando principalmente as novas tendências jurídicas, sejam estas construídas pela doutrina ou (e principalmente) pelas atualizações legislativas.

Os pesquisadores também descrevem que choques exógenos são relevantes na formação da jurisprudência, na medida em que diferentes caminhos podem ser seguidos a partir deles<sup>242</sup>. É o caso de súbita alteração de ordem econômica ou social que passa a ser incorporada na aplicação do direito.

Enquanto em casos tradicionais a estabilidade possa ser desejável, para novas questões jurídicas, presença de ambientes voláteis ou situações decorrentes de choques externos, a constância jurisprudencial pode ser prejudicial, pois impede a experimentação de soluções legais distintas. No extremo isso cercearia a flexibilidade de adaptação da atividade jurisdicional, que deve ser exercida de acordo com as mudanças verificadas ao longo do tempo, bem como com a realidade no momento de proferimento da decisão.

---

<sup>240</sup> FON, Vincy; PARISI, Francesco. Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis. **International Review of Law and Economics**, v. 26, p. 519-535, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=534504>. Acesso em: 01 mai. 2020.

<sup>241</sup> FON, Vincy; PARISI, Francesco. Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis. **International Review of Law and Economics**, v. 26, p. 519-535, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=534504>. Acesso em: 01 mai. 2020.

<sup>242</sup> FON, Vincy; PARISI, Francesco. Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis. **International Review of Law and Economics**, v. 26, p. 519-535, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=534504>. Acesso em: 01 mai. 2020.

Para evitar a estagnação o mencionado modelo econométrico aponta que o estoque de decisões conhecidas deve ser permanentemente atualizado por meio da divulgação de decisões judiciais recentes, sem preocupação quanto ao alinhamento, tradicional ou inovador, de filtro quanto ao entendimento jurídico aplicado.

Na década de 1970, Landes e Posner (1976) publicaram um trabalho denominado *Legal Precedent: a theoretical and empirical analysis*<sup>243</sup>, no qual analisam os precedentes criados por decisões judiciais como um bem capital (capital social) que se deprecia ao longo do tempo (semelhante a ao conteúdo de um livro ou a inovação de uma patente), principalmente em virtude das novas realidades. Os precedentes que se tornam desatualizados são abandonados, havendo a necessidade de criação de novos postulados.

Importa dizer que o mencionado trabalho se desenvolveu sobre um ambiente de *common law*, onde os precedentes possuem características vinculantes. No entanto, vale ressaltar que, salvo exceção, a sujeição das novas decisões está relacionada com a regra de direito da solução aplicada nos precedentes, isto é, motivos determinantes ou *ratio decidendi*<sup>244</sup> da decisão.

Desta forma, ainda que consideradas as particularidades dos sistemas de *common law*, o conteúdo da jurisdição proclamada converge com o interesse público no sistema brasileiro para a formação de jurisprudência. Como destacado anteriormente, são os motivos da decisão que permitem informar *ex ante* os comportamentos permitidos e os proibidos. De igual maneira, o raciocínio do julgador na aplicação da norma, verdadeiro produto intelectual, é o que contribui para a evolução científica e monitoramento da jurisdição outorgada.

---

<sup>243</sup> LANDES, William; POSNER, Richard. Legal Precedent: a theoretical and empirical analysis. **Journal of Law and Economics**, v. 19, p. 249-308, 1976.

<sup>244</sup> O precedente somente pode ser aplicado após verificação de que os elementos objetivos do caso anterior e as regras jurídicas aplicáveis são adequadas ao caso sob exame concreto. CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. **A ineficácia do precedente no sistema brasileiro de jurisdição constitucional (1891-1993)**: contribuição ao estudo do efeito vinculante. Tese (Doutorado), 2004.

Embora, pelas peculiaridades próprias, não se coloque a *jurisprudência arbitral* no mesmo degrau de rigidez dos precedentes existentes no sistema judicial norte-americano (*stare decisis*), a aplicação do enfoque econômico sobre a utilidade das prescrições daquela atividade jurisdicional estatal pode trazer lições bastante úteis. Assim, também por este motivo, na seleção das decisões arbitrais a serem divulgadas interessa a análise das informações que comporiam o capital jurídico da sociedade, conforme apresentado por Landes e Posner (1976).<sup>245</sup>

Após o exame de um relevante número de casos<sup>246</sup>, os pesquisadores explicam que a eficácia dos precedentes é incrementada pela quantidade de julgados no mesmo sentido, sendo a citação de casos anteriores em decisões posteriores a melhor forma de averiguar esta força.

Desta maneira, o estoque de precedentes conhecidos é importante para permitir o conhecimento prévio sobre as condutas permitidas, aquelas proibidas e as respectivas sanções aplicáveis. No sistema de precedentes vinculantes a decisão que não é seguida não representa capital jurídico, nem possui utilidade além do litígio específico.

Landes e Posner examinam algumas circunstâncias que podem influir na depreciação dos precedentes (corrosão de sua eficácia) e concluem que (i) precedentes gerais são mais eficientes do que os individuais, pois, costumam atingir número maior de pessoas, além de estarem mais protegidos de mudança de ordem legislativa ou social; (ii) precedentes sobre matérias com maior inovação legislativa estão sujeitos a maior depreciação; (iii) precedentes sobre questões procedimentais ou processuais sofrem menor depreciação, em razão de não versarem sobre contextos materialmente específicos (iv) grandes modificações sociais ou legislativas, que tornem obsoletos muitos precedentes de uma vez só, criam insegurança e dúvida,

---

<sup>245</sup> LANDES, William; POSNER, Richard. Legal Precedent: a theoretical and empirical analysis. **Journal of Law and Economics**, v. 19, p. 249-308, 1976.

<sup>246</sup> Landes e Posner analisaram 658 acórdãos proferidos pelas Cortes de Apelação nos anos de 1974 e 1975 e 223 proferidos em 1960, além 156 decisões da Suprema Corte norte-americana de 1960. Os autores concluíram que os precedentes da Suprema Corte foram aplicados em média durante 20 anos, o dobro do tempo daqueles proferidos pelas Cortes de Apelação. Além disso, os precedentes do Supremo Norte-Americano foram citados com mais frequência tanto pelo órgão prolator quanto pelas instâncias inferiores.

incentivando os litígios e a criação de muitas decisões, em consequência, implica na depreciação de muitos julgados apoiados em situações transitórias, assim que reestabilizada a situação jurídica<sup>247</sup>.

Os autores também apontam que as decisões da Suprema Corte possuem menor taxa de obsolescência, não em razão da hierarquia judicial, mas sim por causa de sua generalidade. A exceção seriam os casos de matéria tributária, os quais são rapidamente depreciados por alterações legislativas.

Assim, como técnica de formação de uma jurisprudência arbitral, percebe-se que o primeiro fator a ser considerado é o volume de decisões. Devem ser publicadas o maior número possível, com a maior diversidade possível, permitindo que se constitua um estoque de conhecimento variado e extenso.

Principalmente em regimes jurídicos como o brasileiro, onde a jurisprudência exerce papel essencialmente orientativo, a divulgação deve ser generosa e sistematicamente realizada. Não deve haver preocupação se, por exemplo, a linha de entendimento da decisão converge ou diverge da corrente jurídica tradicional ou estabelecida.

É por meio deste fluxo constante de publicações que o estoque de conhecimento poderá ser sempre atualizado. Esta permanente renovação permitirá reafirmar a constância da jurisdição, mantendo a estabilidade da jurisprudência, ou a evolução do conhecimento jurídico.

As decisões que oferecerem boas soluções, certamente, serão mais reproduzidas, consolidando a eficácia da regra ou da interpretação jurídica. Em matéria de consistência da jurisprudência arbitral, qualidade será um produto gerado através da quantidade. Como bem colocou o professor Paulsson (2006, p. 13): “*good*

---

<sup>247</sup> Apud ROSA, Renato Xavier da Silveira. **Precedentes no processo civil brasileiro**: valorização e efetividade. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade de São Paulo, USP, Brasil, 2013.

*awards will chase the bad, and set standards which will contribute to a higher level of consistent quality*<sup>248</sup>.

Outro aspecto que merece atenção é a divulgação das decisões com maior potencial de repetição e de caráter geral. Isso porque elas possuem capacidade de atingir um número maior de indivíduos. As pesquisas que apontam as matérias mais recorrentemente submetidas aos centros arbitrais brasileiros poderão oferecer diretrizes relevantes quanto a este ponto.

As questões processuais ou procedimentais possuem acentuada relevância para a formação de jurisprudência, pois facilmente podem ser destacadas do caso particular para ganhar aplicação em outros litígios, ainda que o mérito da disputa se alicerce sobre substratos fáticos discrepantes.

A divulgação de decisões que compreendam o exame de atualizações legislativas deve ser favorecida. Este proceder visa defender o estoque jurisprudencial disponível frente a uma eventual obsolescência das bases jurídicas substantivas dos casos anteriores.

Em caso de choques exógenos, econômicos ou sociais, ou diante de alterações legislativas de maior profundidade, a publicação das decisões arbitrais que compreendam controvérsias sob o novo ambiente fático-jurídico deve ser feita com a maior frequência e agilidade possíveis. Sob esta perspectiva é o mercado que deve se encarregar de depurar a qualidade e reproduzir as melhores soluções.

#### 5.5.1. Nome dos árbitros

A experiência indica que os árbitros atuantes no mercado nacional formam um grupo razoavelmente pequeno, o que os coloca na posição de serem frequente e repetidamente escolhidos em disputas distintas e por diferentes indivíduos<sup>249</sup>. Clay

---

<sup>248</sup> PAULSSON, Jan. International Arbitration and the Generation of Legal Norms: Treaty Arbitration and International Law. **TDM**, 3(5), p. 13, 2006.

<sup>249</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Os sete pecados capitais do árbitro. **Revista de arbitragem e mediação**, v. 14, n. 52, p. 391-406, jan.-mar, 2017; BERGER, R.; CARVALHO, R. V. Em prol da 'jurisprudência' arbitral societária. **Revista de Direito Empresarial**, v. 8, p. 197-224, 2015.

(2005) reporta que o mundo da arbitragem, mesmo a internacional, é formado por uma comunidade reduzida, mas que este contencioso muitas vezes envolve somas colossais, suscitando uma acirrada concorrência e a ausência de filantropia. Os atores, sejam eles árbitros ou advogados defendem ferozmente suas posições e os recém-chegados não são bem-vindos<sup>250</sup>.

Ser nomeado como árbitro pressupõe uma boa reputação e profundo conhecimento no campo jurídico sobre o qual deita a controvérsia. Além disso, espera-se que o indicado tenha capacidade de solucionar ou colaborar na solução de litígios complexos e procedimentos, não raro, intrincados; tudo dentro da celeridade que convém a uma arbitragem.

Árbitros, portanto, tem um natural interesse em manter seu renome e serem reconhecidos como confiáveis, imparciais e especialistas em sua área de atuação. Ocorre que, muitos profissionais que atuam como árbitros também exercem a advocacia, defendendo clientes em posições por vezes antagônicas, o que poderia gerar questionamentos sobre isenção e neutralidade ou até eventual conflito de interesses.

De certa maneira, a confidencialidade da arbitragem funciona como um biombo protetivo da atuação do árbitro, já que somente aqueles atores que participam do procedimento conseguem avaliar a atuação, na prática, dos membros do painel arbitral. Neste quadro, não é difícil entender por que a divulgação dos nomes dos árbitros é questão controversa<sup>251</sup>.

No contexto atual, a indicação dos árbitros acaba sendo realizada através de critérios que, em geral, orbitam sobre dois grandes eixos, a saber (a) os posicionamentos públicos e produção acadêmica do candidato, e (b) a confiança

---

<sup>250</sup> CLAY, Thomas. Quem são os árbitros internacionais. Abordagem sociológica. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 6, p. 107-125, jul.-set. 2005.

<sup>251</sup> KUYVEN, Fernando. O necessário precedente arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 36, p. 295, 2013; BERGER, R.; CARVALHO, R. V. V. . Em prol da 'jurisprudência' arbitral societária. **Revista de Direito Empresarial**, v. 8, p. 197-224, 2015.

gerada por relacionamento prévio (pessoal ou profissional) entre os advogados da parte e o indicado<sup>252</sup>.

Não se questiona a liberdade na escolha do árbitro e a legitimidade da indicação baseada na confiança, desde que o árbitro nomeado observe os deveres e os princípios éticos inerentes à sua função. A falta de informações disponíveis para a escolha, todavia, pode ser inconveniente. Com efeito, a restrição do conhecimento sobre a atuação do árbitro redundará em insegurança e os males normalmente a ela vinculados: alto custo de informação, barreiras de entrada, assimetrias informacionais e escalada dos custos de transação.

Em síntese, desconhecer a eficiência, capacidade, metodologia na condução do procedimento e a disponibilidade do árbitro para exercer a função, pode levar a decisões erradas, com sérias consequências para a adjudicação jurisdicional nos padrões esperados.

Por outro lado, a falta de transparência acerca da atuação dos árbitros pode proporcionar desconfiâncias e distorções significativas contrariamente à escolha do profissional ou do próprio instituto da arbitragem. Vozes abalizadas criticam a formação de grupos que trocam indicações, barganham influências e favores, compondo uma espécie de “clube”<sup>253</sup>.

A publicação do nome dos árbitros junto com as decisões por eles proferidas oferecerá informações relevantes para a seleção dos árbitros. Os usuários do sistema

---

<sup>252</sup> Neste sentido, Emily Hay afirma que “*One aspect of commercial arbitration which has up to now operated largely behind closed doors is the selection and performance of the arbitrators themselves. Appointments of arbitrators are generally made based on information obtained by counsel through word of mouth and personal experience.*” HAY, Emily. **Winds of Change?** Confidentiality and in International Commercial Arbitration, in 40 under 40 International Arbitration. Catalán de Ocón; Dykinson, S.L.; 2018, p. 241.

<sup>253</sup> Ao tratar dos “clubes de árbitros” Carmona aduz que “Sob uma concepção negativa, existem os conchavos, grupos em que impera a barganha de influências e onde transitam os “árbitros profissionais” de parte (ou os árbitros que são indicados com frequência inapropriada pelo advogado da parte), pautados por trocas de favores, em relação quase clientelista”. CARMONA, Carlos Alberto. Os sete pecados capitais do árbitro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 14, p. 391-406, jan.- mar. 2017.



poderão selecionar os profissionais que entendem mais adequados para a função<sup>254</sup>, beneficiando-se de um critério objetivo segundo dados disponibilizados a todos.

Vale destacar que geralmente os árbitros são profissionais com grande prestígio pelo conhecimento jurídico, em especial na matéria da controvérsia arbitral. O nome do subscritor da decisão pode ser elemento considerável na avaliação de seu conteúdo e raciocínio jurídico, inclusive em composição com o conjunto da obra jurídica pela qual se tornou renomado<sup>255</sup>, sendo este mais um dado a compor a função persuasiva da jurisprudência<sup>256</sup>.

Visto por outro lado, a publicação dos nomes dos árbitros pode ser tomada como uma vantagem em prol dos próprios profissionais que dedicam tempo e atenção ao procedimento, entregando as respostas compatíveis com as esperadas. A fundamentação das decisões arbitrais será a melhor forma de publicidade para os árbitros, pois, uma decisão que demonstrar competência, neutralidade, expertise e capacidade de condução da controvérsia, certamente acrescentará valor à reputação profissional, habilitando seu prolator para próximas nomeações<sup>257</sup>.

Ademais, a divulgação dos nomes dos árbitros oferece condições para que entrantes possam acessar este disputado mercado de atuação. A disseminação do produto do trabalho dos nomes menos afamados, representa uma verdadeira porta de entrada para a comunidade arbitral, alternativa ao networking e ao boca-a-boca<sup>258</sup>.

---

<sup>254</sup> BUYS, Cindy G. The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration. **The American Review of International Arbitration**, v. 14, 2003.

<sup>255</sup> MOURRE, Alexis. **Arbitral Jurisprudence in International Commercial Arbitration: The Case For A Systematic Publication Of Arbitral Awards In 10 Questions**, 2009. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/05/28/arbitral-jurisprudenceininternationalcommercial-arbitration-the-case-for-a-systematic-publication-of-arbitral-awards-in-10-questions/>. Acesso em: 01 mai. 2020.

<sup>256</sup> Segundo anota Steven Guttell, no caso *Steelworkers v. American Mfg. Co.*, julgado pela Suprema Corte Norte-Americana o juiz Brennan "*has identified one reason arbitrations is so useful and disarable. A dispute that requires a high degree of expertise would be better resolved bu one who understands the complicated principles involved. An arbitrator is chosen because of his farness and his expertise in a particular field, thus eliminating the problem of having to educate the tries of the dispute in the intricacies of the disputed matter*". 363 U.S. at. 570. GUTTELL. Steven. M. An analysis of a technique of dispute settlement: the expanding role of arbitration. **U. L. Rev.**, n. 618, 1972-1973.

<sup>257</sup> WEIDEMAIER, W. M. C. Toward a theory of precedent in arbitration. **William and Mary Law Review**, n. 51. issue 5. p. 1919. April 2010. Disponível em: [https://wmlawreview.org/sites/default/files/Weidemaier\\_final.pdf](https://wmlawreview.org/sites/default/files/Weidemaier_final.pdf). Acesso em: 05 mai. 2020.

<sup>258</sup> HAY, Emily. **Winds of Change?** Confidentiality and in International Commercial Arbitration, in 40 under 40 International Arbitration. Catalán de Ocón; Dykinson, S.L.; 2018.

Ou seja, a transparência informacional reduz as barreiras de entrada e propicia uma dinâmica concorrencial mais equilibrada <sup>259</sup>.

Neste sentido, a produção jurídica, tanto do ponto de vista de qualidade quanto de conteúdo é fator que influencia a escolha e indicação do seu autor como árbitro. O *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), instituição arbitral vinculada ao Banco Mundial<sup>260</sup>, afirma em sua cartilha que as decisões e sentenças emitidas são uma fonte importante a ser considerada na seleção de árbitros<sup>261</sup>.

De igual maneira, a publicidade sobre as decisões proferidas funciona como mecanismo de controle da atuação profissional do árbitro. Neste ponto, cabe lembrar que o árbitro exerce atividade jurisdicional outorgada pelo Estado e, portanto, não está livre de exercer este encargo observando os princípios éticos e os interesses sociais, até porque equiparados aos funcionários públicos para fins penais no exercício de sua função<sup>262</sup>.

Do ponto de vista dos usuários do sistema, saber como os árbitros se conduziram em arbitragens passadas permite avaliar, por critérios claros e racionais, se determinado profissional é o mais adequado para indicação em casos futuros <sup>263</sup>. O aumento de transparência quanto ao exercício da função do árbitro colabora para a dissipação de eventuais receios sobre o processo arbitral, aparentemente opaque e dominado por uma comunidade pequena, elitista e bastante fechada<sup>264</sup>.

---

<sup>259</sup> CARMO, Lie Uema do. The social transaction costs of confidentiality in commercial and corporate arbitration: insights from brazil, working paper. Disponível em: [https://www.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/publicresearchleadership/lie\\_carmo\\_the\\_social\\_cost\\_of\\_confidentiality\\_in\\_commercial\\_and\\_corporate\\_arbitration.pdf](https://www.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/publicresearchleadership/lie_carmo_the_social_cost_of_confidentiality_in_commercial_and_corporate_arbitration.pdf). Acesso em: 07 mar. 2020.

<sup>260</sup> A ICSID tem como regra dar publicidade às decisões das arbitragens que administra. As sentenças ficam disponíveis para consulta, geralmente em sua íntegra.

<sup>261</sup> ICSID. How to Select an Arbitrator. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/ICSID%20NewsLetter/January%2017/How-to-Select-an-Arbitrator.aspx#>. Acesso em: 21 jul. 2018.

<sup>262</sup> Lei n. 9.307/96: Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

<sup>263</sup> BUYS, Cindy G. The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration. *The American Review of International Arbitration*, v. 14, 2003.

<sup>264</sup> CLAY, Thomas. Quem são os árbitros internacionais. Abordagem sociológica. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, p. 107-125, jul.-set. 2005.

É certo que a posição de um árbitro sobre determinada matéria possa vir a se alterar. A evolução do seu pensamento jurídico pode ocorrer sob o viés acadêmico, ou mesmo na prática. É perfeitamente factível que o árbitro se depare com motivos para aplicar um entendimento distinto de posição doutrinária anteriormente defendida, acentuado pelo cotejo fático-probatório dos autos<sup>265</sup>. Neste caso terá o julgador a oportunidade de, em sua decisão, expor as razões de seu livre convencimento. Através da motivação clara e coerente o julgador poderá demonstrar o exercício da função arbitral de forma imparcial e neutra, bem como sua cuidadosa avaliação do caso que lhe foi submetido.

Não se pode ignorar que, sem o anonimato, os árbitros tendam a multiplicar as ressalvas, divergências e considerações periféricas (*obiter dicta*). Contudo a exemplo das arbitragens de investimento, em que todas as sentenças são públicas, estas eventuais inconveniências não superam os benefícios obtidos com a formação de jurisprudência<sup>266</sup>.

A divulgação dos nomes dos árbitros não viola o dever de discrição previsto em lei. De igual modo, como acima já se destacou, o sigilo do árbitro limita-se aos dados protegidos e à confidencialidade das questões privadas da arbitragem. A produção intelectual do árbitro, considerada esta como sua percepção crítica do debate jurídico e como conjunto de reflexões de fato e de direito do qual o julgador infere a jurisdição, está além do domínio exclusivo das partes. Acrescente-se que a solução jurisdicional é proferida sob o auspício de atividade outorgada e regulada pelo Estado e de grande interesse social. Portanto, não nos parece haver qualquer impedimento para a divulgação do nome do árbitro signatário da decisão arbitral.

O receio de que, no processo de expurgo dos dados identificadores do litígio venha a se retirar elementos relevantes para a compreensão completa do livre

---

<sup>265</sup> KUYVEN, Fernando. O necessário precedente arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 36, 2013.

<sup>266</sup> MOURRE, Alexis. **Arbitral Jurisprudence in International Commercial Arbitration: The Case For A Systematic Publication Of Arbitral Awards In 10 Questions**, 2009. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/05/28/arbitral-jurisprudenceininternationalcommercial-arbitration-the-case-for-a-systematic-publication-of-arbitral-awards-in-10-questions/>. Acesso em: 01 mai. 2020.

convencimento do julgador é pertinente <sup>267</sup>. Esta apreensão, porém, não representa impeditivo para a divulgação em si, mas um campo de atenção no processo de saneamento do conteúdo a ser publicado.

Ressalte-se que, em não sendo a hipótese de publicação da decisão na íntegra, muito razoável que, após os recortes necessários, o texto seja previamente submetido aos árbitros, os quais poderão sugerir mudanças ou até oporem-se a publicidade, caso prejudicado o alcance completo do entendimento jurídico esposado.

#### 5.5.2 Expurgo dos dados privados e confidenciais

Quanto mais elementos forem divulgados na publicação de decisões jurisdicionais, mais será facilitada a formação de uma jurisprudência arbitral. É isento de dúvida que uma publicação abrangente auxilia na identificação das semelhanças e analogias entre casos, mas não só. A quantidade de informações está diretamente ligada ao interesse de veicular o conhecimento do direito aplicado de forma plena e à compreensão integral do quadro fático-jurídico. A publicação ampla também beneficia a pesquisa por possibilitar a captura através de mecanismos de busca e propiciar vários tipos de recortes.

Como já visto, no Brasil, a publicidade é a regra geral de processo, inclusive arbitral. Portanto, em princípio as decisões arbitrais poderiam ser publicadas em sua íntegra, obviamente excetuando os dados e informações sigilosas, protegidos por lei.

Nos casos nos quais a confidencialidade for estipulada caberia a divulgação das decisões arbitrais com expurgo das referências e elementos que permitam a identificação dos envolvidos e do litígio específico. Esta prática tem sido observada por parte considerável das instituições que divulgam decisões tomadas em arbitragens comerciais (*sanitization*).

---

<sup>267</sup> Esta preocupação foi levantada por Adriana Braghetta por ocasião de sua palestra no VI Congresso CAM-CCBC de arbitragem em outubro de 2019.

Ocorre que, muitas vezes, a preocupação em eliminar trechos confidenciais, sigilosos ou potencialmente comprometedores<sup>268</sup> prejudica o entendimento de como os árbitros chegaram a determinada conclusão e sobre quais bases as decisões foram tomadas<sup>269</sup>.

Com o objetivo de estabelecer um padrão comum e uniforme para a publicação das sentenças arbitrais e decisões procedimentais, respeitando a confidencialidade do procedimento, a Câmara de Arbitragem de Milão, em parceria com a *Università Carlo Cattaneo* (LIUC), publicou um guia de orientação para a anonimização das sentenças arbitrais<sup>270</sup>. O documento é destinado a profissionais de direito, instituições arbitrais, universidades, institutos de pesquisa e aos demais interessados nas sentenças arbitrais para fins científicos ou informativos.

O referido guia é bastante detalhado, sugerindo identificar os principais elementos informativos da sentença e catalogá-los segundo sua classificação propositiva. A classificação recomendada gira, em síntese, no entorno de três grandes eixos, a saber: *elementos identificadores*, *elementos não identificadores* e *elementos essenciais*<sup>271</sup>.

Os *elementos identificadores* seriam aqueles que, objetiva ou subjetivamente, quando combinados com outros dados da sentença, permitem identificar os envolvidos ou o caso específico. São exemplos de *elementos identificadores* os nomes e qualificação das partes (identificação objetiva) e datas e locais específicos dos acontecimentos (identificação subjetiva). Estariam na classe dos *elementos não identificadores* aqueles que não servem para identificar a disputa em concreto. Já os *elementos essenciais* referem-se àqueles necessários para a compreensão da sentença.

---

<sup>268</sup> Muitos críticos apontam que apenas com a supressão dos nomes e qualificação das partes os litígios podem ser facilmente identificados diante de outros elementos constantes da sentença. GRANDA, Fernando Trazegnies. La publicidad en el arbitraje. **Revista de la facultad de derecho PUCP**. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, n. 35/69, 2007.

<sup>269</sup> CRAIG, Laurence; PARK, William; PAULSSON, Jan. **International chamber of commerce arbitration**. 3. ed. New York: Oxford, 2000.

<sup>270</sup> LIUC. Università Carlo Cattaneo. **Guidelines for the Anonymous Publication of Arbitral Awards**. Disponível em: <http://www.camera-arbitrale.it/Documenti/guidelines-anonymous-publication-arbitral-awards.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2020.

<sup>271</sup> A classificação proposta pelo *Guidelines for the Anonymous Publication of Arbitral Awards* é mais extensa e detalhada. Aqui resumidas para facilitar o exame.

As recomendações do guia italiano seguem indicando que os *elementos essenciais* e ao mesmo tempo não identificadores devem ser publicados na íntegra. De igual modo, os elementos não essenciais e não identificadores também devem ser divulgados integralmente, já que não comprometem a anonimização.

No caso de *elementos essenciais e identificadores* estes devem ser omitidos e (i) substituídos por termos genéricos, (ii) substituídos por outros termos específicos de natureza semelhante, quando necessário para o entendimento da sentença, ou (iii) publicados parcialmente para excluir as informações identificadoras. Caso não seja possível obter uma plena compreensão da sentença seguindo o procedimento descrito, a orientação seria de buscar o aprovação das partes e, em não sendo isso possível, a publicação da sentença não deve ser realizada.

O trabalho identifica como informações especialmente sensíveis e que devem ser pontos de atenção (i) o nome dos árbitros, (ii) o número identificador do procedimento institucional, (iii) o local da arbitragem, a lei aplicável e nome da instituição arbitral, (iv) o nome e a identificação das partes, (v) o nome dos advogados, testemunhas, peritos e demais auxiliares, (vi) a convenção de arbitragem, (vii) as datas e locais de assinatura e local da decisão (viii) o idioma da arbitragem, (ix) as datas em geral, (x) os valores (xi) os locais e (xii) os elementos da relação em disputa como, v.g., a natureza e o objeto do conflito, seu contexto econômico e jurídico.

Interessa destacar a recomendação do mencionado guia para a publicidade quanto aos nomes dos árbitros e dos peritos nomeados pelo tribunal, acrescidos da respectiva forma de indicação, bem como a omissão dos termos identificadores dos advogados, testemunhas, partes e seus demais assessores.

De maneira geral, o mencionado guia aponta no sentido de se manterem, de forma mais detalhada possível, as informações do procedimento para permitir a compreensão ampla dos assuntos em discussão. As informações concretas, quando permitirem a identificação do caso, devem ser substituídas por fórmulas genéricas, progressivamente, da mais próxima à mais distante da referência genuína, até que o caso se torne irreconhecível.

O *Guidelines for the Anonymous Publication of Arbitral Awards* recomenda, ainda, que, antes da publicação, seja avaliado se o risco de identificação do caso abrange um extenso grupo de pessoas ou apenas aqueles que tenham algum vínculo com os envolvidos no litígio. De todo modo, a publicação aconselha a não divulgação da decisão se, mesmo após os procedimentos ali indicados, não houver segurança que o caso particular permanecerá sob anonimato.

Compete dizer que, sopesando os valores em oposição, o expurgo dos elementos identificadores do caso confidencial deve se orientar pela proteção das informações privadas e sigilosas sem, contudo, a extremada preocupação em tornar a lide à toda prova irreconhecível. Na maioria dos casos, o anonimato total é impraticável e o saneamento excessivo acabará por desconfigurar a decisão de tal modo que o debate jurídico havido no processo ficará comprometido, impossibilitando a identificação de casos semelhantes.

Sobre este aspecto, Paulsson e Radwing (1995), reiterando o grande valor da divulgação de decisões arbitrais, afirmam que ao longo dos anos reconheceram nas publicações de sentenças arbitrais anonimizadas vários casos dos quais participaram, sem que considerassem isso uma violação da confidencialidade<sup>272</sup>.

Desde 1974 a CCI publica extratos de decisões proferidas em procedimentos por ela administrados. Grande parte do material é divulgado de forma muito resumida e seu conteúdo é geralmente sobre matérias processuais, além do volume muito aquém da quantidade de processos submetidos àquela corte<sup>273</sup>. Cabe dizer que ao longo do tempo vem se observando um claro movimento da instituição para dar maior transparência às suas práticas de arbitragem.

Após 93 anos administrando arbitragens, em 2016, a CCI passou a divulgar os nomes dos árbitros atuantes em seus procedimentos arbitrais e o número de casos

---

<sup>272</sup> PAULSSON, Jan; RAWDING, Nigel. The trouble with confidentiality. **LCIA Arbitration International**, Oxford University Press, v. 11, Issue 3, 1995, p. 303-320.

<sup>273</sup> KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? **Arbitration International**, v. 23, n. 23, p. 357-378, London, 2007. Disponível em: <https://www.arbitration-icca.org/media/4/77507134886347/media01231914308713000950001.pdf> Acesso em: 20 fev. 2020.

em que eles atuam. Em 2019, a entidade adotou como regra geral para novos procedimentos a política de publicar a íntegra das sentenças arbitrais.

No mesmo ano alterou suas regras para substituir o consentimento expresso das partes para a divulgação das sentenças arbitrais por uma aceitação tácita, reduzindo o prazo de publicação das decisões de três para dois anos, contados do fim do procedimento. Caso alguma das partes apresente oposição a CCI se reservou ao direito de publicar a decisão com dados anônimos ou pseudônimos<sup>274</sup>.

A atitude de publicar a íntegra das decisões arbitrais será inquestionavelmente valorosa na formação de uma jurisprudência arbitral e possibilitará a fácil identificação das semelhanças entre os litígios. Contudo, cabe dizer que a contemporaneidade da publicação é fator importante para a atualização do estoque de decisões e para manter atualizado o conhecimento científico.

Nos setores com volatilidade normativa, em casos de choques sociais ou econômicos ou quando se observa inovação legislativa relevante, por exemplo, aguardar alguns anos para dar o conhecimento da jurisdição arbitral pode ser inconveniente ou até implicar na inutilidade da divulgação, em razão da obsolescência a que esta pode vir a se sujeitar.

Não se encontrou critérios predefinidos quanto ao procedimento adotado pela CCI para a exclusão dos nomes e elementos identificadores do caso específico quando da divulgação de decisões arbitrais de forma anônima.

## 5.6 Acessibilidade das decisões

Para que se alcancem os fins desejados para a formação de uma jurisprudência arbitral, bem como para que se atinjam os efeitos informacionais almejados pelo interesse social é necessário que as decisões arbitrais sejam acessíveis. Isto quer

---

<sup>274</sup> ICC. **International Court of Arbitration**. Nota às partes e aos Tribunais Arbitrais sobre a condução da Arbitragem conforme o regulamento de Arbitragem da CCI, jan. 2019. Disponível em: <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration-portuguese.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2020.



dizer que a mera publicação não é suficiente para garantir os efeitos esperados da divulgação e, muito menos, que as decisões arbitrais estejam ao alcance dos interessados.

Para ilustrar a diferença entre acessibilidade e publicação, Weidemaier (2010) anota que, mesmo quando não há publicação, os atores habituais, como advogados e julgadores com intensa participação na prática arbitral têm informação sobre casos anteriores. Por conseguinte, eles são capazes de se aproveitar deste conhecimento em favor de suas posições e interesses argumentativos <sup>275</sup>.

De igual maneira, a publicação dispersa ou em repertórios restritos ou de difícil disponibilidade constitui fator desfavorável. Em alguns casos, o acesso pago aos repositórios representa inacessibilidade para a pesquisa acadêmica, profissionais que se iniciam na área ou que atuam nela de modo eventual, por exemplo. Estas barreiras podem reduzir o conhecimento da jurisdição arbitral, criar assimetrias informacionais e dificultar o conhecimento da jurisdição arbitral e a formação de uma desejada jurisprudência<sup>276</sup>.

Desta maneira, a publicação das decisões arbitrais deve ser feita de forma sistemática, organizada e acessível, privilegiando a facilidade de pesquisa. As decisões devem estar disponíveis, preferencialmente, em formato eletrônico, gratuito e acessíveis pela internet, em conjunto com outras decisões, formando assim um banco de dados de fácil consulta pública e de referência permanente.

É recomendável um breve cabeçalho com os principais assuntos tratados na decisão. Este cabeçalho deve ser redigido observando um tesouro jurídico. Isto é, com vocabulário controlado segundo uma lista de termos jurídicos previamente estabelecida, respeitando a eventual correlação entre os aludidos termos, para evitar ambiguidades.

---

<sup>275</sup> WEIDEMAIER, W. M. C. Toward a theory of precedent in arbitration. **William and Mary Law Review**, n. 51. issue 5, april. 2010. Disponível em: [https://wmlawreview.org/sites/default/files/Weidemaier\\_final.pdf](https://wmlawreview.org/sites/default/files/Weidemaier_final.pdf). Acesso em: 05 mai. 2020.

<sup>276</sup> WEIDEMAIER, W. M. C. Toward a theory of precedent in arbitration. **William and Mary Law Review**, n. 51. issue 5, april. 2010. Disponível em: [https://wmlawreview.org/sites/default/files/Weidemaier\\_final.pdf](https://wmlawreview.org/sites/default/files/Weidemaier_final.pdf). Acesso em: 05 mai. 2020.

Esse procedimento possibilitará a indexação da informação permitindo a rápida identificação das informações jurisprudenciais, a compreensão do teor das decisões e maior precisão na busca de informações, tendo em vista a padronização da linguagem, ao menos no cabeçalho.

Trabalho deste gênero foi realizado pela Comissão Técnica de Jurisprudência, instituída pela Portaria/CJF nº 022, de 28 de setembro de 1992, composta por representantes dos Tribunais Regionais Federais, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, sob a coordenação do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

O tesouro produzido é utilizado para as pesquisas de jurisprudência nos sites do STJ, STF e dos TRFs, e vem sendo constantemente atualizado no âmbito dos tribunais superiores. Atualmente contém cerca de 12.500 termos, acompanhados de suas relações e códigos das categorias nas quais estão inseridos<sup>277</sup>.

Especificamente sobre o cabeçalho, o objetivo é facilitar o processo de pesquisa, não se caracterizando necessariamente como elemento da decisão jurisdicional ou de sua estrutura. Diferentemente da ementa, cujo intuito é resumir a decisão, apresentando a síntese de sua coerência lógica, o cabeçalho, também chamado por alguns de *verbetação*<sup>278</sup>, pode conter apenas as palavras-chave dos temas abordados pela decisão, a exemplo de um índice remissivo.

#### 5.6.1 O papel dos órgãos arbitrais institucionais

Os órgãos arbitrais institucionais ocupam lugar privilegiado para a divulgação das decisões arbitrais. Em primeiro lugar e mais evidente, eles concentram vários

---

<sup>277</sup> BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Vocabulário Jurídico**. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/thesaurus/ajuda\\_thes.jsp](https://scon.stj.jus.br/SCON/thesaurus/ajuda_thes.jsp). Acesso em: 10 mai. 2020.

<sup>278</sup> Segundo Guimarães (2004, p. 67) o emprego do termo *verbetação* “é tecnicamente inadequado, pois, como sedimentado na área de documentação, refere-se ao estabelecimento de verbetes no âmbito de obras de referência – dicionários e enciclopédias – via de regra seguidos de explicações como definições, características, usos etc.” GUIMARÃES, José Augusto Chaves. **Elaboração de ementas jurisprudenciais: elementos teórico-metodológicos**. Centros de estudos judiciários. Série monografias do CEL, v. 9, Brasília, 2004.

procedimentos arbitrais, envolvendo matérias diversas e que são apreciados por tribunais arbitrais com diferentes formações.

Somado a isso, as instituições arbitrais assumem posição equidistante para com os litigantes e relação de neutralidade perante os árbitros. Note-se que, em condições normais, a administração de um procedimento arbitral se efetiva dentro de uma relação de confiança com as partes e com os árbitros. Esta confiança é manifestada pelas partes no momento em que elegem determinada instituição e aderem ao seu respectivo regulamento, e pelos árbitros quando estes concordam em exercer seu mister jurisdicional sob a administração e segundo as regras dos respectivos procedimentais institucionais. Sobre este último aspecto é muito comum que a administração financeira do procedimento e o pagamento aos árbitros seja realizada pela instituição arbitral.

Ou seja, desde a largada, os órgãos arbitrais estão ao abrigo da conjuntura ideal para realizar a eventual seleção e publicação das decisões arbitrais, pois, além de participar e ter acesso a um número considerável de procedimentos, gozam da confiança e da relação de neutralidade frente aos demais atores.

De outro lado, deve se reconhecer que há incentivos para as instituições arbitrais manterem um repositório de decisões proferidas nas arbitragens institucionais como forma de atribuir visibilidade ao trabalho por elas desenvolvido, ainda mais considerando as diversas instituições disponíveis no mercado brasileiro.

Como prestadores de serviço, grande parte do capital dos órgãos arbitrais institucionais vem da reputação que gozam no mercado. Assim como ocorre com os árbitros, a confidencialidade dos procedimentos arbitrais encobre, para grande parte do público, o trabalho realizado por estas entidades.

Ademais, a falta de dados disponíveis dificulta a referência comparativa entre as várias instituições arbitrais, sendo esta mais uma assimetria informacional entre os praticantes habituais da arbitragem e os demais interessados.

Somente aqueles que habitualmente contratam este tipo de serviço conseguem aferir a qualidade e captar a importância da administração do procedimento. A questão é ainda mais acentuada quando se verifica que, na prática, os advogados que redigem os contratos e negociam a cláusula compromissória raramente são aqueles que atuam na fase litigiosa. O resultado é que a instituição arbitral acaba sendo escolhida por advogados que, muitas vezes, desconhecem os regulamentos institucionais e ignoram a relevância das regras estatutárias e a dimensão do controle procedimental.

A carência de conteúdo informacional sobre como agem as instituições arbitrais pode conduzir a escolhas indesejadas, além de aumentar os custos de transação. A falta de transparência neste caso prejudica a livre competição entre os órgãos arbitrais institucionais e tende a colaborar para eventual desconfiança quanto ao sistema arbitral e a isonomia das instituições.

Neste aspecto, é do interesse das instituições que elas possam demonstrar como são estruturadas, imparciais, confiáveis e sofisticadas, bem como que os procedimentos são administrados com rapidez, neutralidade e segurança<sup>279</sup>.

Sob este ponto de vista, a transparência servirá de instrumento democrático para inclusão de novos usuários e de prestação de contas (*accountability*) para os clientes habituais, consolidando seu posicionamento institucional perante a comunidade.

A produção de conteúdo jurídico-científico é outro fator que certamente valoriza a reputação das instituições arbitrais. Deste ângulo, a entidade poderá se fazer percebida pela especialização, qualidade de suas publicações técnicas e pelo conhecimento atualizado, ainda mais quando este for produzido a partir de lides administradas por ela.

---

<sup>279</sup> CARMO, Lie Uema do. The social transaction costs of confidentiality in commercial and corporate arbitration: insights from brazil, working paper. Disponível em: [https://www.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/publicresearchleadership/lie\\_carmo\\_the\\_social\\_cost\\_of\\_confidentiality\\_in\\_commercial\\_and\\_corporate\\_arbitration.pdf](https://www.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/publicresearchleadership/lie_carmo_the_social_cost_of_confidentiality_in_commercial_and_corporate_arbitration.pdf). Acesso em: 07 mar. 2020.

Um exemplo deste fenômeno é o Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo (ISCC). Seu site se tornou referência internacional ao oferecer, além de um sumário de casos administrados, artigos doutrinários sobre a experiência da instituição e orientações de melhores práticas, notadamente quanto a questões envolvendo a impugnação de árbitros <sup>280</sup>. A ISCC também disponibiliza decisões judiciais, suecas e internacionais, sobre o tema da arbitragem, com comentários doutrinários em alguns casos. As decisões da ISCC são publicadas na *Stockholm International Review*, editado pela Universidade de Pepperdine.

A formação de repositório consistente de decisões, inclusive sobre os mecanismos procedimentais previstos nos regulamentos das instituições, por exemplo de impugnação e confirmação de árbitros, gerará confiança e previsibilidade, atraindo usuários, novos e antigos, em busca destes fatores de redução da incerteza e do custo.

Não menos relevante para os órgãos arbitrais é fomentar a percepção de que a instituição promove a atividade jurisdicional de forma séria e eficaz. Para aqueles que redigem as cláusulas compromissórias em geral e, em especial, para os que atuam no sistema arbitral, é importante que a jurisdição seja entregue devidamente, através de um processo íntegro e organizado. Porém, mais do que isto, para a sociedade é fundamental que a arbitragem institucional seja vista e identificada como capaz de contribuir para a justiça e servir de instrumento para resolução de conflitos com isonomia e isenção<sup>281</sup>.

É de se considerar que as instituições arbitrais dispõem de estrutura e corpo técnico especializado, atuante na organização e administração dos procedimentos. A expertise acumulada ao longo de diversos processos, os recursos técnicos e de pessoal disponíveis são ativos que os órgãos arbitrais já possuem e que se mostram úteis e relevantes na seleção do material a ser publicado.

---

<sup>280</sup> LEITE, Antônio Pinto. Papel das Instituições de Arbitragem na Construção da Jurisprudência Arbitral – a Procura das Melhores Práticas. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. XI, n. 41, 2014.

<sup>281</sup> ONG. Colin Yee Cheng, 'Confidentiality of Arbitral Awards and the Advantage for Arbitral Institutions to Maintain a Repository of Awards'. **Asian International Arbitration Journal**, Kluwer Law International, v. 1, n. 2, 2005.

Tratando de arbitragens internacionais, Mourre (2009) aponta que as decisões arbitrais poderiam ser divulgadas por meio de um canal semelhante ao *Case law on Uncitral texts* (CLOUT)<sup>282</sup>. Esta base de dados é mantida pela secretaria da United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), braço das Organizações das Nações Unidas voltado para o direito comercial internacional. Nela são disponibilizados decisões e extratos de decisões de várias nacionalidades, tanto judiciais quanto arbitrais, que tratem dos textos e regras emitidas pela UNCITRAL para o comércio exterior<sup>283</sup>.

No campo doméstico, Kuyven (2013) sustenta que a divulgação em massa das sentenças arbitrais brasileiras poderia ser mais facilmente alcançada caso as instituições arbitrais, além de publicarem suas decisões, alimentassem um banco de dados consolidado. Este conteúdo seria administrado por um órgão governamental ou uma associação dedicada ao desenvolvimento da arbitragem, a exemplo do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr)<sup>284</sup>.

Embora estas sejam propostas que visam ampliar o acesso e facilitar a pesquisa acerca das decisões arbitrais, entendemos que, na prática, ambas são de difícil implantação. Além da necessidade de se eleger uma entidade terceira e neutra como responsável, seriam multiplicadas as despesas e as dificuldades para manter, catalogar e coordenar um banco de dados desta extensão.

Ademais, sem parametrização dos critérios de seleção e de metodologia aplicada tanto na edição de conteúdo, quanto na formatação, não se parece justificar o aumento de custos para a reunião de todo esse material em uma mesma base.

---

<sup>282</sup> MOURRE, Alexis. **Arbitral Jurisprudence in International Commercial Arbitration: The Case For A Systematic Publication Of Arbitral Awards In 10 Questions**, 2009. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/05/28/arbitral-jurisprudenceininternationalcommercial-arbitration-the-case-for-a-systematic-publication-of-arbitral-awards-in-10-questions/>. Acesso em: 01 mai. 2020.

<sup>283</sup> UNCITRAL. United Nations Commission on International Trade Law. **Case Law on UNCITRAL Texts (CLOUT)**. Disponível em: <https://www.uncitral.org/clout/?lf=899&lng=en> Acesso em: 01 mai. 2020.

<sup>284</sup> KUYVEN, Fernando. O necessário precedente arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 36, p. 295, 2013.

Note-se que, mesmo que todo o material estivesse concentrado em uma só plataforma, sem a aludida parametrização a diferença de critérios fatalmente impediria a consulta em escala. Não se alcançariam, portanto, as vantagens esperadas em razão da inorganicidade de indexação das informações e da possibilidade de distorção de uma pesquisa realizada sobre várias bases de dados que, conquanto reunidas, foram construídas sobre premissas diferentes.

Não é desprezível considerar que esta terceira entidade teria que se ocupar em divulgar material colhido em disputas cujos contornos desconhece, porque não os administrou. Haveria um relevante desconforto pelo fato do responsável pela divulgação não deter o controle e sequer poder avaliar se a anonimização dos dados confidenciais foi propriamente executada.

São as próprias instituições arbitrais quem melhor podem medir as informações potencialmente sensíveis e quais os riscos na divulgação de dados extraídos de procedimentos litigiosos que, não raro, envolvem somas importantes. Impende ressaltar que a relação de confiança nutrida pelos partícipes da arbitragem para com a instituição arbitral raramente seria transmitida para uma terceira entidade que supostamente faria tal divulgação.

Não menos importante é que a concorrência saudável entre as instituições arbitrais na divulgação da jurisdição por elas administrada certamente trará frutos para toda a sociedade. Exemplificativamente, isso permitiria que as entidades implementem inovações em seus repositórios de forma mais dinâmica e criem bancos de dados mais amigáveis, na expectativa de atrair a atenção de um número maior de usuários e interessados.

Há ainda outro relevante motivo para que a publicação das decisões arbitrais seja realizada pelas instituições arbitrais. Na maioria dos casos, os órgãos arbitrais realizam muito mais do que a mera organização administrativa dos procedimentos. Com efeito, estas instituições estabelecem regras procedimentais e, muitas vezes, são chamadas a decidir questões fundamentais na busca de solução do litígio. Como exemplo desta realidade coloca-se a apreciação de medidas urgentes antes da

formação do tribunal e os incidentes de impugnação dos árbitros. Em alguns casos são as próprias instituições que apontam o painel que julgará a lide.

Embora inegavelmente sejam os árbitros que possuem a autoridade e competência para exercer e pronunciar a jurisdição, os órgãos arbitrais institucionais realizam uma atividade assemelhada à administração da jurisdição, tanto previamente, por meio de seus regulamentos, como no curso do procedimento, resolvendo eventual questão incidental. As instituições arbitrais exercem atos processuais e administrativos com caráter obrigatório, excedendo uma função meramente passiva como se poderia imaginar para um cartório ou secretaria processante.

Em outras palavras, no momento em que assumem funções de tamanha relevância, as instituições arbitrais ingressam na condição de legitimar o exercício de sua autoridade, também por meio da transparência gerada pela divulgação aqui tratada.



## 6 A DIVULGAÇÃO DAS DECISÕES ARBITRAIS NO BRASIL

Após o julgamento do recurso em processo de homologação de Sentença Estrangeira nº SE 5.206, quando o STF declarou constitucional a lei 9.307/96, dezenas de instituições arbitrais foram criadas. Segundo estimativas, os conflitos administrados pelas principais instituições arbitrais movimentaram quantias superiores a R\$ 87 bilhões entre 2010 e 2017 <sup>285</sup>.

O Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA), fundado em 1997, com o objetivo principal de congregar e representar as entidades de mediação e arbitragem, reúne nada menos do que setenta e oito associados institucionais.

Apesar disso, a publicação de decisões arbitrais não é comum no Brasil. O que se observa é um ínfimo número de sentenças proferidas em arbitragens comerciais domésticas institucionais, publicadas em revistas jurídicas especializadas, de modo esparso e casual. Em grande parte, esta realidade decorre da percepção de que a confidencialidade seria um fator impeditivo ou, no mínimo, dificultador para esta prática.

Nos últimos tempos, um número crescente de advogados, árbitros e acadêmicos vêm defendendo a publicação de sentenças arbitrais, argumentando que a manutenção da arbitragem comercial como uma espécie de ciência secreta traz malefícios, e que o aumento da transparência emprestará maior legitimidade, atratividade e segurança ao sistema arbitral <sup>286</sup>.

---

<sup>285</sup> LEMES, Selma. **Pesquisa – 2018 - Arbitragem em Números e Valores**. Seis Câmaras. 8 anos. Período de 2010 (jan./dez) a 2017 (jan./dez.). Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise%20Pesquisa%20Arbitragens%20Ns.%20e%20Valores-%202010%20a%202017%20-final.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2020.

<sup>286</sup> WIMALASENA, Philip. The Publication of Arbitral Awards as a Contribution to Legal Development – A Plea for more Transparency', **ASA Bulletin**, Ed. Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International, v. 37. n. 2, 2009.

A partir de 2015, o princípio da publicidade foi expressamente introduzido na Lei de Arbitragem<sup>287</sup>. No mesmo ano, editou-se um novo Código de Processo Civil onde se estabeleceu que as cartas arbitrais somente correrão sob sigilo de justiça quando comprovada a estipulação de confidencialidade arbitral.

Em contemporaneidade com o aumento da conscientização sobre a importância da transparência no processo arbitral, muitas instituições arbitrais alteraram seus regulamentos a fim de prever a possibilidade de publicação das decisões arbitrais proferidas em seus procedimentos. Segundo a grande maioria dos regulamentos tal publicação se destinaria a fins científicos.

Ao analisar os regulamentos dos dez órgãos arbitrais que administram o maior número de procedimentos arbitrais no Brasil, verifica-se que em todos eles há disposição expressa acerca da confidencialidade ou sigilo do procedimento<sup>288</sup>.

Sete entre os dez regulamentos anteriormente mencionadas, estabelecem de maneira expressa a possibilidade de divulgação das decisões arbitrais para fins de pesquisa, estatísticos, acadêmicos, informativos ou como referencial, a fim de orientar outras decisões<sup>289</sup>.

---

<sup>287</sup> Embora a alteração legislativa seja referente aos processos envolvendo a administração pública direta e indireta, é possível dizer que houve uma quebra de paradigma quanto a incompatibilidade entre o princípio da publicidade e o processo arbitral.

<sup>288</sup> Segundo o levantamento procedido pelo Comitê de Arbitragem do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (CESA) nos anos de 2016 e 2017, as instituições arbitrais no Brasil maior números de procedimentos administrados no Brasil são, por ordem decrescente: Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC); Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI); Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/Fiesp; Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB); Conselho Arbitral do Estado de São Paulo (CAESP), Câmara FGV de Mediação e Arbitragem; Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM); Centro de Arbitragem e Mediação vinculado à Câmara Americana de Comércio para o Brasil – São Paulo (AMCHAM), Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná (ARBITAC) e Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial (CBMAE).

<sup>289</sup> Há previsão de publicação de decisões arbitrais nas regras da Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) (versão de setembro de 2011, com alterações de abril de 2016); Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. (CCI) (regras prevista na Nota às partes e aos tribunais arbitrais sobre a condução da arbitragem conforme o regulamento de arbitragem da CCI, de 1º de janeiro de 2019); Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/Fiesp (versão vigente a partir de agosto de 2013); Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB) (Versão de agosto de 2019), Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM) (versão de outubro de 2011); Centro de Arbitragem e Mediação vinculado à Câmara Americana de Comércio para o Brasil – São Paulo (AMCHAM) (vigente a partir de outubro de 2018) e Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná (ARBITAC) (versão de maio de 2015).

Todavia, na prática, ainda considerando estas dez instituições, somente a CCI e a Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM) divulgam, ainda que parcialmente, o conteúdo de sentenças e decisões arbitrais em procedimentos por elas administrados.

Interessante notar que a convenção arbitral, instituída entre a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE e seus associados<sup>290</sup>, estabelece que a administração dos respectivos procedimentos será conduzida pela Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem, a qual deverá disponibilizar aos árbitros os extratos de sentenças anteriormente proferidas para efeito orientativo <sup>291</sup>.

Inobstante o reconhecimento da CCEE quanto a importância orientativa das sentenças proferidas em arbitragens pretéritas, os referidos extratos das decisões não são disponibilizados ao público, acadêmicos ou aos demais agentes de mercado.

Ou seja, na realidade atual, não obstante a grande maioria das instituições reconheça em seus regulamentos o interesse científico na publicação das decisões arbitrais, poucas delas adotam esta prática. E, mesmo aquelas que assim procedem, o fazem de maneira francamente diminuta e insuficiente para a construção de um estoque de decisões arbitrais suficientemente vasto e atualizado, permitindo a formação para a formação de uma jurisprudência arbitral com os efeitos que dela se esperam.

## **6.1 Corte Internacional de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI)**

A Corte Internacional de Arbitragem é o órgão de resolução de disputas vinculado à Câmara de Comércio Internacional. Possui uma estrutura central em Paris, França, e secretarias em Hong Kong, Nova Iorque, São Paulo, Singapura e Abu

---

<sup>290</sup> A convenção de arbitragem da CCEE, homologada pela Resolução Homologatória nº 531, de 7 de agosto de 2007 está disponível em [http://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE\\_031552](http://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_031552), acesso em 20/11/2020

<sup>291</sup> Neste sentido dispõe a convenção arbitral celebrada entre os agentes e a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE: “CLÁUSULA 16 - A Câmara disponibilizará aos árbitros do Tribunal Arbitral os extratos de sentenças já proferidas decorrentes desta CONVENÇÃO, que poderão ser consideradas para efeito meramente orientativo.”

Dhabi. A instituição administra procedimentos em todo o mundo, segundo as mesmas regras e padrões internacionais.

Desde a década de 1970, a CCI publica extratos e excertos de decisões proferidas em arbitragens comerciais por ela administradas. São acentuadas as críticas quanto à extrema cautela da CCI na prática da anonimização das decisões, principalmente pela restrição de conteúdo que acaba por dificultar a percepção de similitude e, conseqüentemente, do aproveitamento da publicação.

Importa dizer que, nitidamente, a entidade vem gradualmente ampliando a quantidade e o conteúdo das decisões disponibilizadas. Esta predisposição é especialmente percebida após o ano de 2015, depois que Alex Mourre assumiu a presidência da corte<sup>292</sup>.

A partir de 2016, o órgão arbitral tornou público em seu website os nomes e nacionalidades dos árbitros, função e o método da respectiva nomeação, indicando, ainda, se o procedimento está em curso ou encerrado. Os nomes das partes e de seus advogados não são informados. Na versão de 2017 de seu regulamento interno, a instituição reforça o caráter de confidencialidade dos procedimentos, mas estabelece que o secretário geral da corte tem autoridade para autorizar pesquisadores que realizam trabalhos de natureza acadêmica a tomar conhecimento das sentenças arbitrais e de outros documentos de interesse geral<sup>293</sup>.

No documento denominado *Nota às partes e aos tribunais arbitrais sobre a condução da arbitragem conforme o regulamento de arbitragem da CCI*, de 1º de janeiro de 2019<sup>294</sup>, a organização informa que considera a ampliação das informações disponibilizadas às partes um elemento chave para tornar o procedimento arbitral mais transparente e confiável, afastar críticas inexatas e facilitar o fluxo dos negócios.

---

<sup>292</sup> Alex Mourre sempre se colocou a favor da publicação das decisões arbitrais para possibilitar a formação de uma jurisprudência também na arbitragem internacional. Foi eleito presidente da Corte de Arbitragem da CCI para o triênio de 2015-2018 e reeleito para o mandato de 2018-2021.

<sup>293</sup> Regulamento de Arbitragem da CCI (versão de 2017) – Apêndice II – Regulamento interno da corte internacional de arbitragem.

<sup>294</sup> ICC. **International Court of Arbitration**. Nota às partes e aos Tribunais Arbitrais sobre a condução da Arbitragem conforme o regulamento de Arbitragem da CCI, jan. 2019. Disponível em: <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration-portuguese.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2020.

Especificamente sobre a publicação de sentenças arbitrais, a CCI reafirmou o compromisso da entidade na manutenção desta praxe como fator instrumental para o desenvolvimento de negócios em todo o mundo.

Seguindo esta tendência, a partir de 1º de janeiro de 2019, a CCI rompeu com o costume de solicitar a aceitação expressa para a publicação das decisões arbitrais e passou a incluir em suas regras a aceitação tácita das partes e dos árbitros quanto a esta divulgação. A instituição informa que poderá realizar a publicação integral da decisão, após um período de dois anos contados do fim do procedimento, respeitados os dados sigilosos ou protegidos.

Segundo as regras em vigor, a qualquer tempo antes da publicação, as partes podem apresentar oposição à publicação ou exigir que informações constantes na decisão sejam total ou parcialmente anonimizadas. Em caso de acordo de confidencialidade abrangendo a arbitragem, a publicação da decisão ficará sujeita ao consentimento das partes.

A publicação da íntegra das decisões é, sem dúvida, ideal para que se possa alcançar todos os benefícios da divulgação da jurisdição arbitral. É preciso ressaltar, contudo, que o prazo mínimo de dois anos após o término do procedimento, conforme previsto nas regras da CCI, é fator que, em alguns casos, pode reduzir o interesse sobre a decisão e a contribuição proporcionada pela sua divulgação. Neste período as decisões podem sofrer rápida obsolescência, por exemplo, em casos de choques externos de realidade socioeconômica ou de alterações relevantes no marco legal vigente.

Aguardar um período extenso para a publicação das decisões arbitrais subestima a dinâmica e celeridade do processo arbitral, a criatividade jurídica dos árbitros diante de novos temas e a necessidade de manter atualizado o estoque de decisões destinadas a compor a jurisprudência arbitral.

As sentenças arbitrais da CCI são geralmente publicadas com um sumário da controvérsia e os principais aspectos do quadro no qual ela se desenvolveu, o que é bastante útil para a pesquisa. No site da organização é possível buscar as

informações por assunto e acessar decisões e outros conteúdos, como artigos doutrinários, estatísticas da corte, guias, entre outros. Recentemente, a CCI passou a publicar as decisões relativas a questões processuais em caderno distinto daquelas relativas ao mérito dos litígios.

O acesso ao material, contudo, é pago o que pode representar dificuldade de alcance, principalmente ao trabalho acadêmico. Afora a regra temporal já indicada, falta maior clareza quanto aos critérios de seleção do material divulgado, inclusive para que se possa avaliar a representatividade da publicação ou a linha editorial adotada. O nome dos árbitros nem sempre está disponível, principalmente nas decisões anteriores a 2015. De igual forma, não se verifica uma padronização de formato, apresentação de conteúdo ou campos específicos pesquisáveis, providências que muito facilitariam a busca por informações e similitudes entre casos.

Cabe ressaltar que a CCI é uma organização internacional, com atuação em todas as partes do mundo e foco no comércio internacional. A partir de sua estrutura central coordena os serviços de administração de procedimentos arbitrais em várias jurisdições. Os procedimentos são analisados sob o prisma de diferentes sistemas jurídicos e com incidência das mais diversas leis de regência. Consequentemente, o perfil das publicações da CCI é naturalmente voltado a uma prática internacional. Ou seja, é bastante reduzida a quantidade de decisões proferidas em arbitragens domésticas, já que estas disputam espaço com inúmeras outras, de muitas nacionalidades distintas.

Desta forma, embora louváveis as iniciativas da CCI e o seu empenho para a publicação de decisões arbitrais, até o momento, sua atividade parece ser insuficiente para dar conhecimento da jurisdição arbitral no que tange à ordem jurídica brasileira. Ademais, a divulgação não é realizada com a contemporaneidade e em quantidade adequada para que se possa extrair todos os benefícios de uma jurisprudência arbitral, conforme aqui retratado.

## 6.2 Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM)

Em dezembro de 2018, a CAM deu início à publicação de seu ementário de sentenças arbitrais, contendo decisões proferidas em procedimentos administrados pela instituição. Na publicação, a CAM esclarece que o ementário objetiva emprestar maior transparência ao instituto da arbitragem e refletir o entendimento especializado da aplicação do Direito Empresarial.

Instituída em junho de 2001, a CAM é o órgão de resolução de disputas vinculado à BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros (“BM&FBOVESPA”). Segundo as regras da BM&FBOVESPA as companhias listadas nos seguimentos Bovespa Mais, Bovespa Mais Nível 2, Novo Mercado, Nível 2 e Nível 1, devem, obrigatoriamente, submeter à arbitragem institucional da CAM os conflitos decorrentes de relações societárias ou contratuais, quando disciplinadas pela Lei das S.A., pelos estatutos sociais das companhias ou pelas normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de capitais em geral.

O ementário da CAM apresenta breves resumos das teses e decisões adotadas em procedimentos administrados pela entidade. Atualmente em sua segunda edição, a publicação conta com um total de 34 ementas, divididas em cinco matérias (societário, mercado de capitais, fundo de investimento, engenharia e construção e contratos empresariais em geral). O último capítulo é composto de um índice remissivo. Todo o material é disponibilizado em formato *.pdf* e pode ser baixado, gratuitamente, no site da CAM<sup>295</sup>, o que torna o acesso fácil e democrático.

Como informado no referido documento, as ementas foram, em sua maioria, elaboradas pelos árbitros e disponibilizadas após determinado intervalo de tempo. As decisões são anonimizadas e publicadas após a concordância das partes e dos

---

<sup>295</sup> CAM. Câmara de Arbitragem do Mercado. **2ª Edição do Ementário**, dez. 2019. Disponível em: <http://www.b3.com.br/data/files/0B/03/D4/16/1E8CE610A9724BE6AC094EA8/2019.11.28%20-%20Ementario%20-%202%20publicacao%20-%20portugues%20-%20classificadas.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2020.

árbitros. Seu propósito é servir como referencial facultativo aos árbitros, a fim de orientar suas decisões<sup>296</sup>.

O teor da publicação confirma que são submetidos à CAM assuntos pertinentes principalmente, ao mercado de capitais e de direito societário. As discussões abrangem questões envolvendo os arranjos jurídicos próprios de companhias abertas, sociedades anônimas de capital fechado, sociedades limitadas, corretoras, investidores, fundos de investimento e administradores de carteiras de valores mobiliários, entre outros.

No ementário da CAM são retratados temas relevantes e de interesse coletivo, exemplificativamente, deveres fiduciários de membros de conselho de administração, abuso de poder, chamada extraordinária de capital, destinação de recursos aportados em aumento de capital, dissolução parcial de empresas, exclusão de sócios, cobertura de saldo negativo em conta-margem e lesão a investidores por práticas irregulares de corretagem. Temas processuais também foram objeto de apreciação, *v.g.*, limites da arbitrabilidade da disputa, extensão dos efeitos da cláusula compromissória estatutária, prescrição, inépcia do pedido e legitimidade das partes.

Não se refuta que a publicação oferece informações importantes para o conhecimento do trabalho da CAM e da jurisdição ali aplicada, representando um passo importante rumo à divulgação das decisões arbitrais.

O exame do material, todavia, revela que as ementas são, em sua maioria, resumos bastante sintéticos das sentenças, dificultando a identificação das semelhanças com outros litígios. Não há indicação do nome das partes nem dos árbitros, tampouco é informada a data de prolação da decisão ou do quadro fático envolvido na disputa. Não há uniformidade de edição do conteúdo e não se sabe quais os critérios adotados na seleção dos casos. Tampouco é possível avaliar se eles são

---

<sup>296</sup> Neste sentido, prevê o regulamento de arbitragem da CAM (versão de 2011): 7.10 Periodicamente, a Câmara de Arbitragem produzirá a publicação de Ementário das Sentenças Arbitrais proferidas, agrupadas por temas tratados, as quais poderão ser levadas em conta pelos árbitros, como simples referencial, a fim de orientar suas decisões. A publicação das sentenças suprimirá qualquer elemento que possibilite a identificação do procedimento.



representativos do universo dos procedimentos administrados na CAM ou se seguem alguma linha editorial.

Quanto à utilidade da publicação, é preciso destacar que algumas ementas possuem conteúdo tão reduzido que dificultam a compreensão integral das teses jurídicas em oposição e da construção do racional jurídico adotado pelos árbitros para a solução adotada. Ademais, o número de decisões ofertada no ementário é bastante pequeno considerando o universo de casos julgado pela CAM desde 2001.

Desta maneira, o ementário publicado pela CAM, embora de inegável contribuição para o conhecimento da jurisdição arbitral, poderia ser aprimorado a fim de oferecer melhor e maior conteúdo e facilidade de pesquisa, bem como para atender ao interesse social da construção de uma jurisprudência arbitral com estoque adequado e decisões recentes e sistematicamente atualizadas.

## 7 A EXPERIÊNCIA NA PRÁTICA DAS INSTITUIÇÕES ARBITRAIS

No debate sobre a publicação das decisões e formação de uma jurisprudência arbitral é possível identificar duas esferas de discussão bastante marcadas. Há questões com viés mais conceitual e que envolvem, por exemplo, os temas do aparente antagonismo entre confidencialidade e interesse na divulgação das decisões e a avaliação sobre a concretude da formação de uma jurisprudência arbitral, e, um outro campo, orientado pela prática, onde se abordam os efeitos tangíveis da divulgação das decisões arbitrais e como operacionalizar essa práxis.

No que tange ao segundo ponto, de natureza prática, as instituições arbitrais certamente assumem um papel de destaque. Em grande parte, esta posição decorre não só da vivência na administração de numerosos procedimentos e tribunais com formações variadas, mas também porque são elas os agentes mais indicados para a instrumentalização das publicações das decisões arbitrais<sup>297</sup>.

Todavia, no levantamento dos dados para a elaboração deste trabalho percebeu-se a escassez de material acerca da prática nas instituições arbitrais no Brasil. Diante disso, o trabalho procurou dar voz à experiência, por meio de enquete com as lideranças administrativas<sup>298</sup> dos dez principais órgãos arbitrais em atuação no país <sup>299</sup>.

Entre os objetivos desta pesquisa pode se destacar o exame quanto a identificação adequada das dificuldades para a divulgação das decisões arbitrais, apontadas por este trabalho, bem como a averiguação do interesse prático quanto aos temas e potencial utilidade das sugestões aqui presentes.

---

<sup>297</sup> As razões pelas quais se entende que os órgãos arbitrais institucionais ocupam lugar privilegiado para a divulgação das decisões arbitrais foram expostas no capítulo 5.5.1.

<sup>298</sup> O formulário de pesquisa, cujo modelo está reproduzido no Anexo A, foi encaminhado aos secretários gerais ou principais coordenadores administrativos das dez principais instituições arbitrais com atuação no Brasil.

<sup>299</sup> Tomando por base o levantamento do Anuário da Arbitragem no Brasil, elaborado e publicado pelo Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (Cesa) e publicado em 2018, foram consideradas as dez instituições mais relevantes aquelas que possuíam o maior número de procedimentos, corte que se mostrou convergente com aquelas que administravam os valores mais expressivos em disputa.

Tratou-se de uma sondagem com caráter eminentemente qualitativo. Foram convidados a participar dez profissionais que ocupam a secretaria executiva, ou equivalente, nas principais instituições arbitrais no Brasil<sup>300</sup>. A opção de ouvir estes profissionais teve como objetivo captar a experiência daqueles que lidam com os desafios no dia a dia das instituições, ao invés de colher a posição oficial dos órgãos arbitrais, muitas vezes polida com a formalidade imposta por padrões da política das instituições.

A enquete foi realizada entre junho e agosto de 2020, período no qual se obteve a resposta de sete entre os dez profissionais convidados. Algumas perguntas permitiam que se assinalasse mais de uma resposta<sup>301</sup>. Quando isso ocorreu foram contabilizados todos os resultados.

Como resultado, seis entre os sete dos respondentes afirmaram que a divulgação de decisões e sentenças proferidas em arbitrais comerciais pode servir de orientação prática ou argumento persuasivo em disputas semelhantes. O mesmo percentual afirmou que a publicação das decisões arbitrais constitui material de interesse para fins de pesquisa ou desenvolvimento acadêmico.

Segundo os dados obtidos através deste levantamento, o agente mais adequando para realizar a divulgação de decisões proferidas em arbitrais comerciais domésticas é “A Instituição Arbitral que administra o procedimento” (seis respostas entre sete), seguido por “Instituições Acadêmicas/Pesquisadores” e por “Instituições dedicadas ao desenvolvimento institucional da arbitragem (p.ex. CBar, Conima, outros)”, ambas com duas respostas entre sete.

Entre os maiores desafios e obstáculos para a divulgação das decisões arbitrais, seis entre as sete respostas apontaram para a confidencialidade ou sigilo do procedimento. A presença de regras claras quanto à prática da publicação e a

---

<sup>300</sup> Foram convidados a participar os secretários e principais coordenares das dez instituições mais relevantes, segundo o Anuário da Arbitragem no Brasil, elaborado e publicado pelo Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (Cesa) e publicado em 2018.

<sup>301</sup> Notadamente os enunciados 1, 2 e 3 permitiam múltiplas respostas, as demais questões propostas solicitavam respostas discursivas.

necessidade de anonimização das sentenças foi recorrente em três das sete respostas.

Dois dos sete respondentes mencionaram que a objeção das partes estaria entre as maiores barreiras para viabilizar a publicação. Nenhuma das respostas vocalizou o custo como um entrave para a divulgação de que aqui se trata.

Dois daqueles que responderam a enquete indicaram que a instituição arbitral por eles composta realiza a divulgação das decisões arbitrais sob sua administração. Outros quatro manifestaram que suas respectivas instituições possuem interesse em realizar tal divulgação.

Os que responderam que o órgão arbitral por eles integrados divulga decisões arbitrais mencionaram que atualmente a publicação depende de assentimento das partes. Entre estes, um dos pesquisados afirmou verificar manifestação de objeção das partes à publicação das sentenças em aproximadamente 70% dos procedimentos.

Cumprе destacar que foi possível identificar uma relevante preocupação das instituições arbitrais com a aceitação das partes quanto a divulgação aqui tratada. Os órgãos arbitrais são prestadores de serviços e certamente terão a reputação prejudicada se expuserem seus clientes de forma indesejada.

Este receio é o que explica em grande parte o interesse latente de várias das instituições arbitrais abrangidas pela enquete na publicação de decisões arbitrais, mas sua aparente inatividade quanto ao tema.

A esperança é que a cultura da transparência, que progressivamente vem se impondo na sociedade, e a assimilação dos benefícios da publicação das decisões arbitrais, possam afastar a desconfiança dos atores arbitrais. De igual maneira, acredita-se que a percepção dos incentivos competitivos para as instituições arbitrais<sup>302</sup> muito contribuirá para o propósito da divulgação aqui tratada.

---

<sup>302</sup> Referimo-nos especialmente ao disposto no título 5.6.1

A análise da pesquisa confirma o interesse na divulgação das decisões tomadas em arbitragens comerciais domésticas, bem como que haveria campo para a aplicação prática destes precedentes como orientação ou como argumento persuasivo em disputas análogas.

A grande maioria das respostas atesta a posição privilegiada das instituições arbitrais para realizar a publicação das decisões arbitrais. Igualmente, confirmam que a confidencialidade e instrumentalização dos procedimentos de anonimização das sentenças estão entre os maiores problemas para que se coloque em prática a divulgação das decisões arbitrais.

Os resultados colhidos confirmam as asserções deste trabalho e corroboram que as adversidades para a formação de um ambiente favorável à construção de uma jurisprudência arbitral foram corretamente identificadas, segundo a visão prática daqueles que responderam à enquête.

## **8 DIRETRIZES PARA A DIVULGAÇÃO DAS DECISÕES ARBITRAIS**

Por meio do presente estudo, pudemos constatar que a confidencialidade não é fator inerente às arbitragens comerciais domésticas, sequer é característica presumida do procedimento, sendo um atributo que pode vir aplicado ao processo arbitral se, e quando, contratado.

Verificou-se que há legítimo interesse social na divulgação da jurisdição arbitral em razão de seu relevante papel como fator de desenvolvimento científico e em prol da formação, consolidação e manutenção da segurança jurídica. Para atingir este fim a construção de uma jurisprudência arbitral é muito relevante.

Em linhas gerais, as instituições arbitrais ocupam a melhor posição para atender ao dever de divulgar o produto da atividade jurisdicional arbitral. Entre as maiores perplexidades enfrentadas para a efetivação da publicidade de decisões tomadas em arbitragens comerciais domésticas, são pungentes o receio de ferir o dever de confidencialidade, associado à falta de critérios objetivos que possam orientar a seleção e anonimização do conteúdo a ser divulgado.

Desta maneira, com base na reflexão extraída do presente trabalho, procuramos contribuir para facilitar a prática da publicação das decisões arbitrais, com base nas sugestões que se passa a fazer.

### **8.1 Detalhamento nos regulamentos de arbitragem**

A confidencialidade no processo arbitral comercial é fruto de acordo de vontades, celebrado para excepcionar a publicidade jurisdicional. Seus contornos, em maior ou menor extensão, dependem da convenção particular. Na maior parte das arbitragens institucionais a confidencialidade é regida pelos termos dos regulamentos dos órgãos que administram o procedimento. As partes aderem a estes regulamentos no momento em que optam por contratar determinada instituição. Por seu turno, tais regras também vinculam os árbitros que concordam em exercer suas funções conforme o ali previsto.

Conquanto os regulamentos da maioria das principais instituições arbitrais brasileiras já disponham sobre a possibilidade de realização de publicação de caráter científico, assim como em todo contrato, é conveniente expor de forma clara as obrigações e direitos convencionados. Em particular, podem ser melhor detalhados os limites da confidencialidade, a serem observados por cada um dos atores do processo arbitral, inclusive pessoal de apoio. Igualmente, cabe explorar a autonomia da instituição arbitral de realizar a publicação das decisões arbitrais.

Sem prejuízo da aludida autonomia do órgão arbitral, deve ser facultado às partes a indicação de elementos, dados e informações que consideram sensíveis ou prejudiciais acaso divulgados. O consentimento tácito para a publicação das decisões anonimizadas deve ser incluído nos regulamentos de forma expressa.

Antes da publicação as decisões devem ficar disponíveis aos árbitros para que estes verifiquem se o produto de seu esforço intelectual, i.e. entendimento jurídico e motivação de seu livre convencimento, apresenta-se íntegro.

Os regulamentos institucionais devem conter regras sobre os critérios empregados para a divulgação da jurisdição arbitral, a fim de que os interessados possam conhecer previamente os parâmetros da divulgação. Isso será importante para as partes e árbitros, mas também para que o pesquisador possa levar em consideração na análise dos dados coletados as premissas adotadas.

A divulgação dos critérios utilizados permitirá aferir e facilitar a identificação das similitudes fáticas e jurídicas entre os casos análogos. Além disso, dos racionais apresentados exsurgirão as melhores práticas e, eventualmente, um padrão de mercado, cuja unicidade também favorecerá a pesquisa.

#### 8.1.1 Critérios de seleção

O primeiro critério para a publicação das decisões arbitrais deve ser a quantidade. Isto é, quanto maior a base de dados, melhor a representatividade e diversidade do conhecimento. Especialmente em países de *civil law*, onde a

jurisprudência possui a função precípua de persuasão, o estoque disponível de decisões deve ser alto para que nele possa se encontrar a repetição do debate.

Todas as decisões arbitrais deveriam ser publicadas. Em não sendo possível atingir este ideal, na seleção do material deve-se procurar manter a representatividade das matérias que foram submetidas a arbitragem institucional. Isto é, se, por exemplo, a maioria dos casos em determinado órgão arbitral envolve contratos de engenharia e construção, este assunto deve ser preferencial na escolha do editor.

As novas tendências jurídicas, sejam elas doutrinárias ou legislativas, devem ter prioridade. Na ocorrência de choques sociais ou econômicos as decisões proferidas considerando este novo ambiente devem ser disponibilizadas tão logo quanto possível, sem preocupação quanto ao alinhamento tradicional ou inovador do entendimento jurídico aplicado.

Deve-se privilegiar a divulgação das decisões com caráter geral, apta a atingir o maior número possível de indivíduos. Deverá a instituição arbitral estar atenta à natureza das demandas que compõem sua carteira de casos administrados, bem como quanto ao divulgado em pesquisas científicas na perspectiva de identificar as tendências mais atuais.

Decisões que citam outras decisões, seja para acolher ou rejeitar o raciocínio anterior são importantes para incentivar, conforme a hipótese, a consolidação ou a modernização da jurisprudência tradicional.

As questões processuais ou procedimentais possuem acentuada relevância, pois podem ser mais facilmente destacadas do caso particular para ganhar aplicação em outros litígios. Setores com volatilidade normativa precisam ser mais constantemente atualizados.

Não é aconselhável fixar um critério temporal para a publicação das decisões, tendo em vista que a contemporaneidade da decisão afeta diretamente o interesse sobre ela. De igual modo, a publicação o mais premente possível contribui para manter o conjunto do conhecimento científico atualizado.



Aguardar alguns anos após o fim do procedimento para só então divulgar a decisão acaba por subtrair algumas das vantagens da arbitragem, como a aptidão de entregar a jurisdição de forma célere e dinâmica, bem como expõe à obsolescência a criatividade e competência para inovação que os árbitros, em geral profissionais experientes e especializados, são capazes de oferecer.

De qualquer maneira, é essencial que se mantenha a publicação das decisões arbitrais como prática generosa e sistemática, mantendo-se um fluxo sempre atualizado de julgados, sem prejuízo da preservação e disponibilidade permanente dos dados históricos.

#### 8.1.2 Conteúdo desejável

As decisões arbitrais devem ser disponibilizadas de forma integral ou, quando isso não for viável, de maneira mais ampla e fidedigna possível. É essencial que se possa entender a atividade jurisdicional como fenômeno de formação do Direito e, igualmente, de compreensão de interpretação do arcabouço normativo vigente.

O conhecimento das motivações e dos fundamentos jurídicos da decisão, apresentados de maneira concatenada e lógica, deve ser o principal objetivo da publicação. É muito útil que possam ser apreendidas todas as teses jurídicas em disputa, tenham sido elas acolhidas ou rejeitadas e os respectivos motivos. Na compreensão orientativa da ciência jurídica a tese principal ou vencedora possui a mesma importância das demais controvérsias solucionadas pela decisão.

O contexto fático-jurídico tem importância como dado de premissa, ele deve ser apresentado para emoldurar as discussões e permitir a consciência do cenário dentro do qual se desenvolveu o litígio, proporcionando o alcance integral das argumentações e raciocínios jurídicos. Contudo, estes acontecimentos somente serão essenciais para o interesse coletivo se tomados em consideração na *ratio decidendi*.

O nome dos árbitros e sua forma de nomeação, bem como o nome dos assessores diretos do tribunal, como secretário e peritos, devem ser divulgados. O

incremento da transparência quanto ao exercício da função judicante conferirá maior legitimidade ao processo arbitral. Quanto menos opaque for a arbitragem mais se dissiparão os receios sobre este método de solução de litígios e mais inclusivo será o sistema.

A democratização informacional propiciará critérios mais objetivos de escolha dos julgadores, fomentando uma dinâmica concorrencial mais equilibrada e reduzindo as barreiras para a entrada de novos postulantes.

A prática demonstra que árbitros são muitas vezes indicados por seu renome e profundo conhecimento em determinado assunto. O nome do subscritor pode ser um dado a compor a função persuasiva da jurisprudência e, portanto, deve ser objeto de divulgação.

#### 8.1.3 Critério de expurgo

Quanto mais elementos forem divulgados mais se facilitará a analogia e a referenciação entre as disputas arbitrais. Igualmente, a quantidade de informações permite a análise da decisão sob outros ângulos de pesquisa e de catalogação de dados. Mesmo os temas não identificados como essenciais para a compreensão da controvérsia propriamente devem ser abertos sempre que possível.

O expurgo dos dados e informações contidos nas decisões arbitrais deve ser realizado com muita parcimônia. Seu objetivo principal será o de manter reserva sobre dados sigilosos ou comercialmente sensíveis, a intimidade das partes e reputação das pessoas envolvidas.

No intuito de anonimizar a decisão arbitral caberá ao editor considerar as informações que permitam a identificação do caso concreto, como o nome e qualificação das partes e indireta quando em associação com outros elementos, em especial (i) o número identificador do procedimento institucional, (ii) o local da arbitragem, lei aplicável e nome da instituição arbitral, (iii) o nome dos advogados, (iv) o nome e qualificação das testemunhas, peritos e demais auxiliares dos litigantes, (v) os detalhes da convenção de arbitragem, (vi) as datas e locais de assinatura, (vii) o

local da decisão (viii) o idioma da arbitragem, (ix) as datas em geral, (x) os valores (xi) os locais em geral e (xii) os elementos específicos da relação em disputa como, v.g., um contexto econômico ou jurídico particular.

No processo de anonimização da decisão deve se levar em consideração as peculiaridades intrínsecas da lide como o interesse nos debate circunstancial, mas também as situações extrínsecas, por exemplo, a quantidade de pessoas que poderiam, ao menos em potencial, estarem sob condições semelhantes.

O *Guidelines for the Anonymous Publication of Arbitral Awards*, produzido pela Câmara de Arbitragem de Milão, em parceria com a Università Carlo Cattaneo (LIUC), contém orientações bastante úteis para o expurgo de dados que sirvam de elementos de identificação das partes ou do caso concreto.

Em caso de publicação de decisões arbitrais com expurgo ou substituição de informações é necessário que se indique quando um dado original foi expurgado ou substituído, explicitando sempre que possível a natureza e o critério racional utilizado para a alteração.

Compete dizer que a preservação do debate jurídico e compreensão integral da controvérsia dentro de seus contornos fidedignos deve se sobrepôr à excessiva preocupação com a anonimização do caso em concreto. Inobstante isso, o sigilo, as informações protegidas e a privacidade dos envolvidos devem ser sempre preservadas.

#### 8.1.4 Acesso e formato

Seria recomendável a criação de ambiente virtual dentro dos sites das instituições arbitrais, dedicado a um banco de dados de decisões arbitrais, assegurando acesso gratuito e consulta pública permanente. As decisões devem ser disponibilizadas preferencialmente de forma sistematizada, privilegiando a facilidade de pesquisa.

Convém ser o material oferecido em meio eletrônico pesquisável e segundo um mesmo padrão digital. Sugere-se que o material se faça acompanhar de um cabeçalho com a remissão dos principais assuntos ou expressões, segundo um vocabulário padronizado. Este cuidado propiciará a indexação das decisões e a pesquisa através de critérios e padrões que promovam o acesso ao conteúdo da atividade jurisdicional. Recomenda-se a adoção de um tesouro jurídico.

## CONCLUSÃO

O desafio a que se propôs o presente trabalho foi o de explorar a relevância da divulgação das decisões jurisdicionais das arbitragens comerciais domésticas, possibilitando a criação de uma jurisprudência arbitral. De igual forma, buscou-se elaborar sugestões ou recomendações de cunho propositivo, no intuito de aprimorar a prática no cenário nacional atual.

Para tanto, na primeira parte do estudo se investigou a confidencialidade na arbitragem comercial, especialmente as domésticas. Verificou-se que a confidencialidade representa um incentivo para a opção pela arbitragem comercial, sendo percebida por grande parte dos usuários deste sistema como uma característica inerente ao próprio instituto, mormente na arbitragem internacional.

Aprofundando o exame do tema, pudemos constatar que a confidencialidade não é qualidade intrínseca e nem presumida no processo arbitral brasileiro. Quando incidente, a confidencialidade possui natureza contratual.

Neste contexto, avaliamos os contornos da confidencialidade, distinguindo-a da privacidade e do sigilo da arbitragem comercial. Na sequência, apuraram-se os principais efeitos destes diferentes institutos sobre as partes, os árbitros, os órgãos arbitrais e demais atores centrais dos procedimentos arbitrais.

O trabalho também cuidou de investigar o dever de discrição do árbitro, assinalando que a norma atua precipuamente como regra de conduta ética e funcional, com traços distintos do dever de sigilo ou confidencialidade.

A segunda parte do trabalho se deteve no estudo da natureza jurídica da arbitragem comercial doméstica, concluindo pelo caráter jurisdicional das decisões proferidas nesta espécie de procedimento. Em continuidade, pudemos apontar que a publicidade é um valor importante para a atividade jurisdicional, observando que a regra geral de processo é a da publicidade. E, ainda, que a legislação brasileira, em especial o CPC, presume a publicidade do processo arbitral.

Na terceira parte, exploramos os efeitos e benefícios preponderantes da publicidade da jurisdição, entre eles o de possibilitar a formação da jurisprudência. Sobre o instituto da jurisprudência, tivemos a oportunidade de asseverar sua contribuição social, sua relevância para o conhecimento do direito e desenvolvimento da ciência jurídica, e seu papel na consolidação da segurança jurídica, um bem capital da sociedade que possui dimensão economicamente apreciada.

Foi possível verificar que o interesse social no conhecimento acerca da jurisdição é especialmente presente no caso das arbitragens comerciais, diante da crescente relevância deste meio de resolução de disputas. Soma-se a isso a escassez de jurisprudência judicial sobre temas que tenham vocação arbitral ou, em alguns casos, em que a arbitragem é obrigatória, como no mercado de capitais e de comercialização de energia elétrica.

Observamos que, segundo as características do processo arbitral brasileiro, a autoridade jurisdicional do árbitro é outorgada pelo Estado. A lei regula sua atividade, equipara-o a agente público no exercício da função e eleva sua decisão à semelhança da tutela judicial estatal. Sob esta inferência, apontamos que aqueles que exercem a jurisdição como atividade e função, delegada e regulada pelo Estado, com a finalidade de distribuir a justiça, assumem suas obrigações perante as partes que os elegem, sem perder de vista a compreensão mais ampla da função social de seu encargo. Desta maneira, o exercício do poder da jurisdição deve implicar na responsabilidade de retribuir o conhecimento da jurisdição à sociedade, observando o legítimo interesse coletivo sobre este objeto.

De igual forma, apontamos que a publicação das decisões jurisdicionais arbitrais proporciona maior transparência ao sistema de pacificação de conflitos, conferindo à arbitragem maior segurança, legitimidade e previsibilidade. Este proceder cria condições favoráveis para dissipar os receios sobre o referido método de solução de litígios, tornando-o mais inclusivo e propiciando o seu desenvolvimento.

Estas premissas demonstram que a divulgação da jurisdição arbitral resulta em relevante contribuição para a sociedade, é útil ao desenvolvimento deste meio de resolução de litígios e também é necessária para que se atenda o legítimo interesse

social acerca do conhecimento do Direito e da formação, consolidação e atualização de seu capital jurídico.

No quarto capítulo, enfrentam-se as críticas à formação de uma jurisprudência arbitral. Por meio da análise de estudos realizados em ambientes arbitrais onde há publicidade das decisões proferidas, confirmou-se que a divulgação da jurisdição reproduz efeitos benéficos da jurisprudência. Estes benefícios são geralmente associados a capacidade de persuasão e orientação dos agentes, função jurisprudencial típica em sistemas jurídicos como o brasileiro.

A partir daí, o trabalho se volta para a contraposição entre confidencialidade e a divulgação da jurisdição arbitral. Analisar esta aparente dicotomia mostrou-se relevante, entre outros motivos, pela constatação que a carência da divulgação das decisões arbitrais é, muitas vezes, justificada sob o argumento da confidencialidade, ou no receio de sua violação. Esta realidade acaba por obstar o conhecimento científico, diluir a segurança jurídica e impedir a formação de uma jurisprudência arbitral.

Procedendo à reflexão das análises apresentadas, buscou-se ressaltar o recorte de conteúdo das decisões arbitrais, o mínimo essencial, que deve ser divulgado para atender o interesse social. Na sequência, considerando as pesquisas internacionais realizadas com usuários do sistema arbitral, examinam-se quais as informações e dados que justificariam a conveniência da confidencialidade. Ao se contrastarem os propósitos público e privado, apreende-se que é possível conciliar estes dois interesses e, portanto, a divulgação das decisões arbitrais pode e deve ser procedida.

Em continuação, a interferência da função social sobre a liberdade de contratar a confidencialidade arbitral é avaliada. Neste tópico, concluiu-se que a confidencialidade não pode ser imposta pelos contratantes quando expurgados os elementos privados, aqueles identificadores do litígio e demais dados legalmente protegidos.

O estudo passa a apresentar, de forma mais detida, o teor do que deve ser publicado, explorando critérios para a seleção das decisões, recorte de conteúdo e meios para tornar acessível o conhecimento.

Avaliando o papel dos órgãos arbitrais, conclui-se que estes reúnem as melhores condições para realizar a divulgação das decisões arbitrais. Além de concentrarem vários procedimentos, estrutura técnica e de gozarem da condição de neutralidade na visão dos litigantes e dos árbitros, tais instituições possuem maiores incentivos para manterem um repositório de conhecimento jurídico. A publicação de decisões arbitrais e difusão científica poderá emprestar a estas instituições benefícios reputacionais.

Somado a isso, apontou-se que, geralmente, a atuação destas entidades ultrapassa a mera administração cartorial do procedimento, por exemplo, resolvendo situações de urgência antes de formado o tribunal arbitral, julgando impugnações de árbitros ou até nomeando os julgadores que passarão a ter autoridade jurisdicional. Portanto, também por assumirem esta função, por vezes vinculada à garantia de acesso à justiça, os órgãos arbitrais devem agir de forma transparente e permanecerem atentos ao interesse social acerca da divulgação da jurisdição arbitral.

Feitas estas análises o trabalho se lança à realidade brasileira avaliando a prática da publicação das decisões arbitrais pelas dez principais instituições arbitrais que atuam no país. Neste diagnóstico, foi possível apurar que apesar da maioria das instituições arbitrais prever em suas regras a autorização para publicação das decisões arbitrais, apenas duas efetivam esta política atualmente.

Prosseguindo na análise, apontou-se que a práxis até o momento adotada por estas duas instituições é muito importante, porém, pouco eficiente para a criação de uma jurisprudência arbitral brasileira. Esta prática pode ser aprimorada pela adoção de determinados critérios, conforme os fundamentos levantados ao longo do trabalho.

Sobre a divulgação das decisões de arbitragens comerciais domésticas, o capítulo 7, por meio da análise da pesquisa realizada para este trabalho, vocaliza a



vivência daqueles profissionais que ocupam a liderança administrativa nas principais instituições arbitrais no Brasil.

Do resultado da pesquisa constata-se o interesse na divulgação das decisões arbitrais e sua respectiva eficácia orientativa em circunstâncias análogas. De igual modo, apurou-se que entre as maiores dificuldades para a efetivação da publicidade de decisões arbitrais possuem destacado relevo o receio de ferir o dever de confidencialidade e a falta de critérios objetivos para a seleção e anonimização do conteúdo a ser divulgado. Este testemunho ratificou a problemática levantada no presente estudo como adequada em relação ao tema e evidenciou o interesse pelos temas tratados e o potencial de utilidade prática do trabalho.

Diante desta confirmação, a partir da análise empreendida no decorrer deste trabalho, propuseram-se critérios para a seleção das decisões, estratificação de seu conteúdo, formato de apresentação e meios de publicação. Estas propostas foram elaboradas objetivando que a divulgação das decisões arbitrais possa melhor atender ao interesse da sociedade no conhecimento da jurisdição, facilitar a formação de uma jurisprudência arbitral nacional, respeitando o direito à privacidade e, quando pertinente, a confidencialidade das partes envolvidas no procedimento.

Importa ressaltar que o presente trabalho não tem a pretensão de constituir um modelo definitivo ou guia para a publicação das decisões arbitrais comerciais. A aspiração norteadora foi a de contribuir para favorecer o conhecimento da jurisdição arbitral e para a construção de uma jurisprudência arbitral brasileira, diante dos benefícios que, acreditasse, este fenômeno poderia proporcionar para toda a sociedade.

## REFERÊNCIAS

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional**. São Paulo: Atlas, 2014.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

APRIGLIANO, R. C. Jurisdição e Arbitragem no novo Código de Processo Civil. In: MELO, Leonardo de Campos; Beneduzi, Renato Resende. (Org.). **A Reforma de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 1

ARAÚJO NETO, Pedro Irineu de Moura. A confidencialidade do procedimento arbitral e o princípio da publicidade. **Revista de Informação Legislativa**, v. 53, p. 139, 2016. Disponível em:  
[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril\\_v53\\_n212\\_p139](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p139) Acesso em: 07 fev. 2020.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. (Coleção Saberes do Direito).

BAGNER, Hans. Confidentiality - A fundamental principle in international commercial arbitration. **Journal of International Arbitration** 18, 2001.

BASILIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R. C. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 14, p. 48-51, jul-set, 2007.

\_\_\_\_\_. A teoria autonomista da arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 17, p. 49-53, abr.-jun. 2008.

\_\_\_\_\_. A teoria autonomista da arbitragem. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**, v. 1, p. 667-672, set. 2014.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem**: nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014.

BERGER, R.; CARVALHO, R. V. Em prol da 'jurisprudência' arbitral societária. **Revista de Direito Empresarial**, v. 8, p. 197-224, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Democracia e Segredo**. Rio de Janeiro, Contraponto Editora, 2ª 1ª edição, reimpressão, 2016.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coords.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRAGHETTA, Adriana. A confidencialidade na arbitragem. **Revista do advogado**, n. 119, abr. 2013.

BRASIL. ANEEL. **Resolução Normativa nº 109 de 26 de outubro de 2004**. Disponível em <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2004109.pdf>, acesso em 20 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Resolução Homologatória nº 531, de 7 de agosto de 2007**. Disponível em <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/reh2007531.pdf>, acesso em 20 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Conselho da Justiça Federal - Enunciados da I jornada de direito civil**. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/669>. acesso em 28/08/2020

\_\_\_\_\_. **Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015**. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm) Acesso em: 01 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. STJ. Sup Tribunal de Justiça. **Vocabulário Jurídico**. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/thesaurus/ajuda\\_thes.jsp](https://scon.stj.jus.br/SCON/thesaurus/ajuda_thes.jsp). Acesso em: 10 mai. 2020.

BUCHANAN, J. M. **The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan**. Indianapolis: Liberty Fund, 2000 [1975], v. 7.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1.

BUYS, Cindy G. The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration. **The American Review of International Arbitration**, v. 14, 2003.

BUZAID, Alfredo. Uniformização da jurisprudência. **Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**, n. 34, 1985

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012;

\_\_\_\_\_. CAHALI, F. J. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7 ed. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

CAM. Câmara de Arbitragem do Mercado. **2ª Edição do Ementário**, dez. 2019. Disponível em: <http://www.b3.com.br/data/files/0B/03/D4/16/1E8CE610A9724BE6AC094EA8/2019.1.1.28%20-%20Ementario%20-%202%20publicacao%20-%20portugues%20-%20clasificadas.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1997.

CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. CCEE. **Convenção arbitral celebrada entre os agentes e a Câmara De Comercialização De Energia Elétrica – CCEE.** Disponível em [http://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE\\_031552](http://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_031552), acesso em 20 nov. 2020

CANÁRIO, Pedro. Sigilo é obstáculo à formação jurisprudência arbitral. **Revista Consultor Jurídico**, 31 mai. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-31/sigilo-obstaculo-formacao-jurisprudencia-arbitral-dizem-especialistas>. Acesso em: 12 mar. 2020.

CANETTI, Elias. **Massa e poder**. São Paulo. Companhia das letras, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARMO, Lie Uema do. **The social transaction costs of confidentiality in commercial and corporate arbitration: insights from brazil**, working paper. Disponível em: [https://www.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/publicresearchleadership/li\\_e\\_carmo\\_the\\_social\\_cost\\_of\\_confidentiality\\_in\\_commercial\\_and\\_corporate\\_arbitration.pdf](https://www.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/publicresearchleadership/li_e_carmo_the_social_cost_of_confidentiality_in_commercial_and_corporate_arbitration.pdf). Acesso em: 07 mar. 2020.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. São Paulo: Atlas, 2006,

\_\_\_\_\_. Arbitragem e jurisdição. **Revista de Processo**, v. 58, p. 33-40, abr.-jun. 1990.

\_\_\_\_\_. Arbitragem e jurisdição. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**, v. 1, p. 833-844, set. 2014.

\_\_\_\_\_. Os sete pecados capitais do árbitro. **Revista de arbitragem e mediação**, v. 14, n. 52, p. 391-406, jan.-mar, 2017

CARVALHO, R. V. V. . Em prol da 'jurisprudência' arbitral societária. **Revista de Direito Empresarial**, v. 8, p. 197-224, 2015.

CAVALIEROS, Philippe; KIM, Janet. Can the Arbitral Community Learn from Sports Arbitration? **Journal of International Arbitration**, Kluwer Law International, v. 32 n. 2, p. 237-260, 2015.

CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. **A ineficácia do precedente no sistema brasileiro de jurisdição constitucional (1891-1993)**: contribuição ao estudo do efeito vinculante. Tese (Doutorado), 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto processuale civile**. 2. ed. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1935, v. 1,

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1

\_\_\_\_\_. **Principi di diritto processuale civile**. 2. ed. Nápoles: Jovene, 1923

CLAY, Thomas. Quem são os árbitros internacionais. Abordagem sociológica. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 6, p. 107-125, jul.-set. 2005.

COSTA, Guilherme Recena. Integração contratual, confidencialidade na arbitragem e segredo de justiça. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 13, 2016.

CRAIG, Laurence; PARK, William; PAULSSON, Jan. **International chamber of commerce arbitration**. 3. ed. New York: Oxford, 2000

CRETELLA NETO, José. Quão Sigilosa é a Arbitragem? **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 25, p. 43-70, 2010.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. Nota breve sobre o efeito vinculante. **Revista de Informação Legislativa**, n. 129, 1996.

DARI-MATTIACCI, Giuseppe; DEFFAINS, Bruno. Uncertainty of Law and the Legal Process. **Journal of Institutional and Theoretical Economics**, v. 163, n. 4, p. 627-656, dez. 2007

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**, 6ª ed., vols. I, São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 315

DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. **Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIA, José Eduardo. O judiciário e seus Dilemas. **Revista do Advogado**, São Paulo, AASP, n. 56, set. 1999.

FERRO, Marcelo Roberto. A jurisprudência como forma de expressão do direito. **Revista de Direito Civil - RDC**, n. 51, p. 89, jan.-mar, 1990.

FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de janeiro: Forense, 2019.

FICHTNER, José Antônio et. al. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. **Revista de Direito Privado**, v. 49, p. 227-285, jan.-mar, 2012.

FOLLONIER-AYALA, Alejandro. '¿Jurisprudencia arbitral o precedente arbitral?'. **Spain Arbitration Review**, Revista del Club Español del Arbitraje, España 2017, v. 28, 2017.

FON, Vincy; PARISI, Francesco. Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis. **International Review of Law and Economics**, v. 26, p. 519-535, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=534504>. Acesso em: 01 mai. 2020.

FONSECA, Rodrigo Garcia; CORREIA, André de Luiz. A confidencialidade na arbitragem, fundamentos e limites. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (Coord). **Arbitragem**. Temas contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration**. Edited by Emmanuel Gaillard and John Savage. Kluwer Law International, 1999.

FORBES. **The World's Most Valuable Brands**. Disponível em:  
<https://www.forbes.com/powerful-brands/list/#tab:rank>. Acesso em: 07 fev. 2020.

FRANÇA, Rubens Limongi. **O Direito, a Lei e a Jurisprudência**. São Paulo: RT, 1974.

\_\_\_\_\_. Jurisprudência – Seu caráter de forma de expressão de Direito. **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**, v. 30, p. 273-274, 1974

GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Arbitragem e Outros Meios de Solução de Conflitos em demandas Indenizatórias na Área de Direito da Concorrência. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**, jul-set/2014

GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. **Journal of Empirical Legal Studies**. Volume 1, Issue 3, Nov. 2004

\_\_\_\_\_. The Decline of Trials in a Legalizing Society. **Valparaiso University Law Review**. v.51 (2017) p. 559-577.

GARCEZ, José Maria Rossiani; MARTINELLI, Ivan. **Arbitragem e Mediação**. Temas controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GAUDEMET, Jean. **Institutions de l'Antiquité**. Paris: Sirey, 1967

GICO JR., Ivo Teixeira. O capital jurídico e o ciclo da litigância. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 435-464, dez. 2013. Disponível em:  
[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S180824322013000200003&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322013000200003&lng=pt&nrm=iso) Acesso em: 21 jul. 2018.



GODOY, Claudio Luiz Bueno, **Função Social do Contrato**, São Paulo, Ed. Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Vilmar Luz Graça; BECKER, Daniel. Crime e arbitragem: a posição do tribunal arbitral. **Revista dos Tribunais**, v. 1002, p. 23-44, abr. 2019.

GRANDA, Fernando Trazegnies. La publicidad en el arbitraje. **Revista de la facultad de derecho PUCP**. Pontifica Universidad Católica del Perú, Lima, n. 35/69, 2007.

GRINOVER, Ada Pelegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma novateoria geral do processo. Brasília, Gazeta Jurídica. 2016

GUIMARÃES, José Augusto Chaves. **Elaboração de ementas jurisprudenciais**: elementos teórico-metodológicos. Centros de estudos judiciários. Série monografias do CEL, v. 9, Brasília, 2004.

GUTTELL, Steven. M. An analysis of a technique of dispute settlement: the expanding role of arbitration. **U. L. Rev.**, n. 618, 1972-1973.

HAY, Emily. **Winds of Change?** Confidentiality and in International Commercial Arbitration, in 40 under 40 International Arbitration. Catalán de Ocón; Dykinson, S.L.; 2018.

HORN, Eva. Logics of Political Secrecy. **Theory, Culture & Society** (SAGE, Los Angeles, London, New Delhi, and Singapore), v. 28, n. 7-8, p 103-122, 2011

ICC. **International Court of Arbitration**. Nota às partes e aos Tribunais Arbitrais sobre a condução da Arbitragem conforme o regulamento de Arbitragem da CCI, jan. 2019. Disponível em: <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration-portuguese.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. **ICC Dispute Resolution 2019 Statistics**, disponível em [www.iccwbo.org/dr-stat2019](http://www.iccwbo.org/dr-stat2019), acesso em 15 ago. 2020.

ICSID. **How to Select an Arbitrator**. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/ICSID%20NewsLetter/January%2017/How-to-Select-an-Arbitrator.aspx#> Acesso em: 21 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. **Tables of Decisions in ICSID Cases**. Disponível em <https://icsid.worldbank.org/cases/content/tables-of-decisions>, acesso em 17/11/2020.

INTERBRANDS INC. **Best Global Brands 2019 Rankings**. Disponível em: <https://www.interbrand.com/best-brands/best-global-brands/2019/ranking/>. Acesso em: 07 fev. 2020.

JÚDICE, José Miguel. Confidencialidade e publicidade. Reflexão a propósito da Reforma da Lei de Arbitragem (Lei n. 13.129, de 25 de maio de 2015). In: CAHALI, Francisco José et. al. **Arbitragem**: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua**. Tradução de M. A. Zingano. Porto Alegre: L& PM, 1989.

KASSIS, Antoine. **Théorie générale des usages du commerce**. Cap. VIII, Le mythe de la jurisprudence arbitrale considérée comme une source du droit du commerce internationale. Paris: LGDJ, 1984.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? **Arbitration International**, v. 23, n. 23, p. 357-378, London, 2007. Disponível em: <https://www.arbitration-icca.org/media/4/77507134886347/media01231914308713000950001.pdf> Acesso em: 20 fev. 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998.

KUYVEN, Fernando. O necessário precedente arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 36, p. 295-315, 2013.

LA PORTA, R.; SILANES, F. L.; SHLEIFER, A. **Journal of Political Economy**, v. 106, n. 6, p. 1113-1155, dez. 1998.

LEE, João Bosco. O princípio da confidencialidade na arbitragem comercial internacional. In: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo et al. **Estudos de arbitragem**. Curitiba: Ed. Juruá, 2008.

LEFEBVRE, Stéphane. A brief genealogy of state secrecy. **Windsor Yearbook of Access to Justice**. v. 31, n. 1, 2013, p. 95-114.

LEITE, António Pinto. Papel das Instituições de Arbitragem na Construção da Jurisprudência Arbitral – a Procura das Melhores Práticas. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. XI, n. 41, 2014.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. Tese (Doutorado), 2009

LEMES, Selma. **Pesquisa – 2018** - Arbitragem em Números e Valores. Seis Câmaras. 8 anos. Período de 2010 (jan./dez) a 2017 (jan./dez.), disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise%20Pesquisa%20Arbitragens%20Ns.%20e%20Valores-%202010%20a%202017%20-final.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. **Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos** - Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual? Disponível em: [http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo\\_juri15.pdf](http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf). Acesso em: 06 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Árbitro, conflito de interesses e o contrato de investidura. In: CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma Ferreira. (Org.). **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017.

\_\_\_\_\_. Arbitragem: princípios jurídicos fundamentais. direito brasileiro e comparado. **Revista dos tribunais**, v. 686, p. 73-89, dez. 1992.

\_\_\_\_\_. Arbitragem: princípios jurídicos fundamentais. direito brasileiro e comparado. **Doutrinas essenciais arbitragem e mediação**, v. 1, p. 215-248, set. 2014.

\_\_\_\_\_. (Coord. geral). **Arbitragem e poder judiciário: uma radiografia dos casos de arbitragem que chegam ao judiciário brasileiro** Parceria institucional acadêmico-científica entre a direito GV e o Cbar, 2009. Disponível em:  
<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6542/Caderno%20Direito%20GV%20-%2032.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 04 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos- Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual? **RDM**, v. 134, p. 148-163, abr.-jun 2004.

LEVY, Daniel. Aspectos polêmicos da arbitragem no mercado de capitais. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 27, 2010.

LIUC. Università Carlo Cattaneo. **Guidelines for the Anonymous Publication of Arbitral Awards**. Disponível em:  
<http://www.camera-arbitrale.it/Documenti/guidelines-anonymous-publication-arbitral-awards.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2020.

LOUREIRO, Francisco Eduardo, **A Propriedade como relação jurídica complexa**, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2003.

MACHADO FILHO, C. A. P. ; ZYLBERSZTAJN, Decio . Capital Reputacional e Responsabilidade Social: Considerações Teóricas. **Caderno de Pesquisas em Administração (USP)**, São Paulo, v. 11, n.2, 2004. p. 87-98

\_\_\_\_\_. Responsabilidade Social Corporativa e a Criação de Valor para as Organizações. **Revista de Administração da UNIMEP**, v. 1, n. 1, Setembro / Dezembro – 2003.

MAGALHÃES, José Carlos de; BATISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

MAGALHÃES, Reginaldo Sales. **Lucro e reputação: interações entre bancos e organizações sociais na construção das políticas socioambientais**. Tese (Doutorado), 2010 - Universidade de São Paulo, USP, Brasil, 2010.

MANKINW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Anotações sobre a Arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei do Senado nº 78/92**. Disponível em: <http://batistamartins.com/anotacoes-sobre-arbitragem-no-brasil-e-o-projetode-lei-do-senado-n-7892/> Acesso em: 20 fev. 2020.

MASON, George. **University Law & Economics Research Paper**, n. 05-39 / **Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper**, n. 2005-10. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=869368>. Acesso em: 21 jul. 2018.

MEDINA, José María Chillón; MERCHÁN; José F. Merino. **Tratado de arbitraje privado interno e internacional**. Madrid: Civitas, 1978.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A súmula da jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal. In: MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Teses, estudos e pareceres de processo civil**. São Paulo: RT, 2005, v. 2,

MOURRE, Alexis. **Arbitral Jurisprudence in International Commercial Arbitration: The Case For A Systematic Publication Of Arbitral Awards In 10 Questions**, 2009. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/05/28/arbitraljurisprudenceininternati>

onalcommercial-arbitration-the-case-for-a-systematic-publication-of-arbitral-awards-in-10-questions/. Acesso em: 01 mai. 2020.

NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil Brasileiro, **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT, vol. 12, out/dez, 2002.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 3. ed. São Paulo: RT, 1997.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. As Pautas de Valoração do Conteúdo dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil, in R. LOTUFO – F. MARTINS (coords.), **20 Anos do Código de Defesa do Consumidor** – Conquistas, Desafios e Perspectivas, São Paulo, Saraiva, 2011.

ONG. Colin Yee Cheng, 'Confidentiality of Arbitral Awards and the Advantage for Arbitral Institutions to Maintain a Repository of Awards'. **Asian International Arbitration Journal**, Kluwer Law International, v. 1, n. 2, 2005.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Jurisprudência: da divergência à uniformização**, São Paulo: Atlas, 2006.

\_\_\_\_\_. **Processo Arbitral e Sistema**. São Paulo: Atlas, 2012.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o Método. **Revista de Direito Administrativo**, v. 262, jan.-abr. 2013.

PAULSSON, Jan. International Arbitration and the Generation of Legal Norms: Treaty Arbitration and International Law. **TDM**, 3(5), p. 13, 2006.

\_\_\_\_\_; RAWDING, Nigel. The trouble with confidentiality. **LCIA Arbitration International, Oxford University Press**, v. 11, Issue 3, 1995, p. 303-320.

PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 6, p. 25-36, jul-set, 2005.

REALE, M. **Lições Preliminares de Direito**. 20 ed. ed. São paulo: Saraiva, 1993

REDFERN, Alan ; HUNTER, Martin. **On International Arbitration**. 5. ed. 2009, par. 1.96, p. 33–34, par. 2.145 et seq., p. 136 et seq.

REEB, Matthieu. **The Court of Arbitration for Sport: History and Operation**, in Digest of CAS Awards III 2001–2003, Kluwer Law International, 2004.

REINISCH, August. Chapter VI: Investment Arbitration – The Role of Precedent. In: KLAUSEGGER, Christian; KLEIN, Peter et al. **ICSID Arbitration**. Austrian Arbitration Yearbook 2008, C.H. Beck, Stämpfli & Manz, 2009.

REMY, Alice. **L'Arbitrage International, entre Confidentialité et Transparence**. Disponível em: <http://doczz.fr/doc/639770/l-arbitrage-international--entre-confidentialit%C3%A9-et-trans...> Acesso em: 06 mai. 2019.

ROSA, Renato Xavier da Silveira. **Precedentes no processo civil brasileiro: valorização e efetividade**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade de São Paulo, USP, Brasil, 2013.

RULLI NETO, Antonio. **Função social do contrato**, São Paulo, Saraiva, 2011

SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves notas sobre transparência e publicidade na arbitragem societária. **Revista de arbitragem e mediação**, v. 14, n. 52, p. 63-69 jan.-mar, 2017.

SALVATORI, Carlos Eduardo D'Elia, **Incidência dos Princípios da Boa-fé e da Função Social conforme os Planos do Negócio Jurídico**. Dissertação, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014

SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CORRÊA, André Rodrigues . **Transparência e legalidade como estratégia de valorização da atividade da autoridade tributária**. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 2017

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**: mediação e conciliação, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SHAVELL, Steven. **Economic analysis of litigation and the legal process**. The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series. Disponível em: [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/papers/pdf/404.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/404.pdf). Acesso em: 10 fev. 2020.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**, Trad. Maria Tereza lemos de lima. Curitiba: Juruá, 2006.

STRAUBE, José Frederico. A vinculação das partes e árbitros ao regulamento de arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma Ferreira. (Orgs.). **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017.

THE NETHERLANDS. **Resolution n. 1/2010**. International Commercial Arbitration. Disponível em: <https://la.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=1126&StorageFileGuid=00c7e8579d3a4c63bc5e0c47a1d8079e>. Acesso em: 06 mai. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. III.



\_\_\_\_\_. **O contrato e sua função social**. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014

TIMM, Luciano Benetti; RICHTER, M. S. Reflexões sobre uma análise econômica da ideia de arbitragem no Brasil. In: CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma Ferreira. (Org.). **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1.

TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. A arbitragem, os contratos empresariais e a Interpretação Econômica do Direito. **Direito & Justiça**, v. 33, p. 80-97, 2007.

TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. Uniformização de jurisprudência. **Revista de Processo**, n. 104, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Arbitragem: garantias constitucionais do processo e eficácia da sentença arbitral. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n. 26, set.-out. 2008.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre a estrutura formal da sentença arbitral. In: CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma Ferreira. (Org.). **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. 1ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1.

UNCITRAL. **United Nations Commission on International Trade Law**, October. 2016. Disponível em:  
<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-notes-2016-e.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. **Case Law on UNCITRAL Texts (CLOUT)**. Disponível em:  
<https://www.uncitral.org/clout/?lf=899&lng=en> Acesso em: 01 mai. 2020.

VELASCO, Ignacio Maria Poveda. Direito, jurisprudência e justiça no pensamento clássico (greco-romano). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, n. 101, p. 21-32, São Paulo, jan./dez. 2006.

VERÇOSA, Fabiane; MONEGALHA, Guilherme. Como deve se comportar o árbitro diante de indícios e provas de corrupção? Algumas impressões. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 63, p. 159-189, out-dez, 2019.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência – Segurança jurídica e dever de uniformizar**. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnaldo. A crise e a arbitragem no direito societário e bancário. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 20, p. 9-24, jan-mar, 2009.

\_\_\_\_\_. O espírito da arbitragem. **Revista do IASP**, São Paulo: RT, v. 23, p. 22 e ss., jan.-jun. 2009.

WEIDEMAIER, W. M. C. Toward a theory of precedent in arbitration. **William and Mary Law Review**, n. 51. issue 5, april. 2010. Disponível em: [https://wmlawreview.org/sites/default/files/Weidemaier\\_final.pdf](https://wmlawreview.org/sites/default/files/Weidemaier_final.pdf). Acesso em: 05 mai. 2020.

WIMALASENA, Philip. The Publication of Arbitral Awards as a Contribution to Legal Development – A Plea for more Transparency', **ASA Bulletin**, Ed. Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International, v. 37. n. 2, 2009.

WHITE AND CASE. **2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration**. Disponível em: [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2010\\_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf) Acesso em: 06 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. **2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration**. Disponível em:

<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey-report.pdf> Acesso em: 06 fev. 2020.

YOUNG, Michael; CHAPMAN, Simon. Confidentiality in International Arbitration: Does the exception prove the rule? **ASA Bulletin; Kluwer Law International 2009**, v. 27 Issue 1 p. 26-47.

ZUCCOLOTTO, Robson; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho . **Transparência: aspectos conceituais e avanços no contexto brasileiro** – Brasília: Enap, 2019.

## ANEXO A – FORMULÁRIO DE PESQUISA

### PANORAMA DA DIVULGAÇÃO DAS SENTENÇAS DAS ARBITRAIS COMERCIAIS NA VISÃO DAS INSTITUIÇÕES ARBITRAIS BRASILEIRAS

**Nome do entrevistado:** Clique ou toque aqui para inserir o texto.

**Instituição Arbitral que integra:** Clique ou toque aqui para inserir o texto.

**Cargo ou função:** Clique ou toque aqui para inserir o texto.

1. A divulgação de decisões e sentenças proferidas em arbitrais comerciais pode servir de orientação prática ou argumento persuasivo em disputas semelhantes?

☐ Sim

☐ Não

☐ Não tenho opinião formada/Não quero responder

2. A divulgação de decisões e sentenças proferidas em arbitrais comerciais pode constituir material de interesse para fins de pesquisa ou desenvolvimento acadêmico?

☐ Sim

☐ Não

☐ Não tenho opinião formada/Não quero responder

3. No caso de divulgação de decisões e sentenças proferidas em arbitrais comerciais no Brasil, quem seria o agente mais adequado para assumir este papel?

☐ A Instituição Arbitral que administra o procedimento

☐ Os árbitros que julgam a disputa

☐ Instituições Acadêmicas/Pesquisadores

☐ Instituições dedicadas ao desenvolvimento institucional da arbitragem (p.ex. CBar, Conima, outros)

☐ Outros. Se possível especificar: Clique ou toque aqui para inserir o texto.

4. Em sua opinião, quais os maiores desafios ou obstáculos à divulgação de decisões e sentenças das arbitragens comerciais no Brasil?

Clique ou toque aqui para inserir o texto.

5. A instituição arbitral integrada pelo entrevistado publica decisões e sentenças proferidas nas arbitragens comerciais que administra? Acaso positivo, são adotados critérios para seleção de casos ou restrição de conteúdo? Se possível, queira especificar quais seriam eles.

Clique ou toque aqui para inserir o texto.

- 5.1. Caso a resposta a indagação nº 5 tenha sido negativa, o entrevistado tem conhecimento de alguma iniciativa ou interesse da instituição arbitral a que integra em realizar esta divulgação?

Clique ou toque aqui para inserir o texto.