

6. A relativização da confidencialidade na arbitragem; companhias abertas

The relativization confidentiality in arbitration; open share companies

(Autores)

ANA TEREZA BASILIO

Diretora de Mediação e Arbitragem do Instituto Brasileiro dos Advogados. Membro da Comissão de Direito Empresarial da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Vice-Presidente de Direito das Telecomunicações do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Professora convidada do Curso de Pós-Graduação em Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas, desde 2004. Membro do Conselho Editorial da Revista de Arbitragem da Revista de Direito Mercantil e Mercado de Capitais. Presidente da Câmara de Mediação e Arbitragem da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado do Rio de Janeiro, desde dezembro de 2004 a dezembro de 2006. Advogada.

THIAGO LINS

Mestre em Direito Civil na UERJ. Pós-Graduado em Direito Civil-Constitucional pela UERJ. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil. Diretor de Direito das Telecomunicações do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Integrante da lista de árbitros do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Professor convidado de Direito Privado Patrimonial da PUC-Rio. Advogado.

Sumário:

I - Confidencialidade e privacidade:

II - A qualificação jurídica do direito à confidencialidade

III - A análise normativa do direito à confidencialidade na arbitragem

III a - Aspectos gerais

III b - As companhias abertas e o Novo Mercado

IV - Os critérios para a verificação do direito à confidencialidade na arbitragem

V - Conclusão

Área do Direito: Comercial/Empresarial

Resumo:

Neste artigo, os autores analisam a confidencialidade, o seu conceito e distinção da privacidade. Avaliam, ainda, se o direito à confidencialidade é absoluto ou deve, em determinadas circunstâncias, ser mitigado. O artigo apresenta exposição de regras normativas que norteiam o direito à confidencialidade e regulamentos de Câmaras de Arbitragem, a fim de demonstrar que a confidencialidade não é inerente e inafastável em processos arbitrais. Há capítulo especial dedicado à análise das arbitragens envolvendo litígios societários, em especial aqueles referentes a companhias abertas submetidas ao regime do "Novo Mercado". O artigo propõe, por fim, critérios para verificação, no caso concreto, da necessidade de mitigação da confidencialidade à luz dos princípios da legalidade e da proporcionalidade.

Abstract:

In this article, the authors analyze the confidentiality, its concept and distinction of the privacy. It is analyzed, also, whether the right to confidentiality is absolute or it can be mitigated. The article even does a normative analysis of the right to confidentiality in the law, rules of Arbitration Chambers, with the pursuit to prove that the confidentiality is not inherent in arbitrations. There is a special chapter that analyses arbitrations involving commercial disputes, especially those in which the parties are companies of the "New Market". In the end, the article proposes parameters to verify, in each case, the need to mitigate the confidentiality, based on the lawfulness and proportionality principles.

Palavra Chave: confidencialidade - mitigação - litígios societários - proporcionalidade.

Keywords: confidentiality - mitigation - commercial disputes - proportionality.

I. - Confidencialidade e privacidade:

Confidencialidade, como é de conhecimento geral, consiste na característica sigilosa atribuída a determinada informação, que, pelas suas peculiaridades, não poderá ser divulgada, em razão de disposição legal ou contratual.

A confidencialidade poderá, assim, alcançar temas objeto de um contrato e, por conseguinte, de um processo arbitral, já que a arbitragem tem sua gênese em negócio jurídico bilateral - a cláusula compromissória - e visa a, preponderantemente, dirimir disputas contratuais, via de regra ajustadas pelas partes sob regime de sigilo. Por isso, é corrente a assertiva de que a arbitragem consagra, como regra geral e padrão predominante, o dever de confidencialidade sobre todos os atos praticados no processo arbitral, com efeitos vinculantes àqueles que dela participam, inclusive peritos ou testemunhas. E aí reside característica relevante da arbitragem, em oposição ao processo judicial, no qual a regra geral é a publicidade de seu conteúdo e o sigilo é circunstância excepcional, enumerada no art. ^{RTD} 155 do ^{RTD} [CPC/1973](#), que comporta interpretação restritiva.

A privacidade, por outro lado, por ser um direito fundamental previsto no art. ^{RTD} 5.º, X, da ^{RTD} [CF/1988](#), é um instituto mais amplo e abrangente do que a confidencialidade, pois não se limita ao caráter confidencial de um documento, como um contrato, ou de uma informação. A privacidade é, atualmente, muito mais do que *the right to be let alone*, fruto do liberalismo individualista. Constitui um mecanismo de controle do uso e da circulação de informações pessoais, tanto aquelas relacionadas à intimidade - dados sobre a vida privada de um indivíduo - quanto aquelas concernentes à sua posição política e ideológica, já que a divulgação dessas informações poderá gerar discriminação e outras transgressões ao direito à dignidade da pessoa humana, de cariz constitucional. Como acentua Stefano Rodotà, "o objeto do direito à privacidade amplia-se, como efeito do enriquecimento da noção técnica da esfera privada, a qual compreende um número sempre crescente de situações juridicamente relevantes". ¹

No âmbito da arbitragem, costuma-se asseverar que a privacidade complementa a confidencialidade, pois enquanto esta constitui dever das partes de não divulgar o conteúdo da arbitragem, a privacidade impediria que terceiros, estranhos ao processo, tenham acesso às informações sobre atos praticados no seu âmbito. ²

Exposta a distinção e contextualização da confidencialidade em relação à privacidade, cumpre minudenciar a sua qualificação jurídica, de modo a perquirir se a confidencialidade é inerente ao processo arbitral ou se poderia ser temperada, e até mesmo afastada, em certas circunstâncias que envolvam interesse coletivo ou desafiem interesse público.

II. - A qualificação jurídica do direito à confidencialidade

Inicialmente, e antes de enfrentar a polêmica a respeito de a confidencialidade ser ou não indissociável da arbitragem, ou seja, se o direito à confidencialidade constitui direito absoluto, convém analisar se, no âmbito da ciência jurídica e da ordem constitucional, poderia se cogitar da categoria de direitos absolutos.

De acordo com a interpretação civil contemporânea, não se pode conceber que existam direitos absolutos, mesmo naqueles direitos dotados de oponibilidade *erga omnes*, como os direitos reais, que se sujeitam a regras limitativas impostas pela função social do direito de propriedade, consagrada na Carta Política (art. ^{RTD} 5.º, XXIII, da ^{RTD} CF/1988). Isso porque, de acordo com o postulado essencial da historicidade dos institutos de Direito Civil, "tudo assume uma dimensão histórico-relativa", devendo-se, pois, avaliar, em cada caso, o merecimento de tutela do interesse presente em cada situação jurídica subjetiva, ou seja, em cada direito, poder, faculdade, etc. ³

Já, portanto, no plano abstrato, é possível vislumbrar a impropriedade científica de classificar qualquer direito e, obviamente, o direito à confidencialidade - de origem contratual ou legal - como absoluto. Mesmo naqueles casos que, porventura, envolvam segredo de Estado, não se pode, propriamente, classificá-los como imunes a qualquer controle, se algum interesse, na hierarquia de valores constitucionais, se mostrar mais relevante ou, se esse segredo, já em outro contexto histórico, não merecer mais guarida, como, por exemplo, ocorreu com a exibição pública de arquivos confidenciais da ditadura do Estado Novo de Vargas e da mais recente ditadura militar.

O interesse público, muitas vezes, impõe a quebra do sigilo do procedimento arbitral, como se dá em arbitragens envolvendo a Administração Pública. E a possibilidade de a Administração Pública inserir cláusulas compromissórias em seus contratos é notável no cenário legislativo brasileiro, como preveem, v.g, a Lei das Parcerias Público-Privadas (art. 11, III, da Lei 11.079/2004), ⁴ e o recente Dec. 8.465/2015, que se destina a dispor sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário.

Há exemplos, de igual modo, do mesmo fenômeno no exterior. Nos famosos casos *Methanex Corp v Estados Unidos* ⁵ e *Aguas Argentinas et al v. República da Argentina*, ⁶ admitiu-se que terceiros ingressassem em processo arbitral, na condição de *amici curiae*. No primeiro caso, que envolve os Estados Unidos da América, a Corte assentou que aquela arbitragem envolvia um " *undoubtedly public interest*" e que, assim, a admissão do *amicus curiae* poderia evitar danos ao procedimento, como se vê do seguinte excerto: "in this regard, the Tribunal's willingness to receive amicus submissions might support the process in general and this arbitration in particular; whereas a blanket refusal could do positive harm". ⁷ O segundo caso trata de litígio envolvendo contrato celebrado entre diversas sociedades privadas e a República da Argentina, ou seja, o Estado. Ali, houve petições para admissão de partes não envolvidas para participarem como *amici curiae*, como, por exemplo, uma petição de organizações não governamentais.

Como se vê, a confidencialidade não é um dogma e nem pode ser invocada como uma espécie de regra pétrea arbitral. Ao contrário, trata-se de prerrogativa das partes, de natureza relativa, e por isso mesmo,

sujeita, a critério do legislador, a balizamentos e até mesmo à sua vedação. Como salienta José Emilio Nunes Pinto: "A confidencialidade não deve e não pode ser vista como um artifício para que se consagrem decisões irrecorríveis à margem da Ética, servindo como uma cortina de fumaça para ocultar o andamento do procedimento arbitral". ⁸

Não pode existir, passe o truísmo, espaços de "não direito" imunes a qualquer controle (v.g. *non liquet*), seja no âmbito do direito público ou mesmo do direito privado, ⁹ tendo em vista, inclusive, a plena eficácia das normas e valores constitucionais sobre as relações privadas, como aponta, *inter plures*, a clássica doutrina de Paulo Bonavides. ¹⁰ O debate sobre o tema não é, puramente, afeito à academia. Haverá, inevitavelmente, em numerosas circunstâncias, a colisão entre o princípio da publicidade e a contratada e desejada confidencialidade. Exemplo marcante desse confronto se dá nas arbitragens envolvendo a Administração Pública e, em menor escala, em lides arbitrais com repercussões relevantes em companhias abertas, com ações negociadas em bolsa.

Se, de um lado, a confidencialidade, a especialidade dos árbitros e a celeridade são consideradas, por larga tradição dos sistemas romano-germânico e da *common law*, ¹¹ como vantagens do processo arbitral, não podem elas, por outro prisma, serem vistas como dogmas, *rectius*, como direitos absolutos e intangíveis.

No novo Código de Processo Civil, que dedica à arbitragem consistente e aperfeiçoada disciplina, a confidencialidade estipulada em processo arbitral passa pelo crivo jurisdicional, pois deve ser "comprovada perante o juízo", para se decretar o segredo de justiça na execução da sentença arbitral (art. ^{RTD} 189, IV, do ^{RTD} CPC/2015). Assim, também dispõe a Lei 13.129/2015, que alterou a Lei 9.307/1996, a Lei de Arbitragem, em seu art. 22-C: "Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro. Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem".

Não por acaso, o Poder Judiciário de países como a Austrália e a Suécia, respectivamente, nos notórios casos "Esso" ¹² e "Bulbank", ¹³ vem admitindo não ser a confidencialidade inerente ao procedimento arbitral ¹⁴.

Faça-se apenas um adendo, no sentido de que, em certos casos, em que não há específica previsão legal, contratual ou regulamentar, pode-se admitir o respeito à confidencialidade em uma arbitragem, se, por exemplo, a informação nela envolvida disser respeito a uma determinada informação, comercial ou concorrencial, estipulada num contrato já findo e sobre a qual não se convencionou, expressamente, o sigilo. Isso porque, incide, no âmbito do Direito das Obrigações, a cláusula geral da boa-fé objetiva e seus deveres imanentes de lealdade e crença (*treu und glaben*), que se aplicam às fases pré-contratual, contratual e pós-contratual, atingindo, pois, relações contratuais já encerradas. É o que se costuma denominar de pós-eficácia das obrigações, considerando que, mesmo após a extinção delas, permanece vigente o dever anexo de lealdade das partes, provindo da boa-fé objetiva. ¹⁵

Em perspectiva semelhante, Jose Emilio Nunes Pinto sustenta que a confidencialidade é uma expectativa das partes tutelada sob o manto da boa-fé objetiva, que cria um dever lateral de proteção a determinadas informações e, assim, seria, segundo o autor, "inerente a todo o procedimento", ¹⁶ embora admita algum temperamento ao sigilo.

A nosso ver, a confidencialidade não é inerente à arbitragem, pois não se pode falar, em abstrato, em imposição da confidencialidade ou seu afastamento, sem considerar as circunstâncias concretas de cada caso, que modulam a aplicação da boa-fé objetiva (arts. 113 c/c 111 do ^{RTD} CC/2002) ¹⁷ e, de resto, do direito civil, inclusive nas relações contratuais. ¹⁸ Nada impede, portanto, que, diante de determinado

caso concreto, o intérprete jurídico - como, por exemplo, o intérprete autêntico, o árbitro - analise se determinada arbitragem deve ser mantida sob o manto da confidencialidade, e conclua por fim, por afastá-la ou mesmo impô-la, ainda que à míngua de previsão contratual vigente e expressa ou, ainda, de disposição legal específica ¹⁹.

Em sentido semelhante, Rafael Gagliardi sustenta que não há um dever geral de confidencialidade a ser imposto, automaticamente, no procedimento arbitral, embora afirme ser possível qualificar, no caso concreto, a confidencialidade como corolário da boa-fé objetiva ²⁰.

Nesse contexto, é válida a alusão à arguta observação de Luiz Olavo Baptista de que, embora haja omissão sobre a confidencialidade em certas leis que regem, no mundo, a arbitragem, não se pode afirmar, ali, necessariamente, que a obrigação de sigilo não exista, ²¹ ainda que as partes ou determinado regulamento da Câmara de Arbitragem não a tenham, expressamente, contemplado. Como afirma o eminente autor, esse raciocínio se aplica naqueles casos sem decreto de segredo de justiça, nos quais se exige a existência de *justa causa* para que terceiros venham a ter acesso às peças de um processo. Acrescenta que esse exame da justa causa "poderia ser aplicado às arbitragens, mas implicaria na necessidade de haver alguma pessoa responsável pela decisão sobre o interesse do terceiro, o que não parece prático, já que a jurisdição dos árbitros se esgota com o cumprimento de sua missão". ²² Pode-se ainda afirmar que a celeridade, esta sim inerente à arbitragem, seria prejudicada com sucessivos requerimentos de interessados naquelas causas propensas a despertar interesse de terceiros. O ilustre Professor parece concluir que a confidencialidade não é inerente à arbitragem, ²³ mas ressalva que a maior parte das empresas busca a confidencialidade, seja por segredos comerciais a serem desvendados por competidores ou, também, para evitar impactos no mercado pela divulgação de determinados litígios, valores e obrigações. ²⁴ E isso, por outro lado, também não pode ser desconsiderado pelo intérprete.

Feitos esses apontamentos, conclui-se que o direito à confidencialidade não é nem absoluto, nem inerente à arbitragem, embora seja salutar ao instituto.

III. - A análise normativa do direito à confidencialidade na arbitragem

III. a - Aspectos gerais

Estabelecida a premissa de que a confidencialidade não é um direito inerente à arbitragem e comporta análise, em cada caso concreto, à luz de vários parâmetros (contrato, lei, regulamento e a cláusula geral de boa-fé objetiva), não se pode criticar a Lei de Arbitragem, ao prever, singelamente, um direito à discricção, em seu art. 13, § 6.º Carlos Alberto Carmona comenta sobre a previsão do direito à discricção:

"quer-se do árbitro *discricção*, já que entre as vantagens da solução arbitral está o sigilo, que garante às partes um foro reservado para tratar de suas disputas. 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". ²⁵

O vocábulo discricção é menos abrangente do que sigilo, pois, como o próprio ilustre autor leciona, diz respeito "ao ambiente discreto em que [o árbitro] atua". A obrigação de sigilo dos árbitros, por outro lado, é exigida se decorrer da lei, da convenção das partes, do regulamento de entidade arbitral ou dos princípios e cláusulas gerais (como a boa fé-objetiva). E não será impositiva, ademais, nas hipóteses em que, como se verá a seguir, há uma mitigação legal ao sigilo, plenamente válida à luz do princípio da

legalidade, previsto no art.  [5.º, II](#), da  [CF/1988](#).

A Lei 13.129/2015, que alterou dispositivos da Lei de Arbitragem de 1996, prevê, corretamente a nosso ver, a mitigação da confidencialidade em arbitragens que envolvam a Administração Pública, hipótese já tratada, antes da edição da lei, pela doutrina ²⁶ e jurisprudência dos tribunais. ²⁷ Veja-se a expressão da disposição legal: "Art. 1.º § 1.º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (...). Art. 2.º § 3.º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade".

De fato, a Lei 13.129/2015 previu, mais expressamente, a confidencialidade, pois, no já citado art. 22-C, estabelece que a carta arbitral, para fins de cumprimento de determinado ato no Poder Judiciário, tramitará em segredo de justiça, se estiver "comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem" (parágrafo único). Mas, ainda que a lei não preveja a confidencialidade como sendo obrigatória, e as partes, eventualmente, não a tenham estipulado no contrato, a adesão delas a determinado regulamento de Câmara Arbitral, que preveja a confidencialidade, implica em aceitação implícita, e vinculante, ao dever de sigilo.

Não obstante seja válida a cautelosa ressalva de José Emilio Nunes Pinto, no sentido de que, para maior proteção, convém às partes ratificar, expressamente, o sigilo na cláusula compromissória, ²⁸ na prática, os regulamentos internacionais de arbitragem, e os nacionais preveem, expressamente, a confidencialidade.

À guisa de exemplo, saliente-se que as regras de arbitragem da Uncitral preveem a possibilidade do sigilo e suas exceções (itens 28.3 e 34.5 das Regras de Arbitragem da Uncitral, versão de 2010), assim como os regulamentos da CCI (art. 22.3 e 26.3, versão de 2012) e da ICDR-AAA (art. 20, item 4). E os regulamentos das principais Câmaras de arbitragem brasileiras assim também dispõem (como, por exemplo, a Câmara de Comércio Brasil-Canadá - item 14.1, do Regulamento de 2012; o CBMA - itens 17.1, e 17.2 do Reg. 2013 e a CIESP/FIESP - item 17.4, do antigo regulamento).

III. b - As companhias abertas e o Novo Mercado

Curioso é o caso das regras da Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM), que foi criada em 2001 pela Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros de São Paulo, com foco na resolução de conflitos societários, notadamente no âmbito do "Novo Mercado", este composto por empresas listadas em um segmento especial de negociação. O regulamento, ressalve-se, permite, em seu item 1.3, que outras partes, ainda que não integrantes do "Novo Mercado", possam se valer de suas regras: "Art. 1.3. Além dos participantes, quaisquer outras pessoas físicas, jurídicas, fundos ou universalidades de direitos poderão adotar o presente Regulamento para a solução de seus conflitos, desde que esses sejam referentes a direito empresarial".

No âmbito do "Novo Mercado", as companhias abertas aderentes a esse foro especial devem inserir, em seus estatutos sociais (*ex vi* da LSA, art. 109, § 3.º), a previsão de arbitragem e a escolha da CAM como Câmara Arbitral responsável pela administração de eventual arbitragem.

E o Regulamento da CAM prevê o dever de sigilo. Ao mesmo tempo, as companhias abertas, aderentes ao "Novo Mercado", possuem um elevado dever de transparência característico desse *locus* privilegiado de negociação de ações: a lógica é que, quanto maior a transparência, maior o nível de informação prestado aos acionistas - e maior, portanto, é a confiança desses investidores, o que, passe o truísmo, traduz-se na valorização das ações. A confiança está, portanto, na base do mercado de capitais e, num cenário mais amplo, da própria sociedade capitalista, como sustenta, em apaixonada defesa, o célebre liberal Alain Peyrefitte, no conhecido ensaio " *A sociedade da confiança - Ensaio sobre a origem e a natureza do desenvolvimento*":

"permitir-se o recurso da liberdade, da autonomia individual, da invenção, da prospecção, explorá-los no decorrer da educação, tudo isso supõe fortíssima confiança do homem - o fator por excelência do desenvolvimento. Desconfiança, confiança: duas respostas - individuais e sociais - à condição humana. A emergência do homem civilizado deixa espaço a uma determinação não determinista, a uma autodeterminação do comportamento. O homem é amplamente o senhor de sua evolução (...). Não há empresa sem empresário; nem empresário sem *ethos* de confiança. Mas também não há empresa sem organização nem assalariados. A sociedade de confiança é aquela onde o *ethos* de confiança penetra no interior da empresa". ²⁹

A necessidade de os acionistas serem adequadamente informados, o que garante a confiança no mercado de capitais, se contrapõe ao sigilo da arbitragem. Pode-se, assim, afirmar que há um conflito entre o dever de informar, inerente a companhias com ações comercializadas na Bolsa de Valores, e a confidencialidade inserida no regulamento da CAM, instituição exclusivamente responsável por arbitragens de companhias vinculadas ao "Novo Mercado".

Como contemporizar esse conflito? Qual o valor mais relevante, no âmbito específico do "Novo Mercado" e do mercado de capitais em geral: a transparência das informações ou a confidencialidade de um procedimento arbitral?

De um lado, tem-se a confidencialidade, que, embora recomendável, não é um direito absoluto, nem inerente à arbitragem; de outro, avulta o dever de informar, de índole cogente, que as companhias abertas já são obrigadas a cumprir em certos casos e, no "Novo Mercado" com mais ênfase, como demonstra a síntese de Fernando Serec e Eduardo Coes:

"Embora as companhias abertas em geral já estejam sujeitas ao dever de informar, parece evidente que tal dever tenha sido acrescentado no caso do Novo Mercado, pois a melhoria na prestação de informações pode ser constatada em diversos trechos do respectivo regulamento de listagem, retratando, em poucas palavras, uma imposição adicional aos deveres fiduciários dos administradores". ³⁰

Ocorre que, diante de conflito, considerando que o pressuposto do Mercado de Capitais é a transparência das informações, parece razoável propor que haja uma mitigação do sigilo, na exata medida em que o dever de informar esteja presente.

Afinal, ainda que fora do "Novo Mercado", as companhias abertas já possuem o dever de prestar informações ao público. É o caso, por exemplo, dos fatos relevantes societários, informações que, segundo a Instrução CVM 358, têm que ser divulgadas, obrigatoriamente, ao mercado ³¹. Luiz Olavo Baptista explica que segundo "as regras da CAM, o dever de sigilo não prepondera caso haja obrigação de prestar informações sobre a matéria envolvida. Esse entendimento, que foi construído após amplo debate, coaduna-se com a instrução da CVM 358, que impõe maior transparência ao mercado, ao descrever situações em que a divulgação de fatos é peremptória". ³²

As companhias abertas, portanto, já possuem o dever de informar ao mercado em determinadas circunstâncias, como determina a Instrução CVM 358, que trata dos fatos relevantes societários. O próprio regulamento da CAM, por sua vez, admite, genericamente, até mesmo a tentativa de ingresso de terceiros em processos arbitrais instaurados perante aquela instituição. Mas se a regra, naquela instituição, é a arbitragem sigilosa, como terceiros, com legítimo interesse jurídico, poderão postular o seu ingresso em processos arbitrais instaurados sob o manto da confidencialidade? A essa indagação, nos parece ser a única resposta a veiculação de fatos relevantes, a respeito de litígios capazes de interferir no valor econômico de ações.

Se, mesmo fora do Novo Mercado, já é possível a mitigação da confidencialidade, com o "Novo Mercado", deve haver um recrudescimento do dever de informar e a mitigação substancial da confidencialidade de eventual arbitragem envolvendo tema relevante de companhias abertas. A finalidade dessa mitigação é a

proteção da própria transparência do mercado de capitais e do segmento especial do "Novo Mercado" - interesse maior e de natureza coletiva - do que aqueles das partes envolvidas, diretamente, na arbitragem. A esse respeito, vale descrever a contextualização precisa de Fernando Serec e Eduardo Coes:

"A questão da divulgação de informações é amplificada no caso de adesão ao segmento especial do Novo Mercado. Afinal, o próprio regulamento de listagem do Novo Mercado indica que a adesão da companhia implica aumento na transparência e grau de informação fornecido aos seus acionistas, proporcionando melhores condições para o desenvolvimento e liquidez da empresa no mercado de capitais. A lógica do Novo Mercado é que, com a adoção voluntária de práticas e mecanismos que assegurem aos acionistas e potenciais investidores formas de controle e vigilância aprimorados, as companhias aderentes aumentam as chances de valorização de suas ações". ³³

Como se vê, a normativa legal e regulamentar não discrepa do entendimento de que a confidencialidade, embora seja salutar ao processo arbitral - inclusive para acelerar a sua solução - não é um dogma a ser automaticamente observado e pode, em análise criteriosa, ser mitigado, como se dá no caso das companhias abertas aderentes ao "Novo Mercado". Essa análise de critérios é o que se passa a expor a seguir.

IV. - Os critérios para a verificação do direito à confidencialidade na arbitragem

O primeiro exame a ser realizado pelo intérprete é sobre a própria *existência* da confidencialidade no contrato, no regulamento da Câmara de Arbitragem escolhida pelas partes ou em norma, seja uma lei ou até um ato normativo.

Porém, mesmo nas hipóteses em que as partes ou o Regulamento tenham previsão sobre a confidencialidade, pode-se admitir a sua não incidência, por exemplo, no caso de lides envolvendo companhias abertas ou de processo arbitral que envolva a Administração Pública. Por outro lado, pode-se recomendar a confidencialidade, ainda que não prevista em contrato, lei, regulamento ou qualquer outra normativa, se a boa-fé objetiva, no caso concreto, a impuser.

A fim de evitar certo casuísmo, que não se confunde com a necessidade de perquirição do exame do caso concreto para individuar a normativa aplicável, convém adotar, como principal parâmetro hermenêutico, o *princípio da proporcionalidade*, que implica em avaliar qual dos interesses a serem ponderados, no caso, a confidencialidade ou a publicidade, deve prevalecer. O princípio da proporcionalidade envolve um juízo de:

i) *adequação* (qual dos dois interesses em jogo é o mais adequado para atender ao resultado, o que, por exemplo, em uma arbitragem envolvendo a Administração Pública, aponta para a publicidade, princípio para os quais os atos da Administração se dirigem, nos termos do art.  [37](#) da  [CF](#));

ii) *necessidade* (é mesmo necessária a publicidade total dos atos da arbitragem ou existe alguma medida menos drástica, como, por exemplo, a divulgação apenas da sentença arbitral, do valor de contingência envolvido em disputa ou de outro específico ato processual? ³⁴);

iii) *proporcionalidade* em sentido estrito, que, segundo a erudita doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, implica em verificar "os inconvenientes que possam resultar da medida e o resultado a ser alcançado". ³⁵

Nesse exame de proporcionalidade, serão verificados todos os outros elementos de ponderação, como, por exemplo:

- a) a existência de impedimentos legais à mitigação do sigilo (como o dever de segredo profissional);
- b) a lacuna da lei, contrato ou Regulamento;

c) a escolha da regra aplicável, como, por exemplo, a do ordenamento jurídico da lei escolhida pelas partes; e

d) a eventual existência da pós-eficácia das obrigações, derivada da boa-fé objetiva - dependendo da natureza das informações de um contrato, mesmo sem expressa previsão contratual, a boa-fé objetiva é fonte de deveres anexos para as partes após o fim da relação contratual, o que pode ser muito útil em sede de arbitragem, pois muitas delas se originam após o encerramento de contratos por rescisão ou resilição.

Nesse exame de proporcionalidade, como se viu, a *necessidade* de mitigação da confidencialidade poderá indicar a divulgação de apenas determinado ato procedimental da arbitragem, preservando-se a confidencialidade com relação aos demais.

Por outro lado, segundo um *juízo de proporcionalidade estrita*, pode-se verificar que não há inconveniente em mitigar a confidencialidade se determinada informação, embora inicialmente confidencial, já esteja acessível ao público por determinação legal ou quando se tratar de companhias abertas, notadamente as listadas no "Novo Mercado", já que eventual inconveniente de mitigação da confidencialidade cede ao resultado buscado, isto é, à *finalidade* precípua de transparência das informações.

V. - Conclusão

Embora a cultura jurídica da arbitragem seja marcada pela nota da confidencialidade, característica dos litígios empresariais a ela submetidos, não se pode cogitar de um dogma do sigilo arbitral, já que estaria elevado à criticável categoria dos direitos absolutos, incompatível com a ordem constitucional.

A mitigação da confidencialidade é uma realidade, prevista em lei e outras normativas, e não pode ser olvidada pelo intérprete. Por isso, a tarefa da doutrina é, a nosso ver, oferecer critérios de mitigação da confidencialidade, quando for, efetivamente, necessário relativizá-la, à luz do princípio da proporcionalidade, legalidade, da cláusula geral da boa-fé objetiva, das regras aplicáveis e da vontade das partes, que sempre, na medida do possível, deve ser respeitada em sede de arbitragem. Deverá prevalecer, por outro lado, o interesse mais relevante no caso concreto - como, por exemplo, o de publicidade dos acionistas de companhias abertas, notadamente daquelas que aderiram ao "Novo Mercado", sempre norteado pela mais ampla transparência.

O tema é, portanto, desafiador e envolve a ponderação de muitos valores relevantes em confronto. Afigura-se, pois, indispensável o papel da doutrina de aperfeiçoar o instituto da confidencialidade no processo arbitral.

Pesquisas do Editorial

- CONFIDENTIALITY IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, de Mark Friedman - RArb 31/2011/191
- CONFIDENCIALIDADE NA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL, de Rafael Villar Gagliardi - RArb 36/2013/95
- INTEGRAÇÃO CONTRATUAL, CONFIDENCIALIDADE NA ARBITRAGEM E SEGREDO DE JUSTIÇA, de Guilherme Recena Costa - RArb 48/2016/69

