

A publicidade das arbitragens com a administração pública

Roberta Marques de Moraes Tucci
- Advogada e Mestranda da Faculdade de Direito da USP

SUMÁRIO: I. Introdução. II. O problema da publicidade nas arbitragens. III. Sujeição dos particulares à publicidade do processo arbitral com a Administração Pública. IV. Gestão da informação. V. Limite das informações que devem ser divulgadas. VI. Conclusão. VII. Referências bibliográficas.

I. Introdução

Com o advento da Lei n. 13.129/2015, que alterou a Lei n. 9.307/1996 (Lei de Arbitragem – LArb), dentre outras mudanças, para formalmente autorizar a utilização da arbitragem como método de resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública, aumentou ainda mais o número de processos arbitrais com a presença de entes estatais, seguindo uma tendência que já era observada mesmo antes da inovação legislativa.

Em 2019, levando-se em consideração todas as 277 arbitragens processadas nas maiores oito Câmaras Arbitrais do país, aproximadamente 17% dos procedimentos tinham como parte algum ente da Administração Pública direta ou indireta. Considerando que, no ano anterior, esse percentual representava 9,93%, é possível verificar uma majoração de aproximadamente 80%¹.

Conforme se infere, a viabilidade do instituto não encontra óbice no monopólio jurisdicional por parte do Estado². Muito pelo contrário, com o processo da reforma estatal, em que a Administração Pública passou a atuar de modo específico em ambientes que antes eram estritamente privados, a arbitragem passou a cumprir papel importante para a redução dos custos e riscos transacionais dos contratos administrativos, o que a transforma em uma ferramenta importante de incentivo ao investimento³.

No entanto, ao transplantar o instituto idealizado em âmbito privado à solução de divergências com a Administração Pública, ente que, em última instância, têm por objetivo precípuo a proteção do interesse público, há diversos percalços a serem transpostos.

Na atualidade, o maior desafio é adaptar a arbitragem aos parâmetros da Administração Pública, sem com isso esvaziar sua agilidade e funcionalidade própria, características inatas em um ambiente estritamente privado⁴.

¹ Levantamento de Selma Ferreira Lemes, disponível em <http://selmalemes.adv.br/artigos/Analise-Pesquisa-ArbitragensNseValores-2020.pdf> - acesso em 5/7/2021.

² SALLES, Carlos Alberto de. *A Arbitragem na Solução de Controvérsias Contratuais da Administração Pública*. Tese de livre-docência – FDUSP. São Paulo: 2010, p. 20.

³ SALLES, Carlos Alberto de. *A Arbitragem...* cit., p. 423/424.

⁴ SALLES, Carlos Alberto de. *A Arbitragem...* cit., p. 425.

Nesse passo, é preciso encontrar a justa medida entre a autonomia da arbitragem e os requisitos mínimos da demanda estatal, a fim de que o instituto seja preservado e tenha sua maior eficiência preservada em relação à justiça estatal.

Para Carlos Alberto de Salles, a chave para a adequação da Administração Pública à arbitragem se encontra no que convencionou chamar de *estratégia minimalista*, na qual os condicionantes de Direito Público a serem incorporados devem se limitar aos princípios constitucionais, cujo elemento central é a *accountability*, garantindo, além da escolha apropriada de árbitros, a adequada publicidade da sentença arbitral⁵.

II. O problema da publicidade nas arbitragens

Segundo o artigo 37 da Constituição Federal, atos administrativos da Administração Pública Direta ou Indireta devem obedecer ao chamado princípio da publicidade.

No que se refere à atuação do Poder Judiciário, a Constituição Federal, no artigo 93, IX, também determina, como regra, a ampla publicidade.

Com o advento da Lei n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação - LAI), a publicidade ganhou novo destaque, tendo sido o acesso à informação elevado a direito fundamental e a sua execução garantida em conformidade com os princípios básicos da Administração Pública⁶.

Com a promulgação da LArb, em 1996, o princípio da publicidade não chegou a ser regulamentado de forma direta, entretanto, parte da doutrina já se posicionava de forma contrária ao sigilo nas arbitragens que tinham como parte a Administração Pública, entendendo que deveria ser dada ciência aos interessados a respeito dos atos essenciais do processo arbitral, preservando-se o sigilo dos debates e documentos⁷.

A despeito da desnecessidade de previsão legal, haja vista a determinação constitucional do artigo 37, com a reforma de 2015, a LArb incluiu no artigo 1º, § 3º disposição específica acerca do dever de dar publicidade às arbitragens que envolvam a Administração Pública.

No mesmo sentido, a Lei n. 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), além de reconhecer a arbitragem como meio alternativo de resoluções de controvérsias⁸, seguindo a orientação da LArb, consagrou o dever de publicidade como regra expressa⁹.

No contexto internacional, talvez em razão do impulso que o regulamento da *United Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) e da Convenção de Maurícia de 2017, que

⁵ SALLES, Carlos Alberto de. *A Arbitragem...* cit., p. 426

⁶ Vide art. 3º da Lei n. 12.527/2011

⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 52.

⁸ Vide art. 151 da Lei n. 14.133/2021.

⁹ Vide art. 152 da Lei n. 14.133/2021.

trata justamente sobre a transparência das arbitragens envolvendo a Administração Pública, a divulgação de laudos arbitrais se tornou prática entre a maior parte das Câmaras Arbitrais em todo o mundo, a exemplo do que acontece na Câmara de Comércio Internacional (CCI), que recorrentemente divulga em sua base de dados laudos arbitrais de arbitragens comerciais.

No Brasil, todavia, apesar das Câmaras possuírem regramento capaz de absorver a publicidade das sentenças arbitrais, essa não é uma medida que vem sendo realizada de modo regular e padronizado. Nenhuma das principais instituições faz qualquer publicação de laudos arbitrais com recorrência, a exceção da Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM B3), que passou a publicar um compilado de ementários com a orientação do julgamento¹⁰.

Dado esse notório costume no Brasil, não se pode considerar uma grande surpresa a determinação do Código de Processo Civil de 2015, no artigo 189, IV, segundo o qual tramitação de demandas sobre questões arbitrais deve se dar, como regra, em regime de publicidade restrita.

Nesse ponto, infere-se que o diploma processual acabou por incorporar a prática arbitral como referência para orientação da atuação do Poder Judiciário, deixando de lado a ampla publicidade constitucional que, inclusive, possui disposição reflexa no próprio artigo 11 do Código de Processo Civil.

Bem é de se lembrar, contudo, que o prestígio à confidencialidade não advém de nenhuma disposição específica da LArb. Trata-se de um elemento desenhado pelos próprios particulares, com origem em uma orientação eminentemente contratual. O sigilo, portanto, decorre da previsão na convenção arbitral e jamais de qualquer fundamento legal.

Ocorre que, mais recentemente, o sigilo vem sendo objeto de grande questionamento e não apenas no que se refere às arbitragens que envolvem a própria Administração Pública, mas a todos os processos, inclusive aqueles que contam apenas com sujeitos de direito privado.

Em verdade, à medida que a arbitragem alçou o posto de ferramenta utilizada por segmentos inteiros de mercado, intensificou-se a necessidade de maior transparência do processo.

Parte dessa pressão talvez resulte do fato de que a arbitragem está tomando o espaço que tradicionalmente era reservado ao Poder Judiciário. Pode-se até afirmar que, em determinados e específicos campos, a arbitragem é mais relevante para fins de construção de jurisprudência e uniformização de precedentes¹¹.

No Brasil, seguramente, os dois maiores campos de relevância da arbitragem envolvem obras de infraestrutura e conflitos societários. Por isso que o princípio da publicidade e a arbitragem envolvendo contratos administrativos são temas que possuem uma significativa área de congruência.

¹⁰ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. Confidencialidade vs. publicação de sentenças pelas câmaras arbitrais: das regas às condutas. In: *Análise prática das câmaras arbitrais e da arbitragem no Brasil*. Coord. Ronaldo Vasconcelos et. al. São Paulo: IASP, 2019, p. 364.

¹¹ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. Confidencialidade vs.... cit., p. 364/365.

Sob esse contexto, a publicidade nos processos arbitrais parece estar sofrendo sensível ajuste de rota. Assim, mesmo sem esgotar a matéria, o presente artigo busca endereçar quais os problemas mais prementes.

III. Sujeição dos particulares à publicidade do processo arbitral com a Administração Pública

Diferente do que acontece nas arbitragens privadas, em se tratando de processos que envolvam a Administração Pública, os particulares estariam sujeitos ao princípio da publicidade, vez que essa sujeição advém de lei e independe da vinculação específica contida nas convenções ou nos regulamentos das Câmaras¹².

No entanto, os particulares não estão sujeitos a uma publicidade irrestrita. É preciso que se estabeleça com cautela qual o limite válido para que os participantes dos processos arbitrais possam formular uma eventual oposição.

Mapeando os principais regramentos que relativizam a publicidade no Brasil, identifica-se que, mais uma vez capitaneados pela Constituição Federal, no artigo 5º, LX, o limite de insurgência dos particulares em face da publicidade se centra justamente na defesa do direito à intimidade ou do próprio interesse social, quando ele assim o exige.

O Código de Processo Civil, por sua vez, em seu artigo 189, incisos I e III, faz menção específica ao sigilo quando necessário à proteção do interesse público ou social e ao direito constitucional à intimidade.

A LAI versa no artigo 4º, inciso III, sobre o direito de o cidadão ter acesso às informações, excetuados os casos em que é imprescindível à segurança da sociedade ou do Estado. Nessas hipóteses, aos documentos deve ser conferida a chancela da confidencialidade.

O Decreto n. 7.724/2012, que regulamentou a LAI no âmbito do Poder Executivo federal, ao qual as estatais exploradoras de atividade econômica estão submetidas, dispõe acerca da necessidade de observância ao princípio da publicidade, mas autoriza a divulgação restrita de certas informações que tenham o intuito de assegurar a competitividade das empresas, bem como os interesses de seus acionistas.

Previsão correspondente pode ser identificada na Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD), no artigo 7º, inciso VI, quando, ao se reconhecer a arbitragem como um meio de resolução de disputas, o legislador atribuiu ao processo arbitral o dever de publicidade e, pela via de consequência, o direito/dever de proteção de dados, de forma a evitar a divulgação de informações irrelevantes.

Essa mesma relativização à publicidade é garantida pela Lei n. 9.279/1996 (Lei de Propriedade Industrial) no artigo 206; pela Lei n. 11.101/2005 (Lei de Recuperação e Falências) no artigo 169, além do próprio decreto que regulamenta as arbitragens no setor portuário,

¹² OLIVEIRA, Gustavo Justino. Especialidade do litígio administrativo e especificidades do procedimento arbitral. In: *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*, t. 2. Coord. Celso Fernandes Campilongo *et. al.* São Paulo: PUC, 2017, p. 13.

infraestrutura e afins, o Decreto n. 10.025/2019, no artigo 3º, inciso IV, com o objetivo de proteger o sigilo empresarial.

Disposições similares também podem ser encontradas nos Decretos estaduais do Rio de Janeiro e São Paulo, Decreto n. 46.245/2018 e Decreto n. 64.356/2019, respectivamente, que regulamentam a adoção da arbitragem para dirimir conflitos que envolvam o Estado e/ou suas entidades. Em ambos os diplomas, a publicidade consta como regra geral, ressalvadas apenas as hipóteses de sigilo ou segredo de justiça.

Nesse passo, analisando-se sistematicamente todos os diplomas, é possível inferir que o princípio da publicidade deve ser interpretado de forma relativa ou atenuada. A confidencialidade não obsta a publicidade, mas pode limitar as informações que serão publicadas como forma de garantir e resguardar a intimidade, os segredos empresariais ou a própria competitividade.

Esse entendimento parece ter sido incorporado aos regulamentos das principais Câmaras Arbitrais do país. Ainda que a existência de processos públicos seja figura rara no Brasil, os regramentos, em sua maioria, são capazes de viabilizar a publicidade se assim for requerido pelas partes.

Exempli gratia, no caso da CCI, a previsão é bastante objetiva. Determina-se como regra geral o sigilo, podendo ser reavaliada a requerimento das partes, desde que tomadas todas as medidas para proteger os segredos comerciais¹³.

No mesmo sentido, o regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação Brasil-Canadá (CAM CCBC), cuja previsão determina que, no termo de arbitragem, as partes devem dispor quais informações e documentos podem ser divulgados e a forma adequada para serem acessíveis, resguardando ao Tribunal Arbitral o direito de decidir sobre pedidos de sigilo que sejam formulados, a fim de resguardar direitos de terceiros¹⁴.

IV. Gestão da informação

Ante o dever constitucional da publicidade, nas arbitragens que envolvem a Administração Pública, os entes estatais passaram a se organizar para implantar alguma estrutura de divulgação das informações, viabilizando o acesso público aos atos dos processos.

Ocorre que, em razão da ausência de um padrão específico para todos, essa divulgação e gestão da informação passou a ser feita de forma randômica.

O Decreto n. 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro determinou em seu artigo 13 que compete à Procuradoria Geral do Estado disponibilizar os processos arbitrais que envolvam os entes estatais, sempre que algum eventual interessado assim solicite.

No Estado de São Paulo, por sua vez, o Decreto n. 64.356/2019 previu no artigo 12 que também é da Procuradoria Geral do Estado o dever de disponibilizar o processo arbitral, no entanto, essa providência deve ser implantada de plano, independente da requisição de qualquer

¹³ ICC Arb. Rules, article 22, III

¹⁴ CAM CCBC, RA 15/2016

interessado, devendo os atos do processo arbitral estarem aptos a serem acessados diretamente pela *internet*.

No caso do Estado de São Paulo, cabe ao particular o dever de regular no próprio termo de arbitragem eventual oposição acerca da publicidade irrestrita, a fim de evitar que alguma informação sensível seja divulgada pela Administração Pública.

O Município de São Paulo, entretanto, por meio do Decreto n. 59.963/2020 consignou entendimento diferente daquele consagrado pelo governo estadual. A Municipalidade previu regra similar à da Administração Pública federal com o Decreto n. 10.025/2019, determinando que o dever de publicar é imputado às próprias Câmaras Arbitrais, exceto se houver convenção distinta entre as partes.

Percebe-se, pois, que, dentro de um Estado da federação, é possível existir duas regras distintas acerca da publicidade das arbitragens com entes da Administração Pública, uma aplicável no âmbito estadual e outra no espectro municipal. Essa mesma dualidade de regras é sentida nos métodos de divulgação implantados.

Bem é verdade, porém, que a dispersão da informação em bases diferentes não confere ao cidadão a clareza necessária ao conhecimento das sentenças arbitrais. Sem a pretensão de equiparar os processos arbitrais aos judiciais, o que invariavelmente retiraria toda a coerência do instituto da arbitragem, ainda sim, é preciso implementar uma fonte única de gestão e divulgação dos laudos, atribuindo a determinado ente a responsabilidade para tanto.

Analisando-se a questão sobre o prisma da Lei n. 13.709/2018 (LGPD), talvez o único diploma capaz de conferir algum norte para o deslinde da questão, tem-se que a responsabilidade civil pelo vazamento de informações é imputada àquele que realiza a manipulação dos respectivos dados.

Ainda que a LGPD tenha sido configurada para fins de determinar a responsabilidade sobre informações de pessoas naturais, em raciocínio analógico, assumindo como premissa que as Câmaras Arbitrais são os entes que recebem, tratam e repassam informações de e para terceiros, parece ser mais acertado imputar a esses órgãos o dever de dar publicidade.

Até mesmo porque, a despeito da publicidade constituir dever inerente à Administração Pública, imputar a obrigação de dar publicidade a uma das partes do processo, como determinam os Decretos estaduais do Rio de Janeiro e São Paulo, é atribuir certa dose de parcialidade ao procedimento da publicidade, especialmente quando este ato depender de consenso entre os litigantes.

Nesse passo, parece mais coerente a solução adotada pelo Município de São Paulo e pelo Governo Federal, quando determinam que a gestão da publicidade deve ser realizada pelas Câmaras, relegando-se ao Tribunal Arbitral a autonomia para dirimir quaisquer divergências sobre o tema.

V. Limite das informações que devem ser divulgadas

Retomando a proposta formulada por Carlos Alberto de Salles denominada *estratégia minimalista*, com a qual se busca garantir a menor intervenção possível ao processo arbitral, as informações que devem ser objeto de divulgação representam questão de importância

ímpar, de um lado, para garantir a confidencialidade quando necessária à preservação do interesse público e social e, de outro, para reduzir a assimetria informacional, que pode ser absolutamente prejudicial para a segurança jurídica¹⁵.

Com a reforma da Lei n. 6.404/96 (LSA) em 2001, que viabilizou a inclusão de cláusula estatutária de compromisso arbitral, bem como com o implemento da regra de adesão obrigatória à via arbitral pela B3, para as companhias listadas nos níveis 1 e 2 do Novo Mercado, a arbitragem passou a ser vista no Brasil como elemento diretamente relacionado aos padrões mais elevados de governança corporativa¹⁶.

Mais recentemente, em 2019, com o Decreto n. 10.1025/2019, os contratos portuários e de obras de infraestrutura reforçaram a sinalização do Estado pela preferência à opção da tutela arbitral quando versarem sobre direitos disponíveis da Administração Pública.

Entre todos os efeitos da ausência de publicidade, entretanto, a formação da jurisprudência é talvez o fenômeno mais importante para a compreensão do direito material e a promoção de segurança jurídica¹⁷.

Tendo ocorrido espécie de migração do Poder Judiciário para a utilização da arbitragem, a jurisprudência nesses casos se tornou ferramenta quase que inexistente, restrita apenas aos próprios litigantes do processo e aos respectivos escritórios de advocacia especializados na área.

Aos jurisdicionados, entretanto, a confidencialidade restringiu o conhecimento acerca da interpretação do direito material, o que acaba por impactar diretamente no aumento dos custos de transação e na eficiência do próprio mercado.

O desconhecimento acerca da interpretação que vem sendo conferida às leis impacta diretamente na sua atuação dos agentes de mercado, retirando-lhe a previsibilidade necessária a orientar as suas práticas comerciais.

Em decorrência dessa carência jurisprudencial que vem sendo sentida no Brasil, os órgãos de função fiscalizatória e sancionatória passaram a serem vistos como os principais intérpretes do direito. No entanto, considerando a natureza das suas funções, que não têm por objeto a reparação dos prejudicados, a orientação que se assenta como aquela expoente do direito passou a ser, de tudo, enviesada¹⁸.

Esse é o caso da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e dos Tribunais e Contas (TC), tais órgãos administrativos guardam atualmente um indevido protagonismo institucional, tendo se tornado muitas vezes as únicas referências interpretativas das normas.

¹⁵ PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Arbitragem, confidencialidade e desenvolvimento do Direito Societário e do Mercado de Capitais: O Brasil fez a escolha certa?. In: *Direito Societário, Mercado de Capitais, Arbitragem e Outros Temas*. Coord. Rodrigo Rocha Monteiro de Castro *et. al.* São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 327.

¹⁶ PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Arbitragem... cit., p. 322.

¹⁷ SILVA, Diogo Dias da. *Publicação das decisões arbitrais e jurisprudência – critérios para a formação de uma jurisprudência arbitral*. Dissertação – EDESP/FGV. São Paulo: 2020, p. 55.

¹⁸ PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Arbitragem... cit., p. 330.

Em verdade, a falta de sistematização na divulgação das sentenças e decisões arbitrais em grande medida mantém ocultas questões de relevância social, retirando dos jurisdicionados a possibilidade de seu acesso¹⁹.

A par da evidente assimetria informacional que a confidencialidade nas arbitragens é capaz de criar, a exemplo do que aconteceu com o setor de energia, o mercado começou a se adequar, organizando-se por via própria, na tentativa de dirimir os efeitos do sigilo.

Calcada justamente na premissa de conferir maior estabilidade à atuação dos seus agentes, a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) implementou o regime de adesão compulsória à convenção arbitral entre os associados da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), a fim de que todos os conflitos passassem, necessariamente, a serem dirimidos por arbitragem e, de acordo com o convênio vigente, pela mesma Câmara Arbitral²⁰.

Não fosse apenas isso, com o objetivo de criar uma espécie de sistemática própria de resolução de conflitos, a CCEE implantou convenção arbitral entre todos os agentes que conta com disposição específica de que sejam circulados entre os signatários os extratos de sentenças arbitrais proferidas dentro daquele grupo.

Essa necessidade de divulgação e sistematização da informação não foi sentida apenas pela Aneel. Nos próprios decretos que regulamentam a arbitragens nos Estados e Municípios, restou incluída previsão que atribui o mínimo de orientação para determinar quais as informações devem ser divulgadas.

Tanto no Decreto n. 46.245/2018 do Rio de Janeiro quanto nos Decretos n. 64.356/19 e 59.963/20, do Estado e do Município de São Paulo, respectivamente, entendeu-se como atos do processo arbitral passíveis de serem divulgados as petições, os laudos periciais, os termos de arbitragem e as decisões prolatadas.

Em decisão recente, o TCU avançou ainda mais na extensão da informação que deve ser divulgada pelos entes da Administração Pública em arbitragens, determinando que são passíveis de publicação também as despesas que o erário teve com a instauração do processo, os honorários de árbitros, verbas de sucumbência e despesas periciais²¹.

Além de maximizar o espectro dos atos processuais que deveriam ser públicos, avaliando os efeitos da confidencialidade, o Tribunal de Justiça de São Paulo atacou a própria constitucionalidade do artigo 189, IV do Código de Processo Civil, que confere o direito à tramitação em segredo de justiça dos processos que versem sobre arbitragem²².

No entendimento consignado pela Turma Julgadora, o objetivo da jurisdição é a pacificação social, o que em grande parte decorre da segurança e previsibilidade geradas pelas

¹⁹ SILVA, Diogo Dias da. *Publicação...* cit., p. 62.

²⁰ Disponível em: www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_031552 , cláusula 19 - acesso em 5/7/2021.

²¹ Representação, Ac. 3160/20, Rel. Vital Rêgo, j. 25/11/2020.

²² Agravo de Instrumento n° 2263639-76.2020.8.26.0000, Rel. Cesar Ciampolini, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP, j. 02/03/2021.

sucessivas decisões proferidas pelo Poder Judiciário, consolidando precedentes e formando jurisprudência²³.

Nesse prisma, o acórdão asseverou que o artigo 189, IV caminha em sentido oposto às previsões constitucionais do artigo 5º, LX e artigo 93, IX, segundo as quais a publicidade apenas poderia ser restringida para salvaguardar a intimidade e o interesse social.

Dentro da conjuntura em que a confidencialidade na arbitragem atualmente se insere no Brasil, e, paralelamente, do avanço na utilização do instituto, que acabou se tornando referência em governança corporativa, um grupo de trabalho formado em 2018 pelo Ministério da Economia, com apoio técnico do Comitê de Governança Corporativa da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), desenvolveu relatório que, dentre outras questões, apontou sugestões de aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção a investidores e acionistas minoritários no Brasil, concluindo que a legislação brasileira não está adequada aos padrões mundiais de publicidade²⁴.

Sinteticamente, o relatório produzido assentou que, a despeito de não existir no Brasil mandamento legal que impute a confidencialidade aos processos arbitrais, essa é a prática absoluta de mercado, com apenas algumas raras exceções²⁵.

Com efeito, questionando a escolha pela via do sigilo como meio de garantir e preservar a própria continuidade do instituto da arbitragem, o relatório sugeriu um aumento da transparência dos processos arbitrais, como forma de atribuir maior eficiência aos meios de *enforcement* brasileiros, e de maximizar a proteção dos minoritários no mercado acionário²⁶.

Bem é verdade que atualmente as arbitragens apenas estão sujeitas à divulgação pelas companhias abertas se os respectivos litígios se enquadram no conceito de “fato relevante”, segundo a disposição do artigo 157, § 4º da LSA.

Nesse caso, apenas devem ser informados os processos que possam de alguma forma influir de modo ponderável na decisão dos investidores de comprar ou vender valores mobiliários ou na própria cotação das ações.

A disposição da LSA foi regulamentada pela CVM, na Instrução 358/02, no entanto, ainda sim, a norma carrega um grande nível de subjetividade e as informações que compõe as notas de fato relevante não são suficientes para compreensão dos objetos dos processos pelos jurisdicionados.

Isso porque, a doutrina dos fatos relevantes busca tutelar o dever de transparência das companhias para com o mercado, em que os destinatários de proteção nesse caso são os

²³ Agravo de Instrumento nº 2263639-76.2020.8.26.0000, Rel. Cesar Ciampolini, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP, j. 02/03/2021, p. 7.

²⁴ Disponível em <https://www.oecd.org/corporate/ca/Shareholder-Rights-Brazil.pdf> - acesso em 5/7/2021.

²⁵ Disponível em <https://www.oecd.org/corporate/ca/Shareholder-Rights-Brazil.pdf> - acesso em 5/7/2021, p. 16.

²⁶ Disponível em <https://www.oecd.org/corporate/ca/Shareholder-Rights-Brazil.pdf> - acesso em 5/7/2021, p. 92/93.

acionistas e os investidores diretamente afetados por aquelas informações, o que é diferente no caso da publicidade²⁷.

A publicidade tem por objetivo tutelar o interesse geral, não apenas daqueles diretamente envolvidos na relação comercial, mas de toda a sociedade. E nesta questão, propriamente, a Instrução n. 358/02 é insuficiente²⁸.

Atendendo às sugestões da OCDE, na tentativa de endereçar o problema, recentemente, a CVM submeteu à Audiência Pública minuta de resolução que propõe alterações na Instrução n. 480/09, que trata do registro das companhias que negociam valores mobiliários perante a autarquia, para inclusão de uma nova espécie de comunicação obrigatória²⁹.

A Autarquia optou por tentar resolver a questão da publicidade não pela via da instrução de fato relevante, mas pela instrução que trata do próprio registro das companhias perante a CVM, o que, mais uma vez, demonstra a dualidade entre transparência de mercado e publicidade.

Na justificativa da minuta de resolução, em linha com o relatório da OCDE, a CVM afirma que os deveres de comunicação hoje existentes não são suficientes para dar aos investidores a visibilidade adequada sobre as demandas que envolvem a companhia e que, muitas vezes, envolvem discussões que interessam a coletividade dos investidores, e não apenas aqueles diretamente afetados³⁰.

A reforma proposta nesse caso tem por objetivo implementar nova espécie de informação obrigatória às companhias listadas denominada “comunicado sobre demandas societárias”.

O referido comunicado passará a ser exigível a todos os emissores registrados na Categoria A perante a CVM, que são aquelas companhias autorizadas a emitir qualquer tipo de valor mobiliário, e, por força do artigo 173 da Constituição Federal, as estatais exploradoras de atividade econômica submetidas ao regime de concorrência estariam sujeitas.

Em suma, o que se pretende pela CVM é transformar em informação obrigatória todas as demandas societárias em que a companhia, seus acionistas controladores ou seus administradores figurem como partes e que envolvam direitos e interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos ou nas demandas em que possa ser proferida decisão cujos efeitos possam atingir a esfera jurídica da companhia ou de outros titulares de valores mobiliários de emissão do emissor que não sejam partes do processo³¹.

²⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves notas sobre a transparência e publicidade nas arbitragens societárias. In: *Processo Societário*. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti. J. Pereira. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 40.

²⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves notas... cit., p. 41/42.

²⁹ Disponível em: http://conteudo.cvm.gov.br/audiencias_publicas/ap_sdm/2021/sdm0121.html - acesso em 2/7/2021.

³⁰ Disponível em: http://conteudo.cvm.gov.br/audiencias_publicas/ap_sdm/2021/sdm0121.html - acesso em 2/7/2021, p. 3.

³¹ Vide artigo 1º do projeto de Alteração da ICVM 480/09.

O conceito de demandas societárias, por si só, traria grande amplitude às informações que passariam a ser publicadas, o que inclui processos judiciais ou arbitrais, cujo objeto trata de matérias societárias ou de mercado de valores mobiliários.

Na divulgação obrigatória proposta pela CVM, passariam a ser divulgados o nome das partes, os valores do litígio ou direitos envolvidos, principais fatos, pedidos, decisões provisórias, jurisdição dos árbitros, impugnação aos árbitros, sentenças de mérito e propostas ou acordos firmados no curso da arbitragem³².

No que se refere especificamente às convenções arbitrais, na justificativa de alteração da instrução, a CVM esclareceu que fugia do escopo da audiência pública discutir as cláusulas do regulamento das Câmaras Arbitrais, entretanto, na visão da autarquia, a previsão de sigilo é inadequada, quando não, incompatível com a resolução de certos conflitos de mercado³³.

A alteração proposta, por isso, não visa impor às Câmaras um dever de transparência. De toda forma, a autarquia entendeu por bem consignar que as informações tidas como obrigatórias na nova instrução CVM não poderiam ser afastadas por convenções ou regulamentos privados³⁴.

A minuta foi submetida à audiência pública e a proposta recebeu algumas críticas da comunidade jurídica, notadamente acerca da possibilidade de que a divulgação de tantas informações passasse a ser utilizada como ferramenta de controle do Poder Executivo, em área que propriamente é destinada à convenção dos particulares.

Formalmente, em resposta à audiência pública, foram apresentadas algumas recomendações de ajustes ao texto por notáveis associações ligadas à arbitragem, associações, Câmaras Arbitrais e escritórios de advocacia.

Infere-se de todas as manifestações alguns pontos comuns, tais como a sugestão de supressão da divulgação de propostas de acordo que ainda não tenham sido celebradas ou finalizadas, vez que poderia gerar grande especulação por parte dos agentes de mercado e a sua publicidade não apresenta grande relevância prática.

Relativamente à divulgação do inteiro teor dos laudos arbitrais, poucas foram as objeções. Existiram manifestações pugnando pela divulgação apenas de um breve resumo da sentença arbitral e não do seu inteiro teor, no entanto, de modo geral, prevalece o entendimento de que a norma deve ser mantida, oportunizando a sistematização da divulgação e a criação da tão necessária jurisprudência.

Quanto à divulgação do nome dos árbitros, privilegiando a segurança física e reputacional dos profissionais, diversas foram as manifestações para supressão da obrigatoriedade

³² Vide artigo 2º do projeto de Alteração da ICVM 480/09.

³³ Disponível em: http://conteudo.cvm.gov.br/audiencias_publicas/ap_sdm/2021/sdm0121.html - acesso em 2/7/2021, p. 4.

³⁴ Disponível em: http://conteudo.cvm.gov.br/audiencias_publicas/ap_sdm/2021/sdm0121.html - acesso em 2/7/2021, p. 4.

de divulgação. No entendimento do mercado, haja vista o fato de que o tribunal arbitral exerce um *mínus* temporário, esse dispositivo poderia imputar riscos desnecessários à atuação³⁵.

Não fosse apenas isso, as manifestações deduziram, ainda, que a divulgação do nome dos árbitros poderia trazer impactos quanto ao dever de divulgação, maximizando sobremaneira a obrigação legal, bem como implicações atinentes ao que se convencionou denominar *forum shopping*, por meio do qual os profissionais seriam quase que categorizados de acordo com o mérito de suas decisões.

De toda forma, tratando-se de regulação de dimensão importante, dentro de um contexto de certa instabilidade da matéria, a regra da CVM poderá implementar uma nova realidade às arbitragens brasileiras. Alguns foram os excessos do legislador societário, no entanto, de maneira geral, a nova regulamentação foi vista com bons olhos pelo mercado e caminha no mesmo sentido da experiência internacional: a garantia quanto ao dever de publicidade.

A mudança deverá ser sentida não apenas pelas estatais sujeitas ao regime de concorrência que se subsumam ao regramento da CVM, mas pelo próprio instituto da arbitragem, uma vez que, por serem as arbitragens comerciais aquelas as de maior número no país, a regra capitaneará todo o seguimento.

VI. Conclusão

Ante o contexto atual, infere-se que a confidencialidade atribuída às arbitragens vem causando sensível prejuízo à formação do direito e a unificação dos precedentes, o que acaba por impactar na própria credibilidade do instituto.

Não se trata propriamente da inconstitucionalidade do artigo 189, inciso IV do Código de Processo Civil, tal como consignou o Tribunal de Justiça de São Paulo, haja vista a essência contratual do procedimento. Em verdade, busca-se o desenvolvimento da ciência para adequação do *status* por ela mesmo adquirido, relativizando a máxima da confidencialidade que acabou por ser estratificada.

A arbitragem alçou posto de ferramenta ímpar em matéria de governança corporativa e solução de litígios complexos no Brasil e diante do volume de casos, necessita se transformar.

Notadamente no âmbito das arbitragens em que participa a Administração Pública, a ausência de sistematização das informações publicadas não confere à sociedade conteúdo informacional satisfatório.

Nesse passo, a fim de incentivar a perpetuação e expansão da arbitragem como alternativa de resolução de conflitos tanto públicos quanto privados, é preciso maior regulação no que se refere ao *accountability*³⁶.

O estabelecimento de normas cogentes para atribuir segurança na divulgação das informações, implementando orientação única ao agente que será responsável pela divulgação

³⁵ Manifestação da B3 disponível em: http://conteudo.cvm.gov.br/audiencias_publicas/ap_sdm/2021/sdm0121.html - acesso em 5/7/2021, p. 3.

³⁶ SALLES, Carlos Alberto de. *Op. cit.*, p. 426

dos dados, ou mesmo para determinar qual o limite de sujeição do particular a essa publicidade e o espectro de informações que necessitam ser divulgadas.

A realização de uma base única para consulta das informações também é medida essencial para conferir o regular acesso da sociedade e contribuir para a formação da jurisprudência.

A CVM parece ter inaugurado a regulamentação dessas questões para as arbitragens comerciais, o que, naturalmente, acabará impactando a Administração Pública por meio das empresas estatais.

No entanto, a alteração proposta à Instrução 480 não deve ser recepcionada como a panaceia para todos os males. Faz-se necessário regramento específico sobre o tema, que reorganize os regulamentos das Câmaras Arbitrais e verse de forma pormenorizada sobre cada uma das questões suscitadas.

A exata medida desse regramento irá proporcionar não apenas segurança jurídica, como também poderá garantir a autonomia do instituto da arbitragem, resguardando-o do controle do Poder Judiciário e da arbitrariedade das Câmaras Arbitrais.

VII. Referências bibliográficas

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. Confidencialidade vs. publicação de sentenças pelas câmaras arbitrais: das regras às condutas. In: *Análise prática das câmaras arbitrais e da arbitragem no Brasil*. Coord. Ronaldo Vasconcelos *et. al.* São Paulo: IASP, 2019.

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

LEMES, Selma Ferreira. Pesquisa 2020. Disponível em <http://selmalemes.adv.br/artigos/Analise-Pesquisa-ArbitragensNseValores-2020.pdf> - acesso em 5/7/2021.

MONTEIRO, André Luis; BENDUZI, Renato. *Report on arbitral proceedings involving collective rights of minority shareholders*. In: OECD (2020), *Private Enforcement of shareholder rights: A comparison of selected jurisdictions and policy alternatives for Brazil*, 2020.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. Especialidade do litígio administrativo e especificidades do procedimento arbitral. In: *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*, t. 2. Coord. Celso Fernandes Campilongo *et. al.* São Paulo: PUC, 2017.

PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Arbitragem, confidencialidade e desenvolvimento do Direito Societário e do Mercado de Capitais: O Brasil fez a escolha certa?. In: *Direito Societário, Mercado de Capitais, Arbitragem e Outros Temas*. Coord. Rodrigo Rocha Monteiro de Castro *et. al.* São Paulo: Quartier Latin, 2021.

SALLES, Carlos Alberto de. *A Arbitragem na Solução de Controvérsias Contratuais da Administração Pública*. Tese de livre-docência – FDUSP. São Paulo: 2010.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves notas sobre a transparência e publicidade nas arbitragens societárias. In: *Processo Societário*. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti. J. Pereira. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

SILVA, Diogo Dias da. *Publicação das decisões arbitrais e jurisprudência – critérios para a formação de uma jurisprudência arbitral*. Dissertação – EDESP/FGV. São Paulo: 2020.