

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE

**ARBITRAGEM COMERCIAL NO BRASIL:
CONFIDENCIALIDADE OU TRANSPARÊNCIA?**

Niterói/RJ
2015

EDUARDO HELFER DE FARIAS

**ARBITRAGEM COMERCIAL NO BRASIL:
CONFIDENCIALIDADE OU TRANSPARÊNCIA?**

Dissertação de Mestrado
apresentada à Banca
Examinadora do Programa
de Pós-Graduação em
Sociologia e Direito
(PPGSD), na linha de
pesquisa de Direitos
Humanos, Governança e
Poder.

Orientador: Prof. Dr. Gabriel Rached

Coorientadora: Prof^ª. Dra. Maria Alice Chaves Nunes Costa

Niterói/RJ
2015

ARBITRAGEM COMERCIAL NO BRASIL: CONFIDENCIALIDADE OU TRANSPARÊNCIA?

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD), na linha de pesquisa de Direitos Humanos, Governança e Poder.

Aprovado em 19/06/2015

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gabriel Rached (Orientador)
Universidade Federal Fluminense - UFF

Prof^ª. Dra. Letícia Helena Medeiros Veloso (Examinadora)
Universidade Federal Fluminense - UFF

Prof^ª. Dra. Isabel Alves de Melo Miranda (Examinadora)
Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca Central do Gragoatá

F224 Farias, Eduardo Helfer de.
Arbitragem comercial no Brasil : confidencialidade ou
transparência? / Eduardo Helfer de Farias. – 2015.
174 f.
Orientador: Gabriel Rached.
Coorientadora: Maria Alice Chaves Nunes Costa.
Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) –
Universidade Federal Fluminense, Programa de Pós-Graduação em
Sociologia e Direito, 2015.
Bibliografia: f. 163-174.

1. Arbitragem. 2. Confidencialidade. 3. Transparência. 4. Interesse
público. I. Rached, Gabriel. II. Costa, Maria Alice Chaves Nunes. III.
Universidade Federal Fluminense. Instituto de Ciências Humanas e
Filosofia. III. Título.

DEDICATÓRIA

Dedico a Deus, fonte de todo conhecimento.

AGRADECIMENTOS

Não é possível fazer justiça, nas poucas páginas que disponho, à gratidão que devo a tantos professores, advogados e amigos que estiveram comigo ao longo deste trabalho. Contudo, devo um agradecimento particular (i) aos meus orientadores; (ii) à minha banca de qualificação; e (iii) todos os amigos que disponibilizaram parte do seu tempo e bibliotecas para me ajudarem a lapidar esta dissertação.

Agradeço, primeiramente, aos meus orientadores: (i) Prof. Maria Alice Costa, por me ajudar a superar as limitações inerentes ao pensamento jurídico e apresentar todo o universo da ciência política e da sociologia; e (ii) Prof. Gabriel Rached, que muito me instruiu sobre os impactos sócio-jurídicos do liberalismo.

Agradeço também à minha banca de qualificação composta, além dos orientadores, pelos profs. Isabel Miranda (UERJ), Daniel Pêcego (UFRRJ) e João Pedro Pádua (UFF). A Prof. Isabel Miranda, com seus comentários, me deu a segurança de que a minha investigação sobre as origens da arbitragem no Capítulo 1 estava no caminho certo. O Prof. Daniel Pêcego fez observações que me levaram a contemplar a contribuição que o pensamento aristotélico-tomista poderia dar à interpretação do interesse público na Constituição Federal, tema que exploro no Capítulo 2. O Prof. João Pedro deu importantes conselhos no tocante à possibilidade de corrupção na arbitragem, tema abordado no Capítulo 3.

Devo, ainda, agradecimentos a todos os amigos que se disponibilizaram a opinar sobre o andamento do trabalho e a me emprestar ou recomendar livros e artigos que poderiam refinar a pesquisa. Agradeço, particularmente, (i) ao Prof. Theóphilo Azeredo Santos pelos livros e teses sobre arbitragem que me disponibilizou; (ii) à Andrea de Souza Tostes, por todos os periódicos que me permitiu consultar; (iii) ao Pedro Martini, pela bibliografia estrangeira que me enviou; (iv) ao Prof. Fabiano Gomes, pelos conselhos e valiosas recomendações bibliográficas; (v) ao advogado Joaquim Muniz, pelas recomendações de livros e comentários sobre o tema; e (vi) a todos os alunos e professores da UFF com quem tive oportunidade de debater os conceitos explorados nesta dissertação, em particular os professores Letícia Veloso e José Fernando, e os alunos Natália Alves; Gabriela Grafanassi; Pedro Eugênio Bargiona; Ricardo Costa; Lucas Figueiredo; Helena Badr; Aline Masullo; Livia Menezes; João Victor; Bruna Borromeu;

Isadora Helena; Ramoile Barreiros; Vinícius Sabbadin; Marcella Paiva; e Isadora Quiuqui.

Por último e mais importante, agradeço aos meus pais e ao meu irmão pelo apoio incondicional neste projeto, sem o qual ele não se realizaria.

RESUMO

O objetivo desta dissertação é analisar as razões para o tratamento diferenciado entre os processos judiciais e arbitrais no tocante à publicidade do julgamento. O art. 18 da Lei Brasileira de Arbitragem equipara a sentença arbitral à sentença judicial, mas não a sujeita à publicidade do julgamento prevista nos arts. 5º, LX e 93º, IX da Constituição Federal de 1988. Este trabalho ganha ainda mais relevância diante do art. 189, IV do Novo Código de Processo Civil e das modificações propostas pelo Projeto de Reforma da Lei de Arbitragem, que pretendem consolidar o sigilo da arbitragem ao restringir a publicidade aos casos em que o Estado participar, seja como parte interessada ou como julgador. Deste modo, este estudo procura identificar os interesses presentes no sigilo arbitral e analisá-los sob a óptica do interesse público à informação presente nos arts. 5º, LX e 93, IX da Constituição para compreender se o processo arbitral pode causar externalidades negativas sobre terceiros que dele não tomaram ciência.

Palavras Chave: Arbitragem – Confidencialidade – Transparência – Interesse Público

ABSTRACT

The goal of this dissertation is to analyze the reasons for the difference Brazilian law does between judicial and arbitral proceedings in terms of publicity of the judgement. Article 18 of Brazilian Arbitration Act recognizes the arbitral decision the same authority of the judicial decisions, but does not subject it to the publicity of judgment established in articles 5º, LX and 93º, IX of Brazilian Federal Constitution of 1988. This research becomes even more relevant because of the article 189, IV of Brazilian New Civil Procedure Code of 2015 and the intended Reform of Brazilian Arbitration Act, which consolidates the confidentiality of arbitration through the understanding that the duty to publicize the tribunal's acts is only applied when the State takes part in the proceedings either as an interested party or as a judge. Thus, this research intends to identify the interests behind the arbitral confidentiality – and analyze them through the public interest to information established in articles 5º, LX and 93, IX of the Constitution – searching to comprehend whether the arbitral proceedings may cause negative externalities upon third parties, that did not take part in the proceedings.

Keywords: Arbitration – Confidentiality – Transparency – Public Interest

LISTA DE ABREVIATURAS

Ag – Agravo

AGU – Advocacia Geral da União

AgRg – Agravo Regimental

Art. – Artigo

ATI – Ait Trade Finance Inc

Bulbank – Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd.

CAMARB – Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil

CBMA – Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem

CC – Código Civil de 2002 / Lei 10.406/02

CAM-CCBC – Câmara de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá

CCI – Câmara de Comércio Internacional de Paris

CE – Estado do Ceará

Convenção de Nova Iorque – Convenção de Nova Iorque de 1958 / Decreto 4.311/02 no Brasil

CLT – Consolidação das Leis Trabalhista / Decreto Lei 5.452/43

CP – Código Penal / Decreto-Lei 2.848/40

CPC – Código de Processo Civil de 1973 / Lei 5.869/73

CPP – Código de Processo Penal / Decreto Lei 3.689/41

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CTN – Código Tributário Nacional / Lei nº 5.172/66

CVM – Comissão de Valores Mobiliários

Des. – Desembargador

DF – Distrito Federal

Estatuto da Advocacia – Lei 8.906/94

FGV – Fundação Getúlio Vargas

Fisco – Receita Federal do Brasil

IBA – International Bar Organisation / Associação Internacional dos Advogados

ICSID – Convenção para a Solução de Conflitos entre Estados e Nacionais de Outros Estados de 14 de Outubro de 1966

IN – Instrução Normativa

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

JF-RJ – Justiça Federal do Rio de Janeiro

LBA – Lei Brasileira de Arbitragem / Lei 9.307/96

LINDB – Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro / Decreto Lei nº 4.657/42

LPInd – Lei 9.279/96 / Lei da Propriedade Industrial

LPInf – Lei 10.603/02 / Lei de informação não divulgada submetida para aprovação de produtos

LPInt – Lei 9.609/98 / Lei da Propriedade Intelectual

MBV – MBV Commercial and Export Management Establishment

MG – Estado de Minas Gerais

MPF – Ministério Público Federal

Min – Ministro

Novo CPC – Código de Processo Civil de 2015 / Lei 13.105/15

OECD – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

ONU – Organização das Nações Unidas

p. – Página

Panhandle – Panhandle Eastern Corp

PE – Estado de Pernambuco

PFL – Partido da Frente Liberal

PSDB – Partido da Social Democracia Brasileiro

PT – Partido dos Trabalhadores

Rel. – Relator

Resil – Resil Indústria e Comércio Ltda

Resp – Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça

SC – Estado de Santa Catarina

SE – Sentença Estrangeira

SP – Estado de São Paulo

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TJ-RJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJ-SP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Tratado OECD – Tratado de Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais de 1995 promovido pela OECD

UNCITRAL – Comissão das Nações Unidas para Comércio Internacional

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	fls. 13
------------------------	----------------

CAPÍTULO 1 – DESENVOLVIMENTO DA ARBITRAGEM COMERCIAL.fls. 18

1.1. Arbitragem no Comércio Internacional.....	fls. 21
1.1.1. A necessidade de uniformização da arbitragem comercial internacional.....	fls. 22
1.1.1.1. Câmara de Comércio Internacional de Paris.....	fls. 23
1.1.1.2. Convenção de Nova Iorque de 1958.....	fls. 24
1.1.1.3. UNCITRAL.....	fls. 27
1.1.1.3.1. Regras de arbitragem de 1976.....	fls. 28
1.1.1.3.2. Lei modelo de arbitragem de 1985.....	fls. 29
1.1.1.4. Banco Mundial.....	fls. 32
1.1.1.5. OECD.....	fls. 33
1.1.1.6. Associação Internacional de Advogados.....	fls. 34
1.1.2. A confidencialidade arbitral no comércio internacional.....	fls. 35
1.1.2.1. Países a favor da confidencialidade implícita.....	fls. 36
1.1.2.2. Países contrários à confidencialidade implícita.....	fls. 38
1.1.2.3. Posicionamento dos organismos internacionais.....	fls. 42
1.2. Arbitragem no Brasil.....	fls. 44
1.2.1. A Lei 9.307/96: inserção do Brasil no projeto de padronização da arbitragem.fls.49	
1.2.1.1. Projeto de Lei nº 78/92: fruto do liberalismo.....	fls. 50
1.2.1.2. Características da Lei 9.307/96.....	fls. 52
1.2.1.3. Julgamento SE 5.206: a constitucionalidade da arbitragem.....	fls. 56
1.2.2. A confidencialidade na arbitragem nacional e o Projeto de Lei nº 406/2013...fls. 57	
1.2.2.1. A doutrina brasileira sobre o sigilo arbitral.....	fls. 61
1.2.2.2. O sigilo arbitral no Projeto de Lei nº 406/2013.....	fls. 66

CAPÍTULO 2 – CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO.....fls. 68

2.1. Conceitos de interesse público.....	fls. 70
2.1.1. Pensamento aristotélico: São Tomás de Aquino e Friedrich Hegel.....	fls. 70
2.1.1.1. São Tomás de Aquino.....	fls. 72
2.1.1.2. Georg Wilhelm Friedrich Hegel.....	fls. 75
2.1.2. Liberalismo clássico.....	fls. 76
2.1.2.1. Político.....	fls. 77
2.1.2.2. Econômico.....	fls. 79
2.1.3. Interesse público utilitarista.....	fls. 82
2.1.4. Celso Antônio Bandeira de Mello.....	fls. 83
2.2. Relação entre interesse público e privado no Brasil.....	fls. 88
2.2.1. Argumentos contrários à supremacia do interesse público.....	fls. 89
2.2.2. Argumentos a favor da supremacia do interesse público.....	fls. 94
2.3. Contribuição para o debate: interdisciplinaridade e interesse público para além do Estado.....	fls. 99
2.3.1. É necessária a interdisciplinaridade para definir o interesse público?.....	fls. 100
2.3.2. Um interesse público para além do interesse do Estado.....	fls. 101
2.4. Como interpretar o interesse público expresso nos arts. 5º, LX e 93, IX da Constituição Federal de 1988?.....	fls. 105

CAPÍTULO 3 – INTERESSE PÚBLICO NA ARBITRAGEM.....	fls. 111
3.1. Interesse público no exercício da jurisdição.....	fls. 112
3.1.1. Jurisdição exercida pelo Judiciário.....	fls. 115
3.1.2. Jurisdição exercida pelo árbitro.....	fls. 119
3.2. Externalidades negativas da arbitragem.....	fls. 121
3.2.1. Influência da arbitragem sobre a coletividade.....	fls. 121
3.2.1.1. Corrupção na arbitragem.....	fls. 122
3.2.1.1.1. Caso CCI 2004 12472.....	fls. 123
3.2.1.1.2. Caso CCI 2005 12990.....	fls. 123
3.2.1.1.3. Caso CCI 2005 13384.....	fls. 124
3.2.1.1.4. Caso CCI 2006 13515.....	fls. 125
3.2.1.1.5. Caso CCI 2008 13914.....	fls. 126
3.2.1.1.6. Caso CCI 2008 14266.....	fls. 127
3.2.1.2. A Jurisprudência sigilosa da arbitragem.....	fls. 128
3.2.1.2.1. Jurisprudência no Judiciário: vinculante para futuros casos.....	fls. 128
3.2.1.2.2. Precedentes arbitrais e sua influência sobre a coletividade.....	fls. 130
3.2.2. Influência da arbitragem sobre o Estado.....	fls. 134
3.2.2.1. Arbitragem e a Receita Federal.....	fls. 135
3.2.2.2. Controle de constitucionalidade pelo árbitro.....	fls. 138
3.3. Accountability da arbitragem: tutela do interesse público.....	fls. 140
3.3.1. Fiscalização pelas partes.....	fls. 142
3.3.1.1. Desinteresse das partes em serem investigadas criminalmente.....	fls. 143
3.3.1.2. Desinteresse das partes no desenvolvimento do Direito.....	fls. 145
3.3.1.3. Desinteresse na fiscalização pública da propriedade de imóveis.....	fls. 146
3.3.2. Fiscalização pelos árbitros.....	fls. 147
3.3.2.1. O árbitro não é totalmente independente das partes.....	fls. 149
3.3.2.2. A jurisdição do árbitro é limitada.....	fls. 152
3.3.2.3. Conhecimento da lei e compromisso do árbitro com o interesse público.....	fls. 153
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	fls. 158
5. REFERÊNCIAS.....	fls. 163

INTRODUÇÃO

Arbitragem é um método de solução de conflitos alternativo ao Judiciário que consiste em duas ou mais partes, de comum acordo, delegarem a decisão de seu litígio a um terceiro, chamado árbitro, cuja única qualificação requerida é contar com a confiança das partes que o nomeiam.

No Brasil, a arbitragem é regulada pela Lei 9.307/96 ("Lei Brasileira de Arbitragem – LBA"), a qual determinou que o árbitro eleito pelas partes possui (i) a mesma autoridade do juiz estatal para decidir causas de direito patrimonial disponível¹; e (ii) profere decisões que não estão sujeitas a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário².

Contudo, a lei não obriga o árbitro ao dever de publicidade dos atos processuais ao qual o juiz estatal se submete sob pena de nulidade dos atos praticados – como previsto nos arts. 5º, LX³ e 93, IX⁴ da Constituição Federal de 1988 ("Constituição") e no art. 155⁵ da Lei 5.869/73 ("Código de Processo Civil – CPC").

O fato de dois julgadores terem a mesma autoridade para proferir sentenças em casos de direito patrimonial disponível, mas não o mesmo dever de publicidade, é algo aparentemente incoerente e merece ser investigado. Neste sentido, o intuito deste estudo é analisar as razões que levaram a este tratamento diferenciado entre o processo judicial e o processo arbitral no tocante à publicidade.

Desse modo, esta pesquisa ganha relevância, tendo em vista: (i) as mudanças legislativas que estão em andamento no país para consolidar a confidencialidade arbitral;

¹Art. 1 da LBA. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

²Art. 18 da LBA. O árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário.

³Art. 5º LX da CRFB de 1988. A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

⁴Art. 93, IX da CRFB de 1988. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

⁵Art. 155 do CPC. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça:

I – em que o exigir o interesse público;

II – que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores;

Parágrafo único. O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite.

e (ii) o baixo nível de atenção que tem sido dispensado às atividades dos tribunais arbitrais no Brasil.

Primeiramente, a recém aprovada Lei 13.105/2015 ("Novo Código de Processo Civil – Novo CPC") que entrará em vigor em 17/03/2016⁶ e revogará o atual CPC, determinou em seu art. 189, IV⁷ que o Judiciário deverá respeitar a confidencialidade contratada na arbitragem, quando tiver seu auxílio requerido pelo árbitro ou pelas partes.

Em paralelo ao Novo CPC, uma Comissão de Juristas foi nomeada pelo Senado Federal para elaborar um projeto de reforma e modernização da LBA, que culminou no Projeto de Lei nº 406/2013 do Senado Federal (nº 7.108/2014 da Câmara dos Deputados), atualmente em fase de sanção presidencial⁸. Esta reforma propõe, dentre outros aspectos: (i) deixar expresso na Lei 9.307/96 que apenas as arbitragens envolvendo a Administração Pública devem respeitar o princípio da publicidade⁹; e (ii) determinar que o Judiciário respeite a confidencialidade contratada entre particulares quando sua intervenção for solicitada pelo árbitro por meio de carta arbitral¹⁰.

O referido Projeto também aumenta a autoridade dos árbitros ao revogar o art. 25¹¹ da LBA, permitindo que decidam de forma incidental sobre questões de direito indisponível¹². Por direito indisponível entende-se aquele que não pode ser objeto de

⁶Art. 1.045 do Novo CPC. Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial (17/03/2015).

⁷Art. 189 do Novo CPC. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:

I - em que o exija o interesse público ou social;

II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes;

III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade;

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

§ 1º O direito de consultar os autos de processo que tramite em segredo de justiça e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e aos seus procuradores.

§ 2º O terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e de partilha resultantes de divórcio ou separação.

⁸Conforme informado pela Agência de Notícias do Senado Federal em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/05/05/lei-da-arbitragem-e-aprovada-e-segue-para-sancao> Acesso em 05/05/2015. É possível acompanhar a tramitação do Projeto em www.senado.gov.br.

⁹ Art. 2 § 3º do Projeto de Lei 406/2013. As arbitragens que envolvem a Administração Pública serão sempre de direito e respeitarão o princípio da publicidade.

¹⁰Art. 22-C § único do Projeto de Lei 406/2013. No cumprimento da carta arbitral, será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem.

¹¹Art. 25 da LBA. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

¹²A título de exemplo, se uma suspeita de corrupção surgisse durante a arbitragem comercial, ela seria apreciada pelo árbitro, respaldado pelo sigilo da arbitragem, sem que o Ministério Público ou o Judiciário tomassem conhecimento.

alienação, renúncia ou transação, em decorrência de uma proteção legal imposta pelo Estado para preservar interesses da coletividade¹³. Exemplos clássicos são aqueles relacionados às questões criminais e tributárias.

Apesar de todas essas recentes mudanças legislativas sobre arbitragem, o tema ainda se apresenta pouco conhecido do grande público. O sigilo com o qual se cobriu todas as atividades da arbitragem ocultou o assunto não apenas da sociedade em geral, mas também das pesquisas acadêmicas – pois não costuma ser frequente encontrar nas universidades profissionais que tenham familiaridade com a temática, principalmente fora das Ciências Jurídicas. Um exemplo disto pode ser retratado pelo relato de Caio Cesar Rocha na 3ª Audiência da Comissão de Juristas do Senado Federal para a Reforma da LBA, ocasião em que observou terem sido encaminhadas à Comissão críticas sobre arbitragens referindo-se às partidas de futebol do Estado do Acre¹⁴, e não no sentido comercial do termo.

A hipótese deste trabalho consiste em que a desproporção entre a autoridade concedida ao árbitro e a falta de publicidade de seus atos na arbitragem comercial seja fruto da pressão de grupos corporativos sobre o Estado, que estariam impondo um tratamento jurisdicional diferenciado em detrimento do interesse público à informação – previsto nos arts. 5º, LX e 93, IX da Constituição Federal de 1988.

O "*liberalismo do grupo de interesse*", expressão cunhada por Luigi Graziano¹⁵, ocorre quando grupos corporativos conseguem capturar políticas de Estado para seus próprios fins. No mesmo sentido, o jurista e sociólogo Boaventura de Sousa Santos já havia observado, no fim do século XX, a possibilidade de que "*os grupos neocorporativistas mais organizados venham a ter poder político o suficiente para impor tutelas jurisdicionais diferenciadas mais afeitas à dinâmica interna de seus interesses*"¹⁶.

Buscando verificar a influência de grupos corporativos para a aprovação legislativa de um tratamento diferenciado ao sigilo arbitral, esta dissertação será dividida em três partes, destacando-se: (i) estudo do desenvolvimento histórico da arbitragem no

¹³Para mais sobre o assunto, ver CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96. 3ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo/SP. Editora Atlas, 2009. p. 38/39.

¹⁴Ata da 3ª Audiência. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em 25/07/2014.

¹⁵GRAZIANO, Luigi. O lobby e o interesse público. Revista brasileira de ciências sociais. Vol 12, nº 35, São Paulo; Fev. 1997, p. 2. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091997000300009. Acesso 23/03/2015.

¹⁶SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direito e Justiça: a função social do judiciário. Editora Ática, São Paulo 1994. p. 58.

Brasil; (ii) o interesse público na Constituição de 1988; e (iii) o interesse público presente na arbitragem brasileira.

No Capítulo 1 procura-se observar quem são os grupos interessados no sigilo arbitral no Brasil. Neste intuito, será feita análise e revisão: (i) da bibliografia e das referências disponíveis sobre a história da arbitragem no Brasil e, sempre que possível, no mundo; bem como (ii) dos documentos legislativos pertinentes à aprovação original da LBA e sua reforma pelo Projeto de Lei nº 406/2013.

Para trilhar este percurso, esta análise será dividida em dois momentos distintos: arbitragem no mundo e arbitragem no Brasil. No primeiro momento, buscará se demonstrar como os usuários do comércio internacional se apropriaram da arbitragem no começo do século XX e se empenharam por uniformizá-la em todo o mundo nos moldes necessários para atender seus interesses, inclusive no tocante ao sigilo arbitral. No segundo momento, será abordado o desenvolvimento da arbitragem no Brasil, desde suas origens até a aprovação da LBA, e sua recente proposta de reforma – destacando os principais interessados por trás do sigilo arbitral e suas consequências para o ordenamento jurídico brasileiro.

No Capítulo 2 será apresentada uma revisão da literatura disponível acerca das teorias sobre interesse público que foram, ou não, recepcionadas pela Constituição Federal de 1988. Os arts. 5º, LX e 93, IX da Constituição deixam claro que a confidencialidade ou publicidade de um processo se estabelece de acordo com o que determinar o interesse público para o processo em questão. Por sua vez, o art. 189, IV do Novo CPC está fazendo prevalecer a teoria liberal ao interpretar o interesse público à publicidade como algo aplicável somente ao Estado, entendimento também presente no Projeto de Lei nº 406/2013.

Ao longo deste Capítulo, questiona-se se esta seria a interpretação mais condizente com a Constituição e se haveria alguma alternativa mais adequada. Neste intuito, o capítulo foi dividido em três momentos: (i) as teorias do interesse público que teriam influenciado a Constituição Federal de 1988; (ii) o debate jurídico acerca de quais delas prevaleceram, ou não, na Constituição; e (iii) as contribuições de outras ciências, não abordadas pelo debate jurídico, para a definição do interesse público no Brasil. O primeiro momento fará um resumo dos principais aspectos das teorias do interesse público que reivindicam prevalência no ordenamento jurídico brasileiro. No segundo momento se analisará o debate entre os principais autores jurídicos que procuram identificar quais destas teorias o legislador constitucional teve a intenção que fossem utilizadas para a

interpretação do interesse público a que se referiu. O terceiro momento analisará as concepções de interesse público de outras ciências humanas – não referidas pelo debate jurídico – buscando verificar a interpretação mais adequada para os arts. 5º, LX e 93, IX.

O Capítulo 3 apresentará a análise de: (i) pesquisas internacionais sobre o impacto da arbitragem na sociedade e no Estado; (ii) precedentes arbitrais em âmbito internacional; e (iii) uma relação das referidas pesquisas e precedentes com casos e situações que estão ocorrendo no Brasil.

Neste terceiro e último Capítulo procura-se observar como a restrição de informações da arbitragem pode ser usada para dificultar a fiscalização do mercado por agentes externos a ele. Para tanto, ele será dividido em três partes: (i) o interesse público presente no exercício da jurisdição; (ii) as externalidades negativas da arbitragem; e (iii) a inadequação das partes e dos árbitros para assegurarem no processo arbitral o interesse público no acesso à informação – previsto nos arts. 5º, LX e 93, IX da Constituição. No primeiro momento, buscará se demonstrar como o interesse público é inerente à atividade jurisdicional, quer seja exercida pelo juiz estatal, quer seja exercida pelo árbitro. No segundo momento serão enumeradas as possíveis externalidades negativas que a atividade jurisdicional do árbitro pode exercer sobre a sociedade e o Estado. No terceiro momento, serão observados os indícios de inadequação das partes e dos árbitros para assegurarem o interesse público.

Neste momento, torna-se relevante apresentar alguns aspectos e limitações que podem ser aferidos dos capítulos subsequentes desta dissertação. Como será observado no Capítulo 1, nem sempre é possível afirmar que os parlamentares, juristas e instituições citados sejam contra ou a favor do liberalismo, mas é possível dizer se sua atitude pode beneficiar (ou não) o projeto de inserção do Brasil no mercado global. Em relação ao Capítulo 2, a interpretação adotada para os arts. 5º, LX e 93, IX da Constituição pode ser passível de questionamentos. Em todo caso, para a realização do trabalho em questão pareceu ser a perspectiva mais adequada. No Capítulo 3 tornou-se relevante fazer menção à experiência internacional em analogia à realidade brasileira, em função da escassez de dados no Brasil sobre processos arbitrais. Do mesmo modo, os comentários feitos sobre o processo movido pela Receita Federal contra as câmaras arbitrais – no intuito de obter acesso aos documentos protegidos pelo sigilo arbitral – correspondem a ponderações hipotéticas, não representando uma opinião sobre o desfecho do caso que ainda está em andamento.

CAPÍTULO 1 – DESENVOLVIMENTO DA ARBITRAGEM COMERCIAL

Analisar a origem e a história da arbitragem exigiria "*um estudo ao redor do mundo e através das eras*", nas palavras de Alan Redfern e Martin Hunter¹⁷. Ela está presente em tantas culturas e foi empregada para conflitos tão variados que tentar identificar exatamente quem primeiro a ela recorreu seria o equivalente a "*montar um quebra-cabeça com muitas peças faltando ou perdidas para sempre*"¹⁸.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luís Felipe Salomão, relata o uso da arbitragem pelas cidades-estados da Babilônia e também entre Esparta e Atenas na Grécia antiga¹⁹. Ainda hoje, os Bereberes, habitantes autóctones do Norte da África, praticam uma arbitragem primitiva para questões comerciais²⁰.

Jacob Dolinger apresenta um estudo sobre a presença da arbitragem no antigo direito judaico²¹, como sendo um meio que a comunidade judaica da Judéia²² encontrou para conservar sua cultura e sua lei da dominação romana. Dolinger cita o Tratado de Sanhedrin, que faz referência à Mishnah, sobre o método de escolha do árbitro no Judaísmo antigo, o qual veio a ser muito adotado em arbitragens contemporâneas: "*Questões econômicas se decidem por três. Cada parte escolhe um julgador e ambas as partes escolhem um terceiro, esta a opinião de Rabbi Meir. Os sábios (chachamim) sustentam que os dois julgadores escolhem mais um julgador*"²³.

¹⁷REDFERN, Alan; HUNTER, Martin et al. Redfern and Hunter on International Arbitration. 5ª Edição. Oxford, Reino Unido. Oxford University Press. 2009. p. 4. (tradução livre)

¹⁸REDFERN, Alan; HUNTER, Martin et al. Redfern and Hunter on International Arbitration. 5ª Edição. Oxford, Reino Unido. Oxford University Press. 2009. p. 4. (tradução livre)

¹⁹Discurso registrado na Ata da 1ª Reunião da Comissão de Juristas para reforma da lei de arbitragem do Senado Federal, realizada em 03/04/2013. Disponível em: http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?tab=t&p_cod_mate=106731. Acesso em 25/07/2014.

²⁰Para mais informações, consultar: ZAPPALÁ, Francesco. Memória histórica da arbitragem. In: Meritum. Belo Horizonte/MG. Vol. 6, nº 1, p. 105, jan-jun 2011. Disponível em <http://www.fumec.br/revistas/meritum> Acesso 18/08/2014

²¹DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional. Rio de Janeiro/RJ. Editora Renovar, 2003. p. 3/17.

²²O autor afirma que na Babilônia, onde os judeus gozavam de maior autonomia para organizarem seus tribunais, a arbitragem não se desenvolveu, pois as partes recorriam às cortes rabínicas. A ausência de um Judiciário constituído ou reconhecido pelas partes parece contribuir para o recurso à arbitragem. Mais informações em: DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional. Rio de Janeiro/RJ. Editora Renovar, 2003. p. 13.

²³Esse método de escolha dos árbitros é o mais utilizado até hoje. DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional. Rio de Janeiro/RJ. Editora Renovar, 2003. p. 13.

Joseph Morrissey e Jack Graves afirmam que a lei do Império Romano já reconhecia às partes o direito de levar sua disputa à decisão de um particular²⁴. Francesco Zappalá ressalta que a arbitragem romana surgiu como uma decorrência do desenvolvimento do comércio de Roma com outros povos, o que teria exigido uma solução de conflitos mais apropriada para partes de diferentes culturas jurídicas²⁵.

O Cristianismo é rico em exemplos de prática arbitral. No livro de Jó, no Antigo Testamento da Bíblia, há referência à necessidade de igualdade entre as partes para se proceder a arbitragem. Deste modo, Jó afirma que não poderia chamar Deus perante um árbitro para questionar seus infortúnios, pois: "*Deus não é um homem como eu a quem possa responder, com quem eu possa comparecer na justiça, pois não há entre nós árbitro que ponha sua mão sobre nós dois*"²⁶.

Há referência ao instituto também no Evangelho de Lucas²⁷, quando "*alguém do meio do povo*" pede a Jesus que ordene a seu irmão a partilha da herança, Jesus responde: "*Meu amigo, quem me constituiu juiz ou árbitro entre vós?*", demonstrando já haver naquele tempo a distinção entre o juiz, representante do Estado, e o árbitro, eleito pelas partes.

Contudo, o principal exemplo bíblico de uso de arbitragem se encontra na 1ª Carta de São Paulo aos Coríntios. Nesta Carta, o Apóstolo repreende a comunidade cristã em Corinto, na atual Grécia, por recorrerem a tribunais pagãos ao invés de escolherem entre si alguém capaz de julgar:

"Quando algum de vós tem litígio contra outro, como é que se atreve a pedir justiça perante os injustos, em vez de recorrer aos santos²⁸? Não sabeis que os santos julgarão o mundo? E, se o mundo há de ser julgado por vós, seríeis indignos de julgar os processos de mínima importância? Não sabeis que julgaremos os anjos? Quanto mais as pequenas coisas da vida! No entanto, quando tendes contendas desse gênero, escolheis para juízes pessoas cuja opinião é tida em nada pela Igreja. Digo-o para confusão vossa. Será

²⁴MORRISSEY, Joseph F.; GRAVES, Jack. International sales law and arbitration. Alphen aan den Rijn, Holanda. Kluwers Law Arbitration. 2008. p. 303.

²⁵ZAPPALÁ, Francesco. Memória histórica da arbitragem. In: Meritum. Belo Horizonte/MG. Vol. 6, nº 1, p. 109/110, jan-jun 2011. Disponível em <http://www.fumec.br/revistas/meritum> Acesso 18/08/2014

²⁶LIVRO DE JÓ, Capítulo 9, Versículos 32-33. In: Bíblia Sagrada. 154ª edição. Editora Ave Maria 2002.

²⁷EVANGELHO SEGUNDO LUCAS, Capítulo 12, Versículos 13-14. In: Bíblia Sagrada. 154ª edição. Editora Ave Maria 2002.

²⁸Na Igreja Cristã primitiva eram chamados "santos" todos aqueles que receberam o sacramento do Batismo.

*possível que não há entre vós um homem sábio, nem um sequer, que possa julgar entre seus irmãos? Mas um irmão litiga contra outro irmão e isso diante de infiéis!"*²⁹

Deste modo, ao longo da história, a arbitragem provou ser, mais do que um meio de resolução de conflitos, um meio de preservação e difusão de valores. É um instituto apto a ser empregado tanto para a preservação de uma cultura minoritária dentro de uma cultura majoritária, como foi na sociedade Judaico-Cristã primitiva, quanto no diálogo intercultural a partir do comércio internacional da Roma antiga.

Ainda hoje, a arbitragem é empregada por culturas minoritárias, principalmente grupos religiosos, como forma de conservarem seus costumes e seus valores da cultura hegemônica em que estão inseridas. Como exemplos, temos o Centro Internacional Islâmico de Conciliação e Arbitragem de Dubai³⁰, o Conselho Rabínico dos Estados Unidos³¹ e o Instituto para a Conciliação Cristã³².

Entretanto, desde o começo do século XX prevalece uma uniformização da arbitragem nos moldes do comércio internacional. Em algumas partes do mundo, a arbitragem de culturas minoritárias começa a ser gradativamente desestimulada, quando não criminalizada³³, enquanto o livre mercado se estabelece como o referencial para o instituto.

Sendo assim, analisaremos como (i) se construiu este projeto de uniformização da arbitragem no comércio internacional; e (ii) sua repercussão na arbitragem brasileira, destacando o papel do sigilo arbitral em cada uma das duas experiências.

²⁹1ª CARTA DE SÃO PAULO AOS CORÍNTIOS, Capítulo 6, Versículos 1-6. In: Bíblia Sagrada. 154ª edição. Editora Ave Maria 2002.

³⁰Mais informações em: http://iicra.com/en/misc_pages/detail/4c76b6d187. Acesso em 29/10/2014

³¹Mais informações em: <http://www.bethdin.org/organization-affiliations.asp> . Acesso em 29/10/2014

³²Mais informações em: http://www.peacemaker.net/site/c.nuIWL7MOJtE/b.5367879/k.B0ED/Why_should_my_client_use_this_process.htm . Acesso em 29/10/2014

³³Nos Estados Unidos, 32 dos 50 estados americanos aprovaram ou propuseram leis proibindo o uso de legislações estrangeiras ou religiosas, principalmente a Sharia, sob a acusação de serem incompatíveis com os valores do país. As minorias religiosas do país estão mobilizadas contra estes projetos de lei, que ameaçam criminalizar a solução de conflitos com base em seus costumes. Para mais informações, consultar PATEL, Faiza; DUSS, Matthew; TOH, Amos. Foreign law bans: legal uncertainties and practical problems. In: Brennan Center for Justice at New York University School of Law, Maio de 2013. Disponível em www.americanprogress.org . Acesso 09/11/2014.

1.1. Arbitragem no Comércio Internacional

No começo do século XX a arbitragem se tornou um dos principais meios para solução de conflitos comerciais internacionais. A preocupação dos comerciantes – os que mantinham negócios para além das fronteiras nacionais – era com (i) a neutralidade; e (ii) a especialidade do julgador de suas causas.

Quando duas partes são de países diversos, nenhuma delas se sente confortável em se submeter ao Poder Judiciário do país do outro contratante por temer que este favoreça o seu nacional em detrimento do justo direito. Além disso, questionava-se a qualificação do juiz estatal para apreciar as questões comerciais mais complexas, que exigiam um conhecimento mais aprofundado do tema.

A arbitragem foi a solução para esses dois problemas, pois (i) permitiu que as partes escolhessem um julgador de sua confiança e (ii) com uma interpretação da matéria que considerassem adequada. Árbitros que, por algum motivo, violassem a confiança das partes ou tivessem interpretações da lei consideradas inadequadas ao caso, poderiam, simplesmente, não ser mais indicados pelas partes para exercerem a função de árbitro³⁴.

Importante frisar que a arbitragem não altera a lei aplicável, apenas o julgador que a aplica. Deste modo, não existe uma arbitragem propriamente "*internacional*", uma vez que ela sempre estará restrita a lei do território em que é realizada. Para ser eficiente, a arbitragem depende do Poder Judiciário, pois o Estado detém o monopólio do poder de polícia. Sem que o Judiciário dê o aval, não há como executar uma sentença arbitral contra uma parte indisposta a cumpri-la. Os Estados modernos não poderiam permitir um sistema de justiça privada dependendo exclusivamente da boa vontade dos participantes e da integridade dos árbitros³⁵, de modo que elaboraram leis nacionais para regular sua prática – principalmente sua interação com seus respectivos Judiciários.

Contudo, leis nacionais são insuficientes para regular casos internacionais. Geralmente, a doutrina considera internacional a arbitragem pela natureza da disputa (repercussão da sentença em mais de um país) ou pela nacionalidade das partes. Imagine um americano contratando uma empresa alemã para construir uma hidrelétrica no Egito.

³⁴Costuma-se dizer que o indivíduo "está" árbitro, ele não "é" árbitro. Sua autoridade é restrita para o caso em questão e é decorrente da confiança que as partes envolvidas depositaram nele. Não há qualquer garantia de que o indivíduo venha ser indicado para exercer a função de novo. É provável que, se a parte que nomeou o árbitro não ficar satisfeita com o posicionamento adotado na sentença, não o indique novamente.

³⁵Para mais informações, consulte: REDFERN, Alan; HUNTER, Martin et al. Redfern and Hunter on International Arbitration. 5ª Edição. Oxford, Reino Unido. Oxford University Press. 2009. p. 6.

Como determinar qual desses três Judiciários seria competente para apreciar a validade da arbitragem? A incerteza desta resposta é perigosa para o comércio.

Cientes desta dificuldade, os agentes de mercado começaram uma campanha internacional em prol da uniformização da legislação arbitral e do estabelecimento de práticas e princípios que fossem mundialmente aceitos.

A uniformização das regras de comércio internacional é um pleito antigo dos agentes de mercado. A diversidade de leis entre os países para regular o comércio dificulta a expansão para novos mercados, pois o comerciante precisa se adequar a um outro arcabouço de exigências legais. Quanto mais uniformes forem as leis entre os países, mais se consolidará o livre mercado. O Tratado de Madri³⁶, sobre propriedade intelectual e a Convenção de Varsóvia³⁷, sobre transporte aéreo, são resultados deste pleito por padronização. Quando o comércio internacional começou a recorrer à arbitragem como forma de solução de conflitos, era previsível que, cedo ou tarde, iria procurar meios de uniformizá-la.

Originalmente, o sigilo arbitral foi uma exceção ao processo de padronização, pois os usuários da arbitragem o consideravam como sendo inerente ao processo arbitral, ao ponto de ser desnecessária uma menção legislativa a respeito. Apenas se atentou à necessidade de uniformizá-lo – como as demais práticas arbitrais – após decisões dos Judiciários estatais ao redor do mundo começarem a questioná-lo.

Deste modo, analisaremos primeiro (i) como ocorreu e quem foram os principais organizadores do projeto mundial de uniformização da arbitragem; para, então, (ii) compreender como ocorreu a inclusão do tópico da confidencialidade neste projeto.

1.1.1. A necessidade de uniformização da arbitragem comercial internacional

Diversos organismos internacionais foram mobilizados para trabalhar em prol do estabelecimento de princípios e regras da arbitragem em caráter mundial. A seguir, serão abordados os papéis que (i) a Câmara de Comércio Internacional de Paris; (ii) a Convenção de Nova Iorque de 1958; (iii) a Comissão das Nações Unidas para o Comércio Internacional; (iv) o Banco Mundial; (v) a Organização para Cooperação e

³⁶É possível consultar a íntegra do tratado em inglês, bem como a lista dos países que o ratificaram em: <http://www.wipo.int/madrid/en/>. Acesso em 08/09/2014

³⁷É possível consultar a íntegra do tratado, ratificado pelo Brasil, em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm. Acesso em 08/09/2014

Desenvolvimento Econômico; e (vi) a Associação Internacional dos Advogados exerceram na padronização da arbitragem comercial contemporânea como a conhecemos.

Poder-se-ia abordar diversas outras experiências que tiveram repercussão mundial, mas optou-se por fazer o recorte nas instituições que declaradamente pretendem estabelecer parâmetros a nível mundial para a prática da arbitragem.

1.1.1.1. Câmara de Comércio Internacional de Paris

A Câmara de Comércio Internacional de Paris ("CCI") foi pioneira no uso da arbitragem no século XX. Fundada em 1919 por grandes empresários da época, surgiu com o objetivo de "*contribuir para o desenvolvimento de uma economia global, na convicção de que o comércio internacional conduz à prosperidade global e paz entre as nações*". Seus fundadores eram chamados de "*mercadores da paz*"³⁸. Uma de suas principais demandas era a uniformização das práticas e legislações comerciais ao redor do mundo, como meio para estimular o comércio internacional.

Em 1923, visando atender esse objetivo, a CCI fundou sua câmara arbitral, no intuito de ser um tribunal privado voltado para a condução de litígios comerciais internacionais. Para compreender a repercussão deste ato é preciso explicar a diferença entre arbitragens institucionais e ad-hoc.

Arbitragens institucionais são aquelas administradas por uma câmara arbitral, como a ofertada pela CCI. Estas câmaras arbitrais possuem um regulamento próprio, ao qual as partes aderem quando a escolhem para administrar sua arbitragem. Tais regulamentos facilitam a condução do processo ao preverem procedimentos para (i) nomeação dos árbitros; (ii) produção de provas; (iii) prazos para manifestação; (iv) realização de audiências; etc. Além do regulamento, as câmaras oferecem toda uma infraestrutura, como salas de audiência e equipe de apoio para questões logísticas do procedimento.

As arbitragens ad-hoc são menos onerosas que as arbitragens institucionais. Contudo, oferecem menos segurança e maior probabilidade de conflito por obrigarem as partes a negociar, além da nomeação do(s) árbitro(s), vários aspectos do procedimento que poderiam ser resolvidos com a adesão ao regulamento de uma câmara arbitral. Além

³⁸História disponível no website da CCI: <http://www.iccwbo.org/about-icc/history/the-merchants-of-peace/>. Acesso em 25/07/2014. (Tradução livre)

disso, as arbitragens ad-hoc não contam com uma instituição para dar apoio à condução do litígio.

Deste modo, a CCI foi pioneira em oferecer o serviço de arbitragem institucional e influenciou várias associações comerciais ao redor do mundo a fazerem o mesmo. Desde sua fundação, a CCI realizou mais de 20.000 arbitragens envolvendo partes e árbitros de cerca de 180 países³⁹. Hoje, são membros da CCI centenas de milhares de empresas de mais de 120 países, desde multinacionais até pequenos e médios negócios⁴⁰. A instituição também mantém comitês nacionais em 88 países distribuídos entre todos os continentes⁴¹ para advogar os interesses do comércio internacional frente a cada Estado, inclusive, em relação à prática e efetividade da arbitragem como meio de solução de conflitos comerciais⁴².

A atuação da CCI foi decisiva para a elaboração da Convenção de Nova Iorque de 1958, a fundação da UNCITRAL e, ainda hoje, continua influenciando todo o desenvolvimento da arbitragem.

1.1.1.2. Convenção de Nova Iorque de 1958

Em 1946, a CCI se tornou consultora das Nações Unidas⁴³ e passou a representar os interesses do livre mercado diante do órgão. Em 1955, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas começou a discutir um projeto apresentado pela CCI para uma Convenção sobre Reconhecimento de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, por entender que

³⁹Estatísticas disponíveis em <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/>. Acesso em 04/09/2014. (Tradução livre)

⁴⁰Mais informações em: <http://www.iccwbo.org/about-icc/history/the-merchants-of-peace/>. Acesso em 25/07/2014. (Tradução livre)

⁴¹Lista de comitês nacionais disponível em: <http://www.iccwbo.org/worldwide-membership/national-committees/>. Acesso em 04/09/2014. A CCI também possui um comitê no Brasil.

⁴²A CCI mantém um grupo de trabalho permanente sobre meios alternativos de solução de conflitos, endereçando temas como conciliação, mediação e arbitragem. Seus objetivos são (i) promover a solução de conflitos em escala mundial por meio de arbitragem, mediação e outros meios de solução de conflitos; (ii) oferecer orientação sobre as polêmicas da solução de conflitos internacionais; (iii) criar uma comunicação entre usuários da arbitragem, advogados e árbitros para auxiliar a CCI a melhor atender as necessidades de seus usuários. Mais informações sobre este comitê disponíveis em: <http://www.iccwbo.org/about-icc/policy-commissions/arbitration/>. Acesso em 04/09/2014.

⁴³Conforme relatado em: <http://www.iccwbo.org/about-icc/history/the-merchants-of-peace/>. Acesso em 25/07/2014. (Tradução livre)

os Protocolos de Genebra de 1923 e 1927, que até então regiam a matéria, "*não mais atendiam os interesses do comércio internacional*"⁴⁴.

Após uma tramitação de três anos, foi promulgada pelas Nações Unidas a Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre Reconhecimento de Sentenças Arbitrais Estrangeiras ("Convenção de Nova Iorque"), adotada hoje por 150 países⁴⁵, inclusive, pelo Brasil. Esta Convenção é aplicável ao reconhecimento e a execução das "*sentenças arbitrais estrangeiras, proferidas em um Estado que não o Estado em que se tencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças*" ou, ainda, "*a sentenças arbitrais não consideradas como domésticas no Estado onde se tencione sua execução*"⁴⁶.

A Convenção de Nova Iorque teve dois efeitos principais: (i) autorizou a liberdade de escolha da lei aplicável à arbitragem; e (ii) contribuiu para a uniformização das leis de arbitragem nacionais.

É costume as leis nacionais reconhecerem a possibilidade de eleição de foro, ou seja, que as partes elejam a lei aplicável ao seu contrato. Por exemplo, o artigo 111⁴⁷ do atual CPC brasileiro fala expressamente dessa possibilidade. Contudo, eleger um foro diferente daquele onde se pretende que a sentença produza efeitos pode gerar contratempos, pois todo país estabelece condições para que a sentença proferida por um tribunal estatal estrangeiro produza efeitos em seu território, como as do art. 15⁴⁸ da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro ("LINDB").

⁴⁴O debate ocorreu em 28/03/1955, na 19ª sessão do Conselho Econômico Social das Nações Unidas. É possível acessar a íntegra em inglês dos documentos referentes a esta reunião em: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_travaux.html. Acesso em 25/07/2014. (Tradução livre)

⁴⁵Lista dos países contratantes disponível em: <http://www.newyorkconvention.org/contracting-states/list-of-contracting-states>. Acesso em 25/07/2014. (Tradução livre)

⁴⁶Art. 1 (1) A presente Convenção aplicar-se-á ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um Estado que não o Estado em que se tencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças, oriundas de divergências entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. A Convenção aplicar-se-á igualmente a sentenças arbitrais não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se tencione o seu reconhecimento e a sua execução.

⁴⁷Art. 111 do CPC. A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.

§ 1º O acordo, porém, só produz efeito, quando constar de contrato escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico.

§ 2º O foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes.

⁴⁸Art. 15 da LINDB. Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos:

- a) haver sido proferida por juiz competente;
- b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado à revelia;
- c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida;

Neste sentido, o primeiro efeito da Convenção de Nova Iorque foi se tornar um padrão mundial para a execução de sentenças proferidas por tribunais arbitrais constituídos fora do país onde se pretenda a execução, o que até hoje não se conseguiu fazer para a execução das sentenças proferidas por tribunais estatais. Conhecendo os requisitos universais para que uma sentença arbitral seja executada fora de sua origem, as partes têm liberdade para escolher como sede da arbitragem um país em que lei lhes seja mais conveniente e depois executar sua decisão em país distinto. Esta possibilidade também contribui para o objetivo da neutralidade da arbitragem. Por exemplo, um brasileiro e um alemão poderiam escolher realizar seu procedimento em Madri, onde nenhum dos dois teria a "*vantagem*" da nacionalidade ou do conhecimento da lei local.

O segundo efeito da Convenção de Nova Iorque foi se tornar a primeira grande referência de padronização das arbitragens. Todos os países que aderiram a Convenção adequaram suas respectivas leis nacionais aos seus dispositivos.

Seu art. 1 estabeleceu a possibilidade de pessoas físicas ou jurídicas recorrerem à arbitragem, bem como os conceitos de arbitragem ad-hoc e institucional. O art. 2⁴⁹ estabeleceu um padrão para a forma das partes contratarem arbitragem. O art. 3⁵⁰ obriga a sentença arbitral nacional e estrangeira a terem o mesmo tratamento. O art. 4⁵¹

d) estar traduzida por intérprete autorizado;

e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal (hoje passou a ser pelo Superior Tribunal de Justiça).

⁴⁹Art. 2 da Convenção de Nova Iorque de 1958.

1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem.

2. Entender-se-á por "acordo escrito" uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.

3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.

⁵⁰Art. 3 da Convenção de Nova Iorque de 1958. Cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada, de acordo com as condições estabelecidas nos artigos que se seguem. Para fins de reconhecimento ou de execução das sentenças arbitrais às quais a presente Convenção se aplica, não serão impostas condições substancialmente mais onerosas ou taxas ou cobranças mais altas do que as impostas para o reconhecimento ou a execução de sentenças arbitrais domésticas.

⁵¹Art. 4 da Convenção de Nova Iorque de 1958.

1. A fim de obter o reconhecimento e a execução mencionados no artigo precedente, a parte que solicitar o reconhecimento e a execução fornecerá, quando da solicitação:

a) a sentença original devidamente autenticada ou uma cópia da mesma devidamente certificada;

b) o acordo original a que se refere o Artigo II ou uma cópia do mesmo devidamente autenticada.

2. Caso tal sentença ou tal acordo não for feito em um idioma oficial do país no qual a sentença é invocada, a parte que solicitar o reconhecimento e a execução da sentença produzirá uma tradução desses documentos para tal idioma. A tradução será certificada por um tradutor oficial ou juramentado ou por um agente diplomático ou consular.

estabeleceu os documentos necessários para a execução da sentença. Os arts. 5⁵² e 6⁵³ estabeleceram o rol taxativo pelo qual a execução de sentença arbitral estrangeira poderia ser indeferida e as providências do Judiciário quanto a isso. É raro encontrar hoje uma lei nacional que não comungue destes conceitos estabelecidos pela Convenção de Nova Iorque, mesmo que o país não seja signatário desta Convenção⁵⁴.

1.1.1.3. UNCITRAL

Em 1966 foi fundada a Comissão das Nações Unidas para o Comércio Internacional ("UNCITRAL"), a qual reconhecia que "*a disparidade de leis nacionais sobre o comércio cria obstáculos a livre circulação de mercadorias*" e tinha por finalidade "*reduzir ou remover tais obstáculos*"⁵⁵.

Procurando padronizar a prática da arbitragem, a UNCITRAL atuou, principalmente, em três frentes: (i) na promoção da Convenção de Nova Iorque de 1958;

⁵²Art. 5 da Convenção de Nova Iorque de 1958.

1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapazes, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou

b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar seus argumentos; ou

c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada; ou

d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou

e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.

2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que:

a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou

b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.

⁵³Art. 6 da Convenção de Nova Iorque de 1958. Caso a anulação ou a suspensão da sentença tenha sido solicitada à autoridade competente mencionada no Artigo V, 1. (e), a autoridade perante a qual a sentença está sendo invocada poderá, se assim julgar cabível, adiar a decisão quanto a execução da sentença e poderá, igualmente, a pedido da parte que reivindica a execução da sentença, ordenar que a outra parte forneça garantias apropriadas.

⁵⁴Por exemplo, os arts. 34 a 40 da Lei 9.307 de 1996 são inspirados na Convenção de Nova Iorque, a qual o Brasil só ratificaria em 2002.

⁵⁵História disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/about/origin.html>. Acesso em 25/08/2014. (Tradução livre)

(ii) na redação das Regras de Arbitragem, para uniformizar a realização de arbitragens ad-hoc, e; (iii) na redação da Lei Modelo de Arbitragem, para uniformizar as leis nacionais dos países membros das Nações Unidas sobre arbitragem. Já tendo sido esclarecida a repercussão da Convenção de Nova Iorque, serão averiguados os outros dois instrumentos.

1.1.1.3.1. Regras de arbitragem de 1976

Apesar da arbitragem institucional oferecer maior segurança do que a arbitragem ad-hoc, ela encarece o custo de realização da arbitragem. Os honorários das câmaras arbitrais costumam ser elevados. Sendo assim, a UNCITRAL concentrou esforços em redigir regras de procedimento que pudessem servir de padrão para as arbitragens ad-hoc e torna-las mais atrativas economicamente.

Em 15/12/1976, pela Resolução nº 31/98, a Assembleia Geral das Nações Unidas recomendou aos seus países membros que adotassem as Regras de Arbitragem da UNCITRAL, por estar:

*"convencida de que o estabelecimento de regras para arbitragens ad-hoc aceitáveis para países de diferentes sistemas jurídicos, sociais e econômicos contribuiria significativamente para o desenvolvimento harmonioso das relações econômicas internacionais"*⁵⁶.

As Regras de Arbitragem da UNCITRAL serviram de modelo para diversas câmaras arbitrais ao redor do mundo redigirem suas próprias regras, quando não adotaram as da UNCITRAL integralmente. A UNCITRAL disponibiliza, inclusive, recomendações às câmaras arbitrais sobre como suas regras devem ser aplicadas⁵⁷.

⁵⁶A Resolução 31/98 da Assembleia Geral das Nações Unidas foi adotada em 15/12/1976 e está disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>. Acesso em 25/08/2014.

⁵⁷As recomendações da UNCITRAL para a interpretação de suas regras podem ser consultadas em seu website: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2012Recommendations.html. Acesso em 25/08/2014.

Foram publicadas emendas às Regras em 2010 e 2013, no intuito de "*continuarem a contribuir para o desenvolvimento harmonioso das relações econômicas internacionais*"⁵⁸.

1.1.1.3.2. Lei modelo de arbitragem de 1985

As Regras de Arbitragem – sejam as das câmaras arbitrais ou da UNCITRAL – estarão sempre submissas à Lei de Arbitragem do país que estiver sediando o processo arbitral. Afinal, a aplicação das regras é decorrente da vontade das partes, que só pode agir nos limites estabelecidos por lei à esta vontade. Sendo assim, não é razoável tentar se padronizar as regras de arbitragem se não se padronizar a lei nacional à qual essas regras, necessariamente, devem se submeter.

Com isso em mente, a UNCITRAL deu sequência ao seu trabalho e promulgou em 1985 sua Lei Modelo de Arbitragem para tratar das consideráveis disparidades entre as leis nacionais que endereçam o tema e servir de referência para uniformizá-las⁵⁹. A Convenção de Nova Iorque e as Regras de Arbitragem deram grande contribuição para a padronização da arbitragem comercial no mundo, mas foi a Lei Modelo que consolidou essa tendência. Não havia o menor consenso entre os países do que seria considerado "*internacional*" ou mesmo dos temas que poderiam ser tratados em arbitragem comercial.

Na França, por exemplo, o art. 1.504⁶⁰ do Código de Processo Civil estabeleceu que a arbitragem seria internacional quando envolvesse "*os interesses do comércio internacional*" e estabeleceu uma legislação específica para esses casos, distinta de sua legislação para arbitragens nacionais – orientação seguida pela maioria das colônias francesas⁶¹. A Suíça, em seu art. 176⁶² do Estatuto Federal de Direito Privado Internacional, também estabeleceu regras específicas para tratar das arbitragens

⁵⁸É possível consultar a íntegra das Regras de Arbitragem da UNCITRAL com suas emendas em: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html. Acesso em 25/08/2014.

⁵⁹É possível consultar a íntegra da Lei Modelo de Arbitragem da UNCITRAL em: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf. Acesso em 25/08/2014.

⁶⁰É possível consultar a versão em inglês do Decreto Francês de 13/01/2011, que reformou os arts. 1504 a 1527 do Código de Processo Civil da França, responsáveis por regularem a arbitragem, em: http://www.iaiparis.com/lois_en.asp. Tradução do francês para o inglês por Emmanuel Gaillard, Nanou Leleu-Knobil e Daniela Pellarini. Acesso em 20/09/2014. (Tradução livre)

⁶¹REDFERN, Alan; HUNTER, Martin et al. Redfern and Hunter on International Arbitration. 5ª Edição. Oxford, Reino Unido. Oxford University Press. 2009. p. 10. (Tradução livre)

⁶²É possível consultar o artigo 176 traduzido para o inglês em https://www.swissarbitration.org/sa/download/IPRG_english.pdf Acesso 20/09/2014. (Tradução livre)

internacionais, mas considerava como sendo internacional a arbitragem em que, pelo menos uma das partes, não é domiciliada ou possui residência habitual na Suíça. Os Estados Unidos da América, para os propósitos da Convenção de Nova Iorque, usam o critério da nacionalidade das partes, mas também consideram internacional a arbitragem entre partes estadunidenses que envolva propriedade localizada em território estrangeiro ou a prestação de serviço fora do país⁶³.

Neste cenário de entendimentos tão diversos, a Lei Modelo se estabeleceu com um referencial "*neutro*" para estabelecer o que deveria ser considerado "*internacional*" e como deveria ser a relação do Judiciário com a arbitragem.

Em 11/12/1985, a Assembleia Geral das Nações Unidas editou a Resolução 40/72 que recomendava a todos os países membros que considerassem a Lei Modelo ao elaborarem ou reformarem suas respectivas leis de arbitragem, em virtude da "*desejabilidade de uniformidade das leis de arbitragem e as necessidades específicas da prática comercial internacional*"⁶⁴.

A incerteza sobre a lei local gera um risco de frustração que pode levar a parte a não realizar a arbitragem em um lugar que, por razões práticas, seria mais adequado para o caso. Por isso, a UNCITRAL afirma que os países que adotam a Lei Modelo atendem aos requisitos do comércio internacional ao oferecer às partes um padrão internacional de arbitragem, aceitável para diferentes sistemas jurídicos⁶⁵.

Apesar da Lei Modelo ter sido redigida com a arbitragem comercial internacional em mente, ela procurou estabelecer princípios básicos que pudessem ser aplicados a qualquer tipo de arbitragem⁶⁶. Inclusive, a UNCITRAL recomenda que as disposições da Lei Modelo também sejam aplicadas às arbitragens domésticas⁶⁷, no que muitos países

⁶³Para mais informações, consultar: REDFERN, Alan; HUNTER, Martin et al. Redfern and Hunter on International Arbitration. 5ª Edição. Oxford, Reino Unido. Oxford University Press. 2009. p. 11. (Tradução livre)

⁶⁴É possível ler a íntegra da Resolução das Nações Unidas nº 40/72 de 11/12/1985 em http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/40/72 Acesso em 25/08/2014.

⁶⁵Conforme consta em: UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 1985 WITH AMENDMENTS AS ADOPTED IN 2006. United Nations, Viena, 2008, p. 25. Disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf Acesso em 25/08/2014. (Tradução livre)

⁶⁶Conforme consta em: UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 1985 WITH AMENDMENTS AS ADOPTED IN 2006. United Nations, Viena, 2008, p. 25. Disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf Acesso em 25/08/2014. (Tradução livre)

⁶⁷Conforme consta em: UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 1985 WITH AMENDMENTS AS ADOPTED IN 2006. United Nations, Viena, 2008, p.

atenderam⁶⁸. A UNCITRAL também recomenda que os países alterem a Lei Modelo apenas o mínimo necessário ao adotá-la⁶⁹.

As três características fundamentais da Lei Modelo são: (i) a preservação da autonomia da vontade das partes na organização do processo arbitral e na escolha das leis aplicáveis; (ii) a intervenção do Judiciário limitada às hipóteses previstas na própria Lei Modelo, conforme seu art. 5⁷⁰; (iii) obrigação do Judiciário executar a sentença arbitral, só podendo anulá-la de acordo com o rol restritivo de hipóteses enumerados nos arts. 35⁷¹ e 36⁷².

25. Disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf
Acesso em 25/08/2014. (Tradução livre)

⁶⁸Lista de países que adotaram a Lei Modelo de Arbitragem da UNCITRAL como sua lei nacional de arbitragem disponível em www.uncitral.org. Acesso em 25/08/2014

⁶⁹Conforme consta em: UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 1985 WITH AMENDMENTS AS ADOPTED IN 2006. United Nations, Viena, 2008, p. 23-24. Disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf
Acesso em 25/08/2014. (Tradução livre)

⁷⁰Art. 5 da Lei Modelo da UNCITRAL. Em assuntos governandos por esta Lei, nenhuma Corte deverá intervir, exceto nas hipóteses previstas nesta Lei. (Tradução livre)

⁷¹Art. 35 da Lei Modelo da UNCITRAL. Reconhecimento e Execução.

(1) A sentença arbitral, independentemente do país em que tenha sido proferida, será reconhecida como tendo força obrigatória e, mediante solicitação por escrito dirigida ao tribunal competente, será executada, sem prejuízo das disposições do presente das disposições do presente artigo e do artigo 36.

(2) A parte que invocar a sentença ou pedir a respectiva execução deve fornecer o original da sentença ou uma cópia certificada. Se a sentença não estiver redigida em um idioma oficial do presente Estado, a parte fornecerá uma tradução devidamente certificada nessa língua. (Tradução livre)

⁷²Art. 36 da Lei Modelo da UNCITRAL. Fundamentos da Recusa ou Reconhecimento da Execução.

(1) O reconhecimento ou a execução de uma sentença arbitral, independentemente do país em que tenha sido proferida, só pode ser recusado:

(a) a pedido da parte contra a qual foi invocado, se essa parte fornecer ao tribunal estatal competente ao qual foi pedido o reconhecimento ou a execução, prova de que:

(i) uma parte da convenção de arbitragem referida no art. 7^o era incapaz; ou que a convenção de arbitragem não é válida nos termos da lei a que as partes a tenham subordinado ou, na falta de qualquer indicação a este respeito, nos termos da lei do presente Estado; ou

(ii) A parte, contra a qual a sentença é invocada, não foi devidamente informada da nomeação de um árbitro ou do procedimento arbitral, ou que lhe foi impossível fazer valer os seus direitos por qualquer outra razão; ou

(iii) A sentença tem por objeto uma disputa não referida ou não abrangida pela convenção de arbitragem ou contem decisões sobre matérias que ultrapassam o âmbito da convenção, a menos que a parte da sentença que contém decisões sobre matérias não submetidas à arbitragem possa ser anulada, caso as decisões sobre matéria submetidas à arbitragem possam ser tratadas separadas das que o não foram;

(iv) A constituição do tribunal arbitral ou o procedimento arbitral não estão conformes ao acordo entre as partes, a menos que referido acordo contrarie uma disposição da presente Lei que as partes não possam derrogar, ou que, na falta de tal acordo, não estão conformes à presente lei; ou

(v) A sentença arbitral não tenha ainda tornado-se obrigatória para as partes ou tenha sido anulada ou suspensa por um tribunal do país no qual, ou segundo a lei do qual, a sentença tenha sido proferida; ou

(b) O tribunal estatal constatar:

(i) Que o objeto da disputa não é susceptível de ser decidido por arbitragem nos termos da lei do presente Estado; ou

(ii) Que o reconhecimento ou a execução da sentença contrariam a ordem pública do presente Estado.

(2) Se um pedido de anulação ou de suspensão de uma sentença tiver sido apresentado a um tribunal referido no parágrafo 1^o, alínea a), subalínea v. deste artigo, o tribunal estatal ao qual foi pedido o reconhecimento

1.1.1.4. Banco Mundial

A instabilidade política de determinados países sempre foi um risco para o comércio internacional. Antigamente, quando o governo promovia o protecionismo das empresas locais; súbitas mudanças legislativas; ou aumentava os impostos, havia pouco que os empresários estrangeiros pudessem fazer para reclamarem seus prejuízos.

Para minimizarem esses riscos políticos, os investidores internacionais estimularam a celebração de Tratados de Investimentos Bilaterais ("BIT", na sigla em inglês). Esses tratados tiveram uma proliferação radical pelo mundo a partir da metade da década de 1990. Hoje, há cerca de 2.500 BITs envolvendo 177 países⁷³.

O ponto em comum entre todos esses BITs é a concessão de direitos ao investidor estrangeiro como, por exemplo: (i) tratamento justo e equitativo; (ii) tratamento da nação mais favorável; (iii) proibição de arbitrariedades ou discriminação contra o investidor estrangeiro; (iv) obrigação de indenizar em caso de expropriação do investimento; e (v) livre circulação de capitais pelas fronteiras⁷⁴.

Temendo o risco de o tribunal estatal ser tendencioso em favor do Estado, os BITs preveem o direito do investidor estrangeiro litigar contra o governo hospedeiro em um tribunal arbitral, com árbitros escolhidos de comum acordo. Levar o litígio entre Estado e investidor estrangeiro para um tribunal privado evitaria que os interesses do investidor fossem afetados pelas "*considerações políticas*" que permeiam as relações internacionais⁷⁵ e concederia a segurança jurídica necessária para a livre circulação do capital.

O Banco Mundial articulou a criação de uma câmara arbitral especializada nestes conflitos de investimento a partir da Convenção para a Solução de Conflitos entre Estados e Nacionais de Outros Estados de 14 de Outubro de 1966 ("ICSID" na sigla em inglês), ou Convenção de Washington. O objetivo da ICSID é "*remover os empecilhos à livre*

ou a execução pode, se julgar apropriado, adiar a sua decisão e pode também, a requerimento da parte que pede o reconhecimento ou a execução da sentença, ordenar à outra parte que preste garantias adequadas. (Tradução livre)

⁷³Dados disponíveis em: HANNESSIAN, Grant; NEWMAN, Lawrence W. (Org.). International Arbitration Checklist: Baker & McKenzie International Dispute Resolution Practice Group. Nova Iorque, Juris Net LLC, 2009, p. 246 (Tradução livre)

⁷⁴HANNESSIAN, Grant; NEWMAN, Lawrence W. (Org.). International Arbitration Checklist: Baker & McKenzie International Dispute Resolution Practice Group. Nova Iorque, Juris Net LLC, 2009, p. 246

⁷⁵Conforme referido por: REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. Redfern and Hunter on International Arbitration. Nova Iorque, Oxford University Press, 2009, p. 467-468. (Tradução livre)

circulação de capital presentes em riscos não comerciais e ausência de meios de solução de conflitos de investimentos", bem como ser "*um forum internacional imparcial para a solução de conflitos entre partes elegíveis* (estados signatários e nacionais de outros estados signatários) *através de procedimentos de conciliação e arbitragem*"⁷⁶.

Atualmente, mais de 140 países ratificaram a ICSID, mas o Brasil não é membro⁷⁷. Deste modo, apesar das arbitragens ICSID não se enquadrarem no objeto deste estudo – por serem arbitragens envolvendo o Estado e por não terem aplicação no Brasil – são uma boa referência para se fazer um paralelo com a arbitragem comercial brasileira, uma vez que a ICSID é uma das poucas câmaras arbitrais que disponibiliza informações a respeito dos processos sob sua administração⁷⁸.

1.1.1.5. OECD

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico ("OECD", na sigla em inglês) tem por missão promover "*políticas que melhorem o bem-estar econômico e social das pessoas ao redor do mundo*"⁷⁹. Atualmente, esta organização conta com 34⁸⁰ membros, sendo a maioria membros da União Europeia, junto com Estados Unidos e Japão. Economias emergentes, como o Brasil, estão em fase de negociação para ingresso, devendo, para tanto, se adequarem aos padrões de governança corporativa e políticas públicas da organização, um processo que pode demorar anos⁸¹.

No tocante à arbitragem, a preocupação da OECD se concentra no seu uso para a solução de conflitos no ambiente empresarial, como prática de boa governança. Neste sentido, destacam-se as reuniões que promoveu em 2003 e 2006 sobre o tema.

⁷⁶Esta declaração está disponível no website da ICSID em <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=English> Acesso 25/08/2014 (Tradução livre)

⁷⁷É possível consultar a lista dos países signatários do Tratado que deu origem à ICSID em: https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=AboutICSID_Home Acesso 25/08/2014 (Tradução livre)

⁷⁸É possível consultar as sentenças arbitrais publicadas pela ICSID e ter informações dos casos em andamento a partir do website: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/default.aspx> Acesso 25/08/2014 (Tradução livre)

⁷⁹Esta declaração está disponível no website da organização: <http://www.oecd.org/about/> Acesso 25/08/2014 (Tradução livre)

⁸⁰É possível consultar a lista completa de países-membros em: <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/> Acesso 25/08/2014 (Tradução livre)

⁸¹Conforme informações disponibilizadas no website da OECD: <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/> Acesso 25/08/2014 (Tradução livre)

Em 25/06/2003, a OECD, em parceria com a UNCITRAL, reuniu um grupo de experts na cidade de Viena, Áustria, para discutir o uso de meios alternativos de solução de conflito nos mercados emergentes, inclusive no Brasil. A conclusão da referida reunião foi a de que o problema da arbitragem nos países emergentes não era a qualidade de suas leis nacionais de arbitragem, mas sim a má qualidade da aplicação da lei pelo Judiciário⁸². Os problemas seriam decorrentes de (i) "*desconhecimento dos juízes locais sobre as interpretações estabelecidas para as leis de arbitragem*"; (ii) "*extensão da autoridade do Judiciário às pessoas consideradas vulneráveis*"; (iii) "*desejo do Judiciário de preservar sua autoridade sobre o processo de solução de conflitos*" e (iv) "*discrepâncias na prática da lei modelo da UNCITRAL, em desacordo com o estabelecido nos países desenvolvidos*"⁸³. A solução proposta na reunião foi investir na formação de juízes nos países emergentes, inclusive no Brasil, para que se adequassem a prática estabelecida pelos países desenvolvidos para arbitragem.

Em 20/03/2006 foi realizada nova reunião de experts em Estocolmo, Suécia, desta vez para identificar e comparar os méritos dos meios de solução de conflitos à disposição do mercado. No tocante à arbitragem, foram destacadas duas limitações: (i) a restrição da jurisdição do árbitro à cláusula arbitral, a qual pode dividir o procedimento entre arbitrável e não arbitrável e forçar processos paralelos com o Judiciário; e a (ii) dificuldade de lidar com procedimentos multipartes, pois nestes casos é difícil que todas as partes cheguem a um acordo sobre como conduzir o procedimento. Apesar de reconhecer muitos avanços, a reunião concluiu que "*o progresso real permanece frustrado por uma produção legislativa e judicial fracas*"⁸⁴.

1.1.1.6. Associação Internacional de Advogados

A *International Bar Organization* ("IBA") é uma associação internacional de juristas, fundada em 1947, para influenciar o desenvolvimento do direito internacional e

⁸²Conforme "*Synthesis Note*" do "*Expert Group Meeting on Dispute Resolution and Corporate Governance*" de 25/06/2003, disponível para download em <http://www.oecd.org/> Acesso 25/08/2014 (Tradução livre)

⁸³Conforme "*Synthesis Note*" do "*Expert Group Meeting on Dispute Resolution and Corporate Governance*" de 25/06/2003, disponível para download em <http://www.oecd.org/> Acesso 25/08/2014 (Tradução livre)

⁸⁴Conforme ata "*Exploratory Meeting Resolution of Corporate Governance Disputes*" de 20/03/2006, disponível para download em <http://www.oecd.org/> Acesso 25/08/2014 (Tradução livre)

moldar o futuro da profissão jurídica⁸⁵. Possui mais de 55 mil juristas como membros e mantêm grupos de trabalho sobre os mais diversos temas do direito, inclusive, sobre arbitragem⁸⁶.

A IBA foi a responsável por produzir regulamentações que são, frequentemente, adotadas como padrão internacional em arbitragens, como (i) o Guia de Representação das Partes em Arbitragens Internacionais de 2013; (ii) o Guia para Produção de Provas em Arbitragens Internacionais; (iii) o Guia de Redação de Cláusulas Arbitrais e (iv) o Guia de Conflitos de Interesse em Arbitragem Internacional⁸⁷.

Há controvérsia no Brasil sobre até que ponto as instruções da IBA devam ser adotadas, pois há doutrinadores que a acusam de ser excessivamente influenciada pelos países de *common law*⁸⁸. Contudo, a nível internacional, suas instruções costumam ser seguidas por serem consideradas "*neutras*" em relação às particularidades nacionais.

1.1.2. A confidencialidade arbitral no comércio internacional

Considera-se confidencial a informação que é detida por um número restrito de pessoas, pois aquilo que é do conhecimento de todos não pode ser considerado um segredo.

Até a década de 1990, havia relativo consenso entre os usuários da arbitragem e os juristas de que a confidencialidade era uma obrigação implícita da arbitragem⁸⁹, devendo as partes respeitá-la ainda que não estivesse expressamente prevista na lei ou em contrato entre as partes. Provavelmente, a confidencialidade não havia sido inclusa no projeto de uniformização até aquele momento em decorrência da presunção deste consenso.

⁸⁵História disponível em http://www.ibanet.org/About_the_IBA/About_the_IBA.aspx (Tradução livre) Acesso em 30/09/2014.

⁸⁶É possível conferir os trabalhos do grupo de estudos sobre arbitragem em: http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Default.aspx. (Tradução livre) Acesso em 30/09/2014

⁸⁷É possível consultar os documentos da IBA em www.ibanet.org. Acesso em 30/09/2014. (Tradução livre)

⁸⁸Em 27/05/2014, no II Seminário de Arbitragem Internacional da FIESP, Adriana Braghetta foi categórica ao afirmar que as regras da IBA "não nos representam", uma vez que advogados brasileiros não foram ouvidos em sua elaboração. Mais informações disponíveis em: <http://www.fiesp.com.br/mobile/noticia/?id=153679> Acesso 30/09/2014

⁸⁹De acordo com: BRAGHETTA, Adriana. Notas sobre a confidencialidade na arbitragem. In: JORGE JUNIOR, Alberto Gosson e outros (Org.). Revista do Advogado, ano XXXIII, nº 119, abril de 2013, p. 8.

A controvérsia começou quando os tribunais estatais de Austrália, Suécia e EUA não seguiram este entendimento defendido pelos doutrinadores da arbitragem e flexibilizaram o sigilo arbitral em suas jurisdições. O precedente australiano impôs que o sigilo arbitral não poderia se estender ao Estado ou ocultar informações de interesse público, enquanto os precedentes sueco e americano declaram que não há obrigação implícita de confidencialidade, devendo as partes – se desejarem – deixarem-na expressa no contrato.

Pela natureza internacional da arbitragem, esses precedentes repercutiram no mundo inteiro, levando alguns países, como Nova Zelândia e Espanha, a preverem expressamente em suas leis que a arbitragem em suas respectivas jurisdições deveria ser confidencial. Contudo, a maioria das legislações permaneceu silente sobre o assunto, deixando que a doutrina e a prática resolvessem a polêmica⁹⁰.

Para a compreensão deste processo, serão analisados neste tópico em relação à arbitragem internacional: (i) a confidencialidade clássica, vigente até a década de 1990 no mundo e ainda hoje endossada pelos tribunais de França e Reino Unido; (ii) a confidencialidade atual, pós-década de 1990, representada sobretudo pelos entendimentos dos tribunais estatais de EUA, Austrália e Suécia; e (iii) com as instituições internacionais que procuram uniformizar a arbitragem reagiram à polêmica.

1.1.2.1. Países a favor da confidencialidade implícita

A confidencialidade clássica consiste no entendimento de que as partes e os árbitros envolvidos na arbitragem possuem o dever implícito de guardar sigilo sobre todas as questões relativas ao processo arbitral, ainda que não haja uma obrigação expressa de confidencialidade na lei ou no acordo das partes sobre a arbitragem⁹¹. É defendida, principalmente, com base nos precedentes judiciais de França e Reino Unido sobre o tema.

A França teve, possivelmente, o primeiro precedente sobre a matéria em 1986, quando o caso *Aita vs. Ojeh* foi julgado pela Cour d'appel de Paris. Aita pediu perante

⁹⁰BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2009, p. 2253. (Tradução livre)

⁹¹Para mais informações, consultar: GAGLIARDI, Rafael Villar. Confidencialidade na arbitragem comercial internacional. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Revista de Mediação e Arbitragem*. Editora Revista dos Tribunais: ano 10, vol. 36, jan-mar 2013, p. 96.

os tribunais franceses a anulação de uma sentença arbitral proferida em Londres, que havia dado ganho de causa a Ojje⁹².

Neste caso, o tribunal francês entendeu que a ação anulatória de sentença arbitral movida por Aita era manifestamente improcedente, já que a França não tinha sido a sede da arbitragem, não sendo competente para apreciar a anulação. Por isso, Aita foi condenada a pagar perdas e danos por violar indevidamente a confidencialidade da arbitragem⁹³. De acordo com Alexis Brown, a ação manifestamente improcedente de Aita "*causou um debate público sobre fatos que deveriam permanecer confidenciais*", e que as partes estariam obrigadas na arbitragem "*ao mais alto grau de discricão*"⁹⁴. Deste modo, o tribunal francês reconheceu também o dever de uma parte indenizar a outra em caso de violação indevida da confidencialidade.

O Reino Unido, por sua vez, destaca-se em três casos sobre confidencialidade arbitral: (i) *Dolling-Baker vs. Merrett*; (ii) *Hassneh vs. Mew*; e (iii) *Ali Shipping vs Shipyard*, os quais são aqui analisados.

Em 1990, o caso *Dolling-Baker vs. Merrett* assentou que haveria uma obrigação implícita de não se usar os documentos da arbitragem para nenhum outro propósito que não a disputa em que foram apresentados. Segundo a "*Court of Appeal*" britânica, o sigilo na arbitragem "*não é uma questão de imunidade ou interesse público. É a questão de uma obrigação implícita que advém da própria natureza da arbitragem*"⁹⁵.

Em 1992, o caso *Hassneh vs. Mew* reiterou que existiria um implícito dever de confidencialidade, que abrangeria todos os documentos produzidos na arbitragem, uma vez que revelar documentos de uma arbitragem privada para terceiros seria o equivalente

⁹²Conforme narrado em: FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. In: FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis (Org). Novos temas de arbitragem. Rio de Janeiro/RJ. FGV, 2014 fls. 102. (Tradução livre)

⁹³Conforme narrado em: FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. Fouchard, Gaillard and Goldman on international commercial arbitration. Edited by Emmanuel Gaillard and John Savage. The Hague. Kluwer Law International, 1999, p. 774.

⁹⁴Conforme relato de: BROWN, Alexis C. Presumption meets reality: an exploration of the confidentiality obligation in the international commercial arbitration. In: American University International Review, Vol. 16, nº 4, 2001, p. 975-976. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1769047. Acesso em 30/04/2015 (Tradução livre)

⁹⁵FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. In: FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis (Org). Novos temas de arbitragem. Rio de Janeiro/RJ. FGV, 2014 fls. 103. (Tradução livre)

a "abrir a porta da sala da arbitragem para o terceiro". A sentença também destacou que as testemunhas estariam adstritas a confidencialidade⁹⁶.

Em 1997, o caso *Ali Shipping vs. Shipyard* estabeleceu um rol de exceções para a divulgação de fatos e documentos das arbitragens, quais sejam: (i) consentimento da parte que produziu o documento; (ii) determinação da corte judicial; (iii) defesa de direitos perante terceiros. Neste último caso, foi estabelecida uma analogia entre o sigilo da arbitragem e o sigilo bancário⁹⁷.

Apesar da sólida construção jurisprudencial de França e Reino Unido, a concepção de um dever implícito de confidencialidade perdeu espaço na arbitragem internacional após os precedentes de Austrália, Suécia e EUA.

1.1.2.2. Países contrários à confidencialidade implícita

Os três primeiros países a questionarem o dogma da confidencialidade implícita foram (i) EUA; (ii) Austrália; e (iii) Suécia. Nas três experiências há a defesa comum de que a confidencialidade não é um aspecto inerente à arbitragem e deve ser expressamente contratado pelas partes.

Ocorrido em 1988, o caso "*United States vs. Panhandle Eastern Corp et. Al*" foi uma ação judicial movida pelo governo americano contra a empresa Panhandle Eastern Corp ("Panhandle") exigindo a apresentação de todos os documentos produzidos pela ré em arbitragem realizada por uma de suas subsidiárias contra a empresa Sonatrach em Genebra, na Suíça, sob o regulamento da CCI⁹⁸. Em sua defesa, Panhandle argumentou que o regulamento da CCI previa a confidencialidade do processo, de modo que não poderia exibir os documentos. A Corte Distrital interpretou que o dever de confidencialidade do regulamento da CCI era restrito aos seus funcionários, não as partes,

⁹⁶FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. In: FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis (Org). Novos temas de arbitragem. Rio de Janeiro/RJ. FGV, 2014 fls. 104. (Tradução livre)

⁹⁷FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. In: FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis (org). Novos temas de arbitragem. Rio de Janeiro/RJ. FGV, 2014 fls. 105. (Tradução livre)

⁹⁸Conforme relato de: BROWN, Alexis C. Presumption meets reality: an exploration of the confidentiality obligation in the international commercial arbitration. In: American University International Review, Vol. 16, nº 4, 2001, p. 976. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1769047 . Acesso em 30/04/2015 (Tradução livre)

e que não haveria dever implícito de confidencialidade. Deste modo, as informações poderiam ser divulgadas⁹⁹.

No entanto, o golpe mais forte sobre o dogma da confidencialidade implícita à arbitragem foi em 1995, na Austrália, no caso "*Esso Australia and Others vs. The Honourable Sidney James Plowman and Others*". Alexis Brown define este caso como "*uma onda gigante – um verdadeiro tsunami australiano – sobre as jurisdições ao redor do mundo*"¹⁰⁰.

O Ministro de Minas e Energia do governo australiano, Sr. Plowman, teve seu acesso negado aos documentos do processo arbitral em que duas empresas estatais australianas - "*Gas & Field Corporation of Victoria*" e "*State Electricity Commission of Victoria*" - litigavam contra as empresas "*Esso Australia*" e "*BHP Petroleum*", sob o argumento que estes documentos estariam protegidos pela confidencialidade inerente à arbitragem. O Ministro levou o caso para o Judiciário australiano, afirmando que, pela função pública que exercia, tinha o dever de analisar a documentação pertinente a um litígio que – dependendo do desfecho – poderia resultar em aumento de preços para o consumidor australiano¹⁰¹.

Ao julgar o caso, a Suprema Corte Australiana confirmou o entendimento de Justice Brooking, da Suprema Corte de Victoria, ao decidir que a confidencialidade não era "*parte inerente à arbitragem*", como defendiam os tribunais do Reino Unido.

De acordo com a Suprema Corte Australiana, mesmo que houvesse um acordo de confidencialidade entre as partes, ele não seria absoluto, pois as próprias partes revelariam as informações ao Judiciário – em uma eventual execução de sentença arbitral – ou aos seus acionistas e empresas de seguro. Além disso, as partes não teriam exigido que as testemunhas que participaram do processo arbitral assinassem um acordo de confidencialidade¹⁰².

⁹⁹FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. In: FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis (Org). Novos temas de arbitragem. Rio de Janeiro/RJ. FGV, 2014 fls. 113.

¹⁰⁰Conforme relato de: BROWN, Alexis C. Presumption meets reality: an exploration of the confidentiality obligation in the international commercial arbitration. In: American University International Review, Vol. 16, nº 4, 2001, p. 978. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1769047. Acesso em 30/04/2015 (Tradução livre)

¹⁰¹Conforme relato de: BROWN, Alexis C. Presumption meets reality: an exploration of the confidentiality obligation in the international commercial arbitration. In: American University International Review, Vol. 16, nº 4, 2001, p. 979-980. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1769047. Acesso em 30/04/2015 (Tradução livre)

¹⁰²Conforme relato de: BROWN, Alexis C. Presumption meets reality: an exploration of the confidentiality obligation in the international commercial arbitration. In: American University International Review, Vol.

Contudo, o fato mais relevante da sentença foi a afirmação de que a confidencialidade da arbitragem sempre teria uma "*clara exceção ao interesse público*". Afinal, "*como poderiam os consumidores e a população de Victoria terem negado o conhecimento dos fatos do processo arbitral, quando seu desfecho muito provavelmente afetará os preços pagos pelos consumidores às empresas públicas*"¹⁰³? Deste modo, o precedente australiano determinou que a confidencialidade arbitral contratada entre as partes deveria ceder ante o interesse público¹⁰⁴.

Apenas cinco anos após o precedente australiano, no ano 2000, a Suprema Corte da Suécia chegou a um entendimento semelhante no caso "*Ait Trade Finance Inc* ("*AIT*") *vs Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd.* ("*Bulbank*")". Neste caso, a Corte da Cidade de Estocolmo havia condenado AIT por divulgar a sentença da arbitragem que havia realizado com Bulbank. O processo chegou até a Suprema Corte Sueca, a qual entendeu que apesar da arbitragem ser procedimento privado e reservado em relação à presença de terceiros (privacidade), as partes teriam liberdade para divulgar informações sobre o caso na ausência de um acordo expresso de confidencialidade¹⁰⁵. A sentença sueca chegou a frisar que a parte divulgar "*um fato da arbitragem*" seria muito diferente de "*revelar os segredos comerciais da outra parte*", de modo que para eventuais indenizações por quebra de confidencialidade deveriam ser levados em consideração se houve intenção de AIT em prejudicar a outra por meio da publicidade e se, por meio dela, teria ocorrido um prejuízo real¹⁰⁶.

Por causa destes precedentes, países como Nova Zelândia e o Reino da Espanha deixaram expresso em suas leis de arbitragem o dever de confidencialidade para não

16, nº 4, 2001, p. 980. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1769047. Acesso em 30/04/2015 (Tradução livre)

¹⁰³Palavras de Chief Justice Mason, da Suprema Corte Australiana, relatadas por: BROWN, Alexis C. Presumption meets reality: an exploration of the confidentiality obligation in the international commercial arbitration. In: American University International Review, Vol. 16, nº 4, 2001, p. 980. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1769047. Acesso em 30/04/2015 (tradução livre)

¹⁰⁴Este caso é comentado por quase todos os autores que tratam da confidencialidade arbitral no Brasil. Contudo, a maioria não menciona o fato de ter sido defendido na sentença a ideia de que o sigilo arbitral deve ceder ante o interesse público, limitando-se a comentar as outras justificativas para a quebra da confidencialidade. Neste sentido, ler: DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional. Editora Renovar. Rio de Janeiro. 2003, p. 82.

¹⁰⁵FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. In: FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis (org). Novos temas de arbitragem. Rio de Janeiro/RJ. FGV, 2014 fls. 113.

¹⁰⁶Conforme relato de: BROWN, Alexis C. Presumption meets reality: an exploration of the confidentiality obligation in the international commercial arbitration. In: American University International Review, Vol. 16, nº 4, 2001, p. 986. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1769047. Acesso em 30/04/2015 (Tradução livre)

entrarem na discussão sobre a existência de um dever implícito de confidencialidade. A diferença entre eles é que o Reino da Espanha não estabeleceu nenhum parâmetro a justificar a quebra de confidencialidade, enquanto a Nova Zelândia teve essa preocupação.

A lei espanhola de arbitragem, em seu art. 24 (2), obriga as partes, os árbitros e as instituições arbitrais a "*honrar a informação recebida por ocasião da arbitragem*"¹⁰⁷, sem enumerar exceções.

A Lei de Arbitragem da Nova Zelândia de 1996 proíbe a divulgação de quaisquer dados e informações relativos ao procedimento arbitral e à própria sentença arbitral¹⁰⁸. Contudo, determina que, caso a arbitragem requirite auxílio do Judiciário, os atos do juiz estatal serão, em regra, públicos¹⁰⁹, só podendo ser determinada a confidencialidade caso o juiz togado considere que esta não estará infringindo o interesse público.

Contudo, a maioria dos países manteve a legislação omissa sobre a confidencialidade da arbitragem, sendo recomendável que as partes que desejarem a confidencialidade a prevejam expressamente em contrato ou escolham para sede da

¹⁰⁷Act 60/2003 de 23 de Dezembro, disponível em inglês no website do governo espanhol: <http://www.mpr.gob.es/servicios/Paginas/index.aspx>. Acesso 15/01/2015 (Tradução livre)

¹⁰⁸PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. In: WALD, Arnaldo. Revista de Arbitragem e Mediação. Editora Revista dos Tribunais: ano 2, vol. 6, jul-set 2005, p. 28.

É possível consultar a íntegra em inglês da lei neozelandesa no website de seu governo: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1996/0099/latest/DLM1075803.html>. Acesso em 22/01/2015. A confidencialidade é abordada nos arts. 14 a 14-I. Os arts. 14-A e 14-B são os que estabelecem a privacidade e a confidencialidade como regras:

Art. 14-A. Arbitral proceedings must be private

An arbitral tribunal must conduct the arbitral proceedings in private.

Art. 14-B. Arbitration agreements deemed to prohibit disclosure of confidential information

(1) Every arbitration agreement to which this section applies is deemed to provide that the parties and the arbitral tribunal must not disclose confidential information.

(2) Subsection (1) is subject to [section 14C](#).

¹⁰⁹Art. 14-F. Court proceedings under Act must be conducted in public except in certain circumstances

(1) A court must conduct proceedings under this Act in public unless the court makes an order that the whole or any part of the proceedings must be conducted in private.

(2) A court may make an order under subsection (1):

(a) on the application of any party to the proceedings; and

(b) only if the court is satisfied that the public interest in having the proceedings conducted in public is outweighed by the interests of any party to the proceedings in having the whole or any part of the proceedings conducted in private.

(3) If an application is made for an order under subsection (1), the fact that the application had been made, and the contents of the application, must not be made public until the application is determined.

(4) In this section and [sections 14G to 14I](#), court:

(a) means any court that has jurisdiction in regard to the matter in question; and

(b) includes the High Court and the Court of Appeal; but

(c) does not include an arbitral tribunal

proceedings includes all matters brought before the court under this Act (for example, an application to enforce an arbitral award).

arbitragem países como França e Reino Unido, que ainda defendem a confidencialidade implícita.

Importante frisar que, independente de todo o debate sobre a existência, ou não, de um dever de confidencialidade implícito - ou os limites deste dever - a maioria dos empresários que recorrem à arbitragem continuam considerando o sigilo muito importante. Confirmando esta percepção, uma pesquisa com empresários dos setores de finanças, construção e energia revelou que, para 21% dos entrevistados, a confidencialidade era o atributo mais importante da arbitragem, atrás apenas da neutralidade, que ficou com 28%¹¹⁰.

1.1.2.3. Posicionamento dos organismos internacionais

A CCI, seguindo o entendimento da França, declara manter todos os processos arbitrais sob sua administração em sigilo para que "*o seu negócio* (do usuário da arbitragem) *não seja da conta de ninguém*"¹¹¹.

Por outro lado, a ICSID torna público os julgamentos que administra em seu website, informando desde o pedido inicial da arbitragem até a sentença proferida pelos árbitros¹¹². Nestes casos, segundo Grant Hannessian, David Fraser e Alexis Martinez, a publicidade é necessária, pois "*tão logo o registro se torne público, a imagem do país hospedeiro e o clima de investimentos no país sofrerá, o que concede uma posição mais favorável ao investidor nas negociações*"¹¹³.

Por sua vez, os membros do Comitê de Investimento da OECD adotam o entendimento de que "*árbitros decidirem uma questão puramente comercial a portas fechadas não ofende a justiça*"¹¹⁴. Contudo, os membros do Comitê reconhecem que o

¹¹⁰A pesquisa ocorreu em 2013 e foi organizada conjuntamente pela Universidade de Queen Mary e pela PriceWaterhouseCoopers. Ela está disponível em inglês no link: <http://www.pwc.com/arbitrationstudy>. Acesso em 30/03/2015 (Tradução livre)

¹¹¹Conforme consta na opção "Frequently Asked Questions" de seu website, que pode ser acessado pelo link: <http://www.iccwbo.org/faqs/frequently-asked-questions-on-icc-arbitration/#Q4> Acesso 20/03/2015 (Tradução livre)

¹¹²É possível consultar os precedentes da ICSID em <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/default.aspx>. Acesso 20/03/2015 (Tradução livre)

¹¹³HANNESSIAN, Grant; FRASER, David A.; MARTINEZ, Alexis. Investor-State arbitration. In: HANNESSIAN, Grant; NEWMAN, Lawrence W. (Org.). International Arbitration Checklist: Baker & McKenzie International Dispute Resolution Practice Group. Nova Iorque, Juris Net LLC, 2009, p. 248.

¹¹⁴OECD (2005), Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures, OECD Working Papers on International Investment, 2005/01, OECD Publishing, p. 2.

fato de tribunais arbitrais confidenciais adentrarem temas de interesse público é controverso e tem gerado protestos em alguns países¹¹⁵. No entanto, consideram que este interesse público está mais presente nas arbitragens decorrentes de BIT, do que nas arbitragens comerciais entre particulares. Por esta razão, entendem que "*quando um processo levantar importantes questões de interesse público*" seria desejável a "*participação de terceiros no processo*", sujeita, contudo, a orientações claras e específicas sobre como se daria esta participação¹¹⁶. A OECD destaca, também, a necessidade de concordância prévia das partes para a publicação de sentenças e que os segredos de negócios e de Estado devem ser preservados¹¹⁷.

Os redatores da Lei Modelo da UNCITRAL declaram que não incluiriam o tópico da confidencialidade na Lei Modelo, pois há "*bons argumentos*" tanto a favor do sigilo absoluto, quanto da publicidade de uma sentença arbitral, de modo que consideraram melhor deixar esta questão para as regras de arbitragem ou a vontade das partes resolverem¹¹⁸.

No mesmo sentido, a IBA no documento "*Diretrizes da IBA para a Redação de Cláusulas de Arbitragem Internacional*" ressalta que há uma presunção dos usuários da arbitragem de que a arbitragem seja confidencial, mas em muitas jurisdições "*as partes não tem qualquer obrigação de manter o conteúdo do procedimento arbitral confidencial*". Portanto, para deixarem tudo esclarecido, as partes deveriam deixar claro na redação da cláusula arbitral se o procedimento será, ou não, confidencial, especificando a extensão do sigilo, caso o contratem¹¹⁹.

Disponível para download em http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2005_1.pdf. Acesso em 30/04/2015.

¹¹⁵OECD (2005), "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures, OECD Working Papers on International Investment, 2005/01, OECD Publishing, p. 2. Disponível para download em http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2005_1.pdf. Acesso em 30/04/2015.

¹¹⁶OECD (2005), "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures, OECD Working Papers on International Investment, 2005/01, OECD Publishing, p. 1. Disponível para download em http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2005_1.pdf. Acesso em 30/04/2015.

¹¹⁷OECD (2005), "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures, OECD Working Papers on International Investment, 2005/01, OECD Publishing, p. 1. Disponível para download em http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2005_1.pdf. Acesso em 30/04/2015.

¹¹⁸Conforme relato de: BORN, Gary. International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2009, p. 2254. (Tradução livre)

¹¹⁹DIRETRIZES DA IBA PARA A REDAÇÃO DE CLÁUSULAS DE ARBITRAGEM INTERNACIONAL. Adotadas pela Resolução do Conselho da IBA de 07/10/2010 e traduzidas do inglês para o português por Eduardo Damiano Gonçalves. Londres, 2010, p. 25-26. Disponível para download em www.ibanet.org. Acesso em 30/09/2014.

Deste modo, é seguro afirmar que não há consenso no cenário internacional sobre como deve ser tratada a confidencialidade do processo arbitral.

1.2. Arbitragem no Brasil

Historicamente, o Brasil teve três problemas com a arbitragem entre particulares que o impediu de se adequar aos padrões internacionais para o instituto. O país não admitia que: (i) a arbitragem impedisse a apreciação ou revisão do mérito do litígio pelo Judiciário; (ii) a cláusula arbitral tivesse eficácia própria; e (iii) as decisões proferidas em arbitragem não precisassem ser homologadas pelo Judiciário para surtirem efeitos.

Em síntese, era uma divergência sobre a abrangência que podia ser concedida à autonomia da vontade. O caminho que levou o Brasil ao padrão mundial foi de "*idas e vindas*", até o ponto de relegar o instituto ao ostracismo por quase cem anos, retomando-o apenas com a Lei 9.307/96.

As Ordenações Filipinas – promulgadas em 1603 quando o Brasil ainda era colônia – continham as primeiras menções legislativas à arbitragem no Brasil, em seu Livro III, Título XVI¹²⁰. Neste primeiro diploma, a arbitragem era extremamente fiscalizada pelo juiz, sendo possível que o juiz estatal: (i) recebesse recurso das partes contra a sentença arbitral¹²¹; e (ii) reapreciasse todas as provas apresentadas na arbitragem, com a faculdade de reverter o julgamento¹²².

Após a independência do Brasil, a Constituição de 1824 estabeleceu no art. 160 que as partes poderiam nomear "*Juízes Arbitros*" para atuarem nas ações "*cíveis, e nas*

¹²⁰A íntegra das Ordenações Filipinas estão disponíveis em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p578.htm>. Acesso em 25/07/2014.

¹²¹Título XVI. Posto que as partes compromettam em algum Juiz, ou Juízes arbitros, e se obriguem no compromisso star por sua determinação e sentença, e que della não possam apellar, nem aggravar, e o que o contrário fizer pague à outra parte certa pena, e ainda que no compromisso se diga, que paga a pena ou não paga, fique sempre a sentença dos árbitros firme e valiosa; poderá a parte, que se sentir agravada, sem embargo de tudo isto, apellar de sua sentença para os superiores, sem pagar a dita pena; e se os árbitros lhe denegarem a appellação, façam-lha dar ao Juízes ordinários. Porém, se os Juízes da appellação confirmarem a sentença dos árbitros, de que for apelado, pagará o apelante ao vencedor a pena conteúda no compromisso, que não se pode escusar de a pagar, pois prometeu não vir contra a sentença e he achado que injustamente della apellou. E posto que as partes renunciem o beneficio desta Lei, tal renúnciação será de nenhum effeito.

¹²²Título XVI. E no caso em que fôr appellado dos Juízes árbitros, e recebida appellação, todas as provas, assi de testemunhas como de scripturas, que per ambas as partes forem dadas perante os arbitros, farão fé perante os Juízes da appellação assi e tão cumpridamente, como já fizeram perante os árbitros durante o seu Juízo.

penas civilmente intentadas", sendo a sentença que proferirem irrecorrível, se, assim, "*convencionarem as mesmas Partes*"¹²³.

Em seguida, o Código Comercial de 1850¹²⁴ e o Regulamento 737¹²⁵ do mesmo ano fizeram uma mudança radical em relação à legislação das Ordenações Filipinas, ao estabelecerem uma arbitragem obrigatória independente da vontade das partes. Assim, o Código Comercial determinou que seriam obrigatoriamente levadas à arbitragem as causas que (i) resultassem de contratos de locação mercantil (art. 245¹²⁶); (ii) envolvessem matéria societária em geral (art. 294¹²⁷); (iii) liquidação de sociedades (art. 348¹²⁸); (iv) casos de naufrágios (art. 739¹²⁹); (v) avarias (art. 783¹³⁰) e; (vi) quebras (art.

¹²³Art. 160 da Constituição de 1824. Nas civeis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.

¹²⁴É possível consultar a íntegra do Código Comercial de 1850 em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10556-1850.htm. Acesso em 09/03/2015

¹²⁵É possível consultar a íntegra do Regulamento 737 em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm. Acesso em 09/03/2015

¹²⁶Art. 245 do Código Comercial. Todas as questões que resultarem de contrato de locação mercantil serão decididas em juízo arbitral.

¹²⁷Art. 294 do Código Comercial. Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral.

¹²⁸Art. 348 do Código Comercial. Acabada a liquidação, e proposta a forma de divisão e partilha, e aprovada uma e outra pelos sócios liquidados, cessa toda e qualquer reclamação da parte destes, entre si reciprocamente e contra os liquidantes. O sócio que não aprovar a liquidação ou a partilha é obrigado a reclamar dentro de 10 (dez) dias depois desta lhe ser comunicada; pena de não poder mais ser admitido a reclamar, e de se julgar por boa a mesma liquidação e partilha.

A reclamação que for apresentada em tempo, não se acordando sobre ela os interessados, será decidida por árbitros, dentro de outros 10 (dez) dias úteis; os quais o juiz de direito do comércio poderá prorrogar por mais 10 (dez) dias improrrogáveis.

¹²⁹Art. 739 do Código Comercial. As questões que se moverem sobre o pagamento de salvados, serão decididas por árbitros no lugar do distrito onde tiver acontecido o naufrágio.

¹³⁰Art. 783 do Código Comercial. A regulação, repartição ou rateio das avarias grossas serão feitos por árbitros, nomeados por ambas as partes, as instâncias do capitão.

Não se querendo as partes louvar, a nomeação de árbitros será feita pelo Tribunal do Comércio respectivo, ou pelo juiz de direito do comércio a que pertencer, nos lugares distantes do domicílio do mesmo tribunal. Se o capitão for omisso em fazer efetuar o rateio das avarias grossas, pode a diligência ser promovida por outra qualquer pessoa que seja interessada.

846¹³¹). Por sua vez, o art. 23 § 4º¹³² do Regulamento 737 deixou claro que as causas arbitrais eram exceções aos tribunais do Estado.

Apesar desta arbitragem compulsória ter sido – de certa forma – uma valorização do instituto, também o deturpou. A grande vantagem da arbitragem em relação ao Judiciário é a sua voluntariedade. As partes optam por se submeter a ela e, por isso, tendem a ser mais colaborativas com seu desenvolvimento. A compulsoriedade a descaracteriza e reduz sua eficiência¹³³.

Esta arbitragem compulsória perdurou até a Lei 1.350/1866¹³⁴, na qual ficou estabelecida no artigo 1 § 1º¹³⁵ que a arbitragem sempre seria voluntária. No ano seguinte, o Decreto nº 3.900 de 1867 criou empecilhos à forma de contratar a arbitragem, quando reduziu em seu art. 9º¹³⁶, a cláusula arbitral a uma mera promessa.

Explique-se: o Decreto fazia distinção entre cláusula arbitral e compromisso arbitral. A cláusula arbitral era celebrada anteriormente ao conflito e não continha os

¹³¹Art. 846 do Código Comercial. Na segunda reunião dos credores, apresentados os pareceres da Comissão e Curador fiscal, e não se oferecendo duvida sobre a admissão dos créditos constantes da lista, e havidos por verificados para o fim tão somente de habilitar o credor para poder votar e ser votado, o Juiz comissário proporá à deliberação da reunião o projeto de concordata, se o falido o tiver apresentado.

Porém se houver contestação sobre algum crédito, e não podendo o Juiz comissário conciliar as partes, se louvarão estas no mesmo ato em dois Juizes árbitros; os quais remeterão ao mesmo Juiz o seu parecer, dentro de cinco dias. Se os dois árbitros se não conformarem, o Juiz comissário dará vencimento com o seu voto àquela parte que lhe parecer, para o fim sobredito somente, e desta decisão arbitral não haverá recurso algum.

¹³²Art. 23 do Regulamento 737. Nenhuma causa commercial será proposta em Juizo contencioso, sem que préviamente se tenhn tentado o meio da conciliação, ou por acto judicial, ou por comparecimento voluntario das partes. Exceptuam -se:

§ 4. As causas arbitraes, as de simples officio do Juiz, as execuções, comprehendidas as preferencias e emhargos de terceiro; e em geral só é necessaria a conciliação para a acção principal, e não para as preparatorias ou incidentes (Tit, 7º Codigo).

¹³³Jacob Dolinger entende que, atualmente, a compulsoriedade da arbitragem é inconstitucional pelo art. 5, XXXV da Constituição de 1988 e critica atuais projetos do legislativo que pretendem revivê-la. DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional. Rio de Janeiro/RJ. Editora Renovar, 2003. p. 21.

¹³⁴Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-1350-14-setembro-1866-554052-publicacaooriginal-72489-pl.html>. Acesso em 11/03/2015.

¹³⁵Art. 1 da Lei 1.350/1866. Fica derogado o Juizo Arbitral necessario, estabelecido pelo artigo vinte titulo unico do Codigo Commercial.

§ 1. O Juizo Arbitral será sempre voluntario mediante o compromisso das partes.

¹³⁶Art. 9º do Decreto 3.900/1867. A cláusula de compromisso, sem a nomeação de árbitros, ou relativa a questões eventuais não vale senão como promessa, e fica dependente para sua perfeição e execução de novo e especial acordo das partes, não só sobre os requisitos do art. 8º, senão também sobre as declarações do art. 10º. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10556-1850.htm. Acesso em 25/07/2014. Essa arbitragem compulsória só deixou de existir com o advento da lei 1.350/1866.

requisitos dos arts. 8º¹³⁷ e 10¹³⁸ do Decreto, como o motivo do conflito, quem serão os árbitros, o prazo para que seja proferida a sentença, entre outros requisitos que só seriam conhecidos ou negociados quando do surgimento do conflito. Após o surgimento do litígio, as partes celebrariam um compromisso arbitral, que conteria essas especificações.

O art. 9º determinou que apenas o compromisso arbitral teria força obrigatória sobre as partes, capaz de afastar a causa do Judiciário. A parte que celebrasse a cláusula arbitral e se recusasse a celebrar o compromisso seria obrigada apenas ao pagamento de perdas e danos por quebra de promessa. O entendimento era que – sem os requisitos que delimitassem o conflito e o âmbito de atuação do árbitro – o contrato estaria incompleto e não poderia ter força executória. Deste modo, o sucesso da arbitragem era dependente da capacidade das partes celebrarem o compromisso arbitral posterior ao litígio, algo que – sem uma penalidade maior pelo descumprimento – era improvável.

Ainda que o compromisso arbitral fosse celebrado com êxito e a arbitragem chegasse a uma decisão, seria preciso aguardar a homologação do resultado da arbitragem pelo Judiciário, conforme art. 59¹³⁹, a menos que o árbitro eleito fosse um juiz, caso em que a homologação seria dispensada na forma do art. 60¹⁴⁰. Apesar do escopo limitado que o Judiciário dispunha para anular a decisão arbitral, estabelecido nos arts. 65¹⁴¹ e 66¹⁴², esta obrigatoriedade de homologação ou (i) limitava a escolha de árbitro das partes

¹³⁷Art. 8º do Decreto 3.900/1867. O compromisso deve conter sob pena da nullidade:

§ 1º Os nomes, pronomes e domicilio dos arbitros.

§ 2º O objecto da contestação sujeita á decisão dos arbitros.

¹³⁸Art. 10 do Decreto 3.900/1867. Além dos requisitos essenciaes do art. 8º podem as partes acrescentar no compromisso as seguintes declarações:

§ 1º O prazo, em que os arbitros devem dar a sua decisão.

§ 2º Se a decisão dos arbitros será executada - sem recurso.

§ 3º A pena convencional, que pagará á outra parte áquella que recorrer da decisão arbitral, não obstante a clausula - sem recurso.

A pena convencional nunca será maior que o terço do valor da demanda.

§ 4º Autorisação para os arbitros julgarem por equidade, independentemente das regras e firmas do direito.

§ 5º Autorisação para nomeação de 3º arbitro.

¹³⁹Art. 59 do Decreto 3.900/1867. A sentença arbitral só póde ser executada depois de homologada.

¹⁴⁰Art. 60 do Decreto 3.900/1867. A sentença arbitral proferida pelo Juiz da 1ª instancia ou por qualquer membro dos Tribunaes do Commercio, quér como arbitro unico e commum das partes, quér intervenha qualquer delles sómente como arbitro nomeado por uma dellas, será executada independentemente de homologação.

¹⁴¹Art. 65 do Decreto 3.900/1867. A clausula - sem recurso - não obsta a appellação:

§ 1º Sendo nullo ou extincto o compromisso.

§ 2º Excedendo os arbitros os poderes conferidos pelo compromisso.

§ 3º Preterindo os arbitros as fórmulas essenciaes do processo.

¹⁴²Art. 66 do Decreto 3.900/1867. Decidindo o Tribunal superior que não houve algum dos casos referidos no artigo antecedente, não tomará conhecimento da appellação.

aos juízes estatais ou (ii) forçava-as a enfrentar a morosidade do Judiciário após o resultado da arbitragem.

O Código Civil de 1916 ratificou o entendimento do Decreto 3.900 de 1867 ao (i) reconhecer, em seus arts. 1.037¹⁴³ e 1.039¹⁴⁴, apenas o compromisso arbitral como apto a afastar a apreciação do caso pelo Judiciário; e (ii) exigir, em seu art. 1.045¹⁴⁵, a homologação da decisão arbitral pelo Judiciário para que produzisse seus efeitos. A cláusula arbitral continuava a valer como mera promessa, passível de indenização por perdas e danos, se não cumprida.

Por sua vez, o Código de Processo Civil de 1973, em sua redação original¹⁴⁶, adotava o mesmo entendimento. O art. 267, VII¹⁴⁷, que foi revogado pela LBA, estabelecia que apenas o compromisso, e não a cláusula arbitral, teria a autoridade para afastar a apreciação do caso pelo Judiciário, o qual deveria conter, sob pena de nulidade, os requisitos dos art. 1.039 do Código Civil de 1916 e art. 1.074¹⁴⁸ do CPC. Os artigos 1098 a 1102¹⁴⁹ do CPC regulavam as exigências para que o Judiciário homologasse as decisões oriundas da arbitragem.

¹⁴³Art. 1.037 do CC de 1916. As pessoas capazes de contratar poderão, em qualq buer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais, ou extrajudiciais.

¹⁴⁴Art. 1.039 do CC de 1916. O compromisso, além do objeto e do litígio a ele submetido, conterà os nomes, sobrenomes e domicilio dos árbitros, bem como os dos substitutos nomeados para os suprir, no caso de falta ou impedimento.

¹⁴⁵Art. 1.045 do CC de 1916. A sentença arbitral só se executará, depois de homologada, salvo se for proferida por juiz de primeira ou segunda instância, como árbitro nomeado pelas partes.

¹⁴⁶Todos os dispositivos do CPC de 1973 e do CC de 1916 citados neste parágrafo foram revogados pela LBA.

¹⁴⁷Art. 267 do CPC. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:

VII – pelo compromisso arbitral

¹⁴⁸Art. 1.074 do CPC. O compromisso conterà, sob pena de nulidade:

I – os nomes, profissão e domicilio das pessoas que instituírem o juízo arbitral;

II – os nomes, profissão e domicilio dos árbitros, bem como os dos substitutos nomeados para o caso de falta ou impedimento;

III – o objeto do litígio, com todas as suas especificações, inclusivamente o seu valor;

IV – a declaração de responsabilidade pelo pagamento dos honorários dos peritos e das despesas processuais (art. 20).

¹⁴⁹Art. 1098 do CPC. É competente para a homologação do laudo arbitral o juiz a que originalmente tocar o julgamento da causa.

Art. 1099 do CPC. Recebidos os autos, o juiz determinará que as partes se manifestem, dentro de dez (10) dias, sobre o laudo arbitral; e em igual prazo o homologará, salvo se o laudo for nulo.

Art. 1100 do CPC. É nulo o laudo arbitral:

I- se nulo o compromisso;

II – se proferido fora dos limites do compromisso, ou em desacordo com o seu objeto;

III – se não julgar toda a controvérsia submetida ao juízo;

IV – se emanou de quem não podia ser nomeado árbitro;

V – se os árbitros foram nomeados sem observância das normas legais ou contratuais;

VI – se proferido por equidade, não havendo autorização prevista no artigo 1.075, IV;

VII – se não contiver os requisitos essenciais exigidos pelo artigo 1.095;

Como consequência desta exigência de homologação pelo Judiciário, Carlos Alberto Carmona¹⁵⁰ acusa três prejuízos: (i) eliminação da possibilidade de confidencialidade; (ii) aumento do custo do litígio; e (iii) prejuízo à celeridade processual, pois seria necessário que a decisão arbitral tramitasse por todo o sistema de recursos do Judiciário até transitar em julgado.

Deste modo, para que a arbitragem fosse válida, seria necessário que: (i) as partes chegassem a um acordo após o surgimento do litígio; e, caso bem-sucedidas, (ii) aguardassem o trâmite do Judiciário para a sentença arbitral ser validada. A combinação desses dois elementos é apontada como responsável pelo desuso da arbitragem no Brasil antes do advento da Lei 9.307/96.

1.2.1. A Lei 9.307/96: inserção do Brasil no projeto de padronização da arbitragem

O impacto da Lei 9.307/96 no Brasil foi tão grande, que Joaquim Muniz afirma que, desde sua promulgação, "*cada vez mais operadores do direito participam de processos arbitrais*" e arrisca a previsão de que a arbitragem "*se tornará um dos principais foros para disputas empresariais*"¹⁵¹.

Para um instituto que, apesar de ter previsão legislativa, nunca conseguiu se firmar satisfatoriamente em 400 anos, é uma mudança radical.

Para entender como isso foi possível, serão analisadas (i) a tramitação no Congresso do Projeto de Lei do Senado nº 78/92 (Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 4.018/93)¹⁵² – para identificar a intenção do legislador para a LBA; (ii) as características da Lei 9.307/96 – para analisar como foram solucionadas as limitações das legislações anteriores; e (iii) o Julgamento da SE 5.206 do STF, que reconheceu a

VIII – se proferido fora do prazo.

Art. 1.101 do CPC. Cabe apelação da sentença que homologar ou não o laudo arbitral.

Parágrafo único. A cláusula "sem recurso" não obsta a interposição de apelação, com fundamento em qualquer dos vícios enumerados no artigo antecedente; o tribunal, se negar provimento à apelação condenará o apelante na pena convencional.

Art. 1.102 do CPC. O tribunal, se der provimento à apelação, anulará o laudo arbitral:

I – declarando nulo e de nenhum efeito, nos casos do artigo 1.100m números I, IV, V e VIII;

II – mandando que o juízo profira novo laudo nos demais casos.

¹⁵⁰CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96. 3ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo/SP. Editora Atlas, 2009. p. 5.

¹⁵¹MUNIZ, Joaquim de Paiva. Direito arbitral: aspectos práticos do procedimento. 2ª edição revista e ampliada. Curitiba/PR. Editora CRV, 2014 fls. 15.

¹⁵²Documentação fornecida pela Biblioteca do Senado Federal em 16/03/2015, após solicitação por email.

conformidade da Lei de Arbitragem à Constituição Federal de 1988 e confirmou a intenção do legislador e as mudanças realizadas como válidas.

1.2.1.1. Projeto de lei nº 78/92: fruto do liberalismo

O senador Marco Maciel (PFL-PE), autor do Projeto de Lei nº 78/92, que deu origem à Lei 9.307/96, definiu a arbitragem como sendo "*uma contribuição que o liberalismo moderno presta ao bom desenvolvimento da Justiça no país*"¹⁵³. Segundo ele, o monopólio da justiça pelo Judiciário é "*um exemplo de socialismo real no mundo jurídico*" e, tal qual "*todos os outros monopólios estatais*", já teria revelado suas "*notórias deficiências e os seus resultados negativos*"¹⁵⁴.

A arbitragem, então, ajudaria a "*desafogar o Judiciário*", ao oferecer "*um foro adequado às causas envolvendo direito comercial, negócios internacionais ou matérias de alta complexidade, para as quais o Poder Judiciário não está aparelhado*"¹⁵⁵. Não apenas isso, permitiria ao Brasil seguir o exemplo dos "*povos mais avançados*" ao adotar uma legislação inspirada na Lei Modelo de Arbitragem da UNCITRAL e na Convenção de Nova Iorque de 1958 – documentos recomendados pela ONU – e na Convenção do Panamá de 1975, a qual, à época, já havia sido assinada, mas não ratificada, pelo Brasil.

O Projeto de Lei nº 78/92 foi resultado da "*Operação Arbiter*", promovido pelo Instituto Liberal de Pernambuco, que teve o apoio da Associação dos Advogados de Empresa de Pernambuco, Associação Comercial de São Paulo, FIESP e notórios advogados e professores de São Paulo e Rio de Janeiro. A comissão relatora do projeto foi composta por Selma Maria Ferreira Lemes, Pedro Antônio Batista Martins e Carlos Alberto Carmona¹⁵⁶.

Os dois principais objetivos do projeto eram: (i) conceder força executória à clausula compromissória; e (ii) retirar a necessidade de homologação judicial da sentença

¹⁵³Discurso do senador Marco Maciel no Senado Federal, publicado nas fls. 1489 a 1491 do Diário do Congresso Nacional de 27/03/1992. Documento fornecido por email pela Biblioteca do Senado Federal em 16/03/2015.

¹⁵⁴Discurso do senador Marco Maciel no Senado Federal, publicado nas fls. 2612 a 2615 do Diário do Congresso Nacional de 29/04/1992. Documento fornecido por email pela Biblioteca do Senado Federal em 16/03/2015.

¹⁵⁵Discurso do senador Marco Maciel no Senado Federal, publicado nas fls. 4289 a 4290 do Diário do Congresso Nacional de 04/06/1992. Documento fornecido por email pela Biblioteca do Senado Federal em 16/03/2015.

¹⁵⁶Conforme narrado por: CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96. 3ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo/SP. Editora Atlas, 2009. p. 9.

arbitral. Segundo Maciel, a legislação vigente à época reduzia a cláusula compromissória a "*letra morta*" e a exigência de homologação da sentença retirava duas das principais vantagens da arbitragem: o sigilo e a celeridade¹⁵⁷.

O Projeto de Lei nº 78/92 foi alvo de grande resistência, em particular, dos, então, deputados Milton Mendes (PT-SC) e José Genoíno (PT-SP). Milton Mendes apresentou, nada menos que 10 emendas, todas procurando reverter aquilo que era a intenção da Lei: conceder maior autonomia à arbitragem frente ao Judiciário.

Em síntese, toda a argumentação desenvolvida pelo deputado Milton Mendes se resume ao art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, pela qual o Judiciário não deixará de apreciar lesão ou ameaça a direito. Segundo ele, não haveria "*previsão constitucional dos Juízos Arbitrais como órgãos do Poder Judiciário*" e, a ideia do Projeto de Lei em si, seria "*voltada para a supressão da atividade jurisdicional do Estado, exclusiva do Poder Judiciário*", o que demonstraria sua "*inconstitucionalidade*"¹⁵⁸.

Por sua vez, José Genoíno, além de endossar todos os comentários de Milton Mendes, arguiu que o art. 18 contém "*evidente usurpação de competência do Poder Judiciário, além de impedir ao cidadão o recurso e o acesso à Justiça para reparar eventual lesão*" e concluiu rechaçando todo o projeto:

*"Resta patente, por sua vez, da leitura de todo o projeto, que sua intenção é justamente esta: a de dar ao Juízo Arbitral competências inerentes ao Poder Judiciário, sob a justificativa de tratar ele de litígios sobre direitos patrimoniais disponíveis. Para tanto, era preciso impedir o acesso à Justiça de quem quer que se considere lesado. Para isso, o projeto estabelece que apenas por vício de forma, nele previsto, é que o eventual lesado poderá recorrer ao Poder Judiciário"*¹⁵⁹

O, então deputado, Régis de Oliveira (PSDB-SP) replicou os argumentos dos deputados do PT afirmando que não há inconstitucionalidade, pois a arbitragem incide

¹⁵⁷Discurso do senador Marco Maciel no Senado Federal, publicado nas fls. 1489 a 1491 do Diário do Congresso Nacional de 27/03/1992. Documento fornecido por email pela Biblioteca do Senado Federal em 16/03/2015.

¹⁵⁸Voto em separado do deputado Milton Mendes na Câmara dos Deputados, publicado nas fls. 20908 a 20923 do Diário da Câmara dos Deputados de 23/07/1996. Documento fornecido por email pela Biblioteca do Senado Federal em 16/03/2015.

¹⁵⁹Relatório do Deputado José Genoíno na Câmara dos Deputados, publicado nas fls. 20908 a 20923 do Diário da Câmara dos Deputados de 23/07/1996. Documento fornecido por email pela Biblioteca do Senado Federal em 16/03/2015.

exclusivamente nos direitos patrimoniais disponíveis, nos quais deve prevalecer "*a autonomia da vontade*". As partes não seriam privadas do Poder Judiciário, apenas "*exerceriam um direito inerente à liberdade de contratar*"¹⁶⁰. Oliveira se baseia na premissa de que as partes têm o direito, não o dever, de recorrer ao Judiciário, sendo legítimo que resolvam seus litígios por outros meios.

Todos esses argumentos voltariam a ser apreciados no julgamento SE 5.206 do Supremo Tribunal Federal, em que se discutiria a constitucionalidade da Lei 9.307/96.

1.2.1.2. Características da Lei 9.307/96

Em síntese, a Lei 9.307/96 estabeleceu que as partes capazes de contratar podem recorrer a um tribunal privado para solucionar conflitos de direito patrimonial disponível¹⁶¹. Por se tratar de direito disponível, as partes têm ampla autonomia para combinarem como conduzir o procedimento, podendo eleger tanto as regras de direito aplicáveis¹⁶², quanto o julgador responsável por proferir a sentença¹⁶³, que não estará sujeita a revisão pelo Poder Judiciário¹⁶⁴.

Sua principal inovação foi colocar a autoridade coercitiva do Judiciário a serviço do árbitro e das partes. A falta de força executória, tanto da cláusula arbitral quanto da sentença arbitral, foi a razão do fracasso das legislações anteriores sobre arbitragem no Brasil. A Lei 9.307/96 tornou o Judiciário um aliado da arbitragem ao determinar o seu auxílio (i) na instauração da arbitragem por cláusula compromissória; (ii) na produção de provas e medidas cautelares; e (iii) na execução ou anulação da sentença arbitral.

¹⁶⁰Relatório do Deputado Régis de Oliveira na Câmara dos Deputados, publicado nas fls. 20908 a 20923 do Diário da Câmara dos Deputados de 23/07/1996. Documento fornecido por email pela Biblioteca do Senado Federal em 16/03/2015.

¹⁶¹Art. 1 da LBA. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

¹⁶²Art. 2 da LBA. 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.

§ 2º Poderão, também, as partes convenionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

¹⁶³Art. 13 da LBA. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

¹⁶⁴Art. 18 da LBA. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Primeiramente, os arts. 6¹⁶⁵ e 7¹⁶⁶ da LBA determinaram que, caso a cláusula compromissória não contivesse os requisitos do art. 10¹⁶⁷, haveria possibilidade de se recorrer ao Judiciário para realizar execução específica da cláusula arbitral e obrigar a parte indisposta a celebrar o compromisso arbitral, sob pena de ter sua vontade substituída pela do juiz, na forma do art. 7 § 6º.

Ainda que se questionasse a existência, validade ou eficácia da cláusula compromissória ou compromisso arbitral, o caso ainda deveria ser resolvido pelo árbitro, na forma do art. 8¹⁶⁸. Trata-se da versão brasileira do princípio "*kompetenz-kompetenz*" exposto no art. 16¹⁶⁹ da Lei Modelo da UNCITRAL, o qual determina que o árbitro pode decidir sobre sua própria jurisdição.

¹⁶⁵Art. 6 da LBA. Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocava o julgamento da causa.

¹⁶⁶Art. 7 da LBA. Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

¹⁶⁷Art. 10 da LBA. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III - a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

¹⁶⁸Art. 8 da LBA. A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

¹⁶⁹Art. 16 da Lei Modelo da UNCITRAL. (1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause.

Em segundo lugar, o art. 22 § 2º e 4º¹⁷⁰ da LBA concedeu ao árbitro a faculdade de requerer apoio ao Judiciário para a condução de testemunhas ou execução de medidas cautelares ou coercitivas. Seria, nas palavras de Carlos Alberto Carmona, uma divisão de competências: "*ao árbitro compete decidir se a prova testemunhal é útil, necessária e pertinente; ao juiz compete verificar a legitimidade do provimento arbitral através da conferência da regularidade da investidura do árbitro*"¹⁷¹.

Deste modo, não caberia ao juiz revisar o mérito da decisão do árbitro, apenas averiguar sua regularidade formal e lhe dar o devido cumprimento. Em caso de medida cautelar emergencial em momento que o tribunal arbitral ainda não tivesse sido instaurado, admitir-se-ia que o juiz togado apreciasse o mérito da causa, contanto que, tão logo os árbitros estivessem empossados, fosse a eles encaminhado o processo¹⁷².

Em terceiro lugar, os art. 18¹⁷³ e art. 31¹⁷⁴ equipararam os efeitos da sentença arbitral aos da sentença judicial, sendo a revisão do Judiciário restrita aos dispositivos do art. 32¹⁷⁵ – que tratam apenas da regularidade formal – não adentrando o mérito da decisão proferida pelo árbitro.

Art. 16 (2) A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than the submission of the statement of defence. A party is not precluded from raising such a plea by the fact that he has appointed, or participated in the appointment of, an arbitrator. A plea that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its authority shall be raised as soon as the matter alleged to be beyond the scope of its authority is raised during the arbitral proceedings. The arbitral tribunal may, in either case, admit a later plea if it considers the delay justified.

¹⁷⁰Art. 22 da LBA. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§ 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

§ 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

¹⁷¹CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96. Editora Atlas. 3ª Edição revista e atualizada. 2009, p. 318.

¹⁷²Neste sentido, consultar: CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96. Editora Atlas. 3ª Edição revista e atualizada. 2009, p. 327. Havia discordância doutrinária quanto a possibilidade do árbitro, após empossado, revogar a decisão proferida em sede cautelar pelo juízo estatal. O Projeto 406/2013 está sanando esta controvérsia ao estabelecer permissão expressa em seu art. 22-B: "*Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.*"

¹⁷³Art. 18 da LBA. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

¹⁷⁴Art. 31 da LBA. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

¹⁷⁵Art. 32 da LBA. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

O art. 34¹⁷⁶ definiu como sendo nacional toda sentença arbitral proferida dentro do território nacional. As sentenças arbitrais estrangeiras precisariam ser homologadas pelo STF¹⁷⁷ (art. 35¹⁷⁸), devendo apresentar os documentos exigidos no art. 37¹⁷⁹ e só podendo ter a homologação indeferida pelos motivos dos art. 38¹⁸⁰ e 39¹⁸¹. É essencialmente o mesmo modelo adotado pela Convenção de Nova Iorque de 1958 nos seus arts. 4, 5 e 6.

Com estes dispositivos, a Lei 9.307/96 concedeu natureza "*híbrida*"¹⁸² à arbitragem: (i) contratual, pois é estabelecida por meio de contrato entre as partes; e (ii) jurisdicional, pois sua decisão é equiparada à jurisdição do juiz estatal. Contudo, nem

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

¹⁷⁶Art. 34 da LBA. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.

Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

¹⁷⁷Desde a Emenda Constitucional nº 45/2004, esta competência passou para o Superior Tribunal de Justiça.

¹⁷⁸Art. 35 da LBA. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.

¹⁷⁹Art. 37 da LBA. A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:

I - o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;

II - o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

¹⁸⁰Art. 38 da LBA. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;

V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

¹⁸¹Art. 39 da LBA. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

¹⁸²Neste sentido, consultar: FINKELSTEIN, Cláudio. Arbitragem internacional e legislação aplicável. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão. Arbitragem internacional: UNIDROIT, CISG e direito brasileiro. São Paulo/SP. Quartier Latin, 2010 fls. 45.

todos os aspectos da jurisdição são concedidos à arbitragem, pois a autoridade para uso da força permanece monopólio do Estado.

1.2.2.3. Julgamento SE 5.206: a constitucionalidade da arbitragem

O pedido de homologação de sentença estrangeira nº 5.206/ES foi o último capítulo da entrada em vigor da Lei 9.307/96. A empresa suíça MBV Commercial and Export Management Establishment ("MBV"), com sede em Genebra, Suíça, procurava homologar uma sentença arbitral, proferida em Barcelona, Espanha, que lhe dera ganho de causa sobre a empresa brasileira Resil Indústria e Comércio Ltda ("Resil"), condenando-a a pagar créditos referentes a representação comercial no exterior.

Sendo assim, o STF, responsável à época pela homologação de sentença arbitral estrangeira, começou a deliberar se a Lei 9.307/96 seria compatível com a Constituição Federal de 1988 – principalmente com o art. 5º, XXXV – para, então, aplicá-la ao caso.

O principal ponto de discórdia, que se estendeu por todo o julgamento, foi a possibilidade de executar a cláusula compromissória pelo art. 7. Sepúlveda Pertence, contrário a execução da cláusula compromissória, e Nelson Jobim, a favor, protagonizaram o antagonismo da discussão.

Pertence defendia que não poderia haver renúncia ao direito de ir ao Judiciário "*in abstracto*", de modo que, sem as especificações do art. 10 da Lei de Arbitragem, não haveria como conceder o afastamento da causa do Poder Judiciário pela cláusula compromissória. Pertence era a favor da manutenção da legislação anterior, que concedia autoridade apenas ao compromisso arbitral.

O Ministro Nelson Jobim defendeu que o destinatário da proibição do art. 5º, XXXV é o legislador, não o cidadão. O cidadão possuiria o direito, não o dever, de recorrer ao Judiciário, podendo eleger outro meio para solucionar seu conflito. Também ressaltou que já havia exemplos de execução compulsória na lei de locações e não reconhece-la na Lei de Arbitragem seria reconhecer o "*direito de arrependimento*" no direito privado, bem como relegar a arbitragem à "*inutilidade*" no Brasil.

Dentre os ministros que acompanharam o voto de Nelson Jobim havia, dentre outras justificativas, uma preocupação comum em relação ao desenvolvimento do mercado e atração de investidores estrangeiros.

Ilmar Galvão destacou o fato de "*empresas brasileiras, nos contratos internacionais, terem sido compelidas a concordar, sistematicamente, com estipulações*

no sentido da realização da arbitragem no exterior, com base em direito estrangeiro", em virtude da resistência do Brasil em desenvolver o instituto da arbitragem.

Ellen Gracie destacou que, especialmente nas relações de comércio internacional, *"o país destoava da maior parte das jurisdições"* e dificultava a conclusão de transações em virtude de *"inexistência de mecanismos capazes de promover as soluções céleres e especializadas que a atualidade do comércio impõe"*. Por isso, as empresas brasileiras se viam *"compelidas a aceitar arbitragem em países estrangeiros e consoante suas normas"*, de modo que era preciso permitir o desenvolvimento da arbitragem no Brasil.

Maurício Correia lembrou que, caso se considerasse a cláusula compromissória como inconstitucional, o Brasil ficaria *"isolado dos grandes negócios internacionais do mundo moderno, todos eles celebrados mediante contratos sujeitos à arbitragem"*.

Marco Aurélio ressalta que a Lei 9.307/96 é um diploma moderno, que interessa muito aos investidores, *"principalmente os estrangeiros"*, por favorecer *"o afastamento de situações ambíguas do cenário jurídico"*. Afirma ainda que não lê no art. 5º, XXXV da CRFB *"que as partes, necessariamente, devem resolver as pendências mediante o acesso ao judiciário"*.

Por 7 votos contra 4, a Lei de Arbitragem foi declarada integralmente constitucional pelo STF em 12/12/2001¹⁸³.

1.2.2. A confidencialidade na arbitragem nacional e o Projeto de Lei nº 406/2013

No ordenamento jurídico brasileiro há duas espécies de confidencialidade: (i) legal, determinada pelo legislador em lei; e (ii) contratual, estabelecida pela vontade das partes.

A confidencialidade legal é concedida por lei às informações que o legislador interpretou como sendo do interesse público que permanecessem sigilosas, tendo efeito *erga omnes*, ou seja, contra todos, sendo aqueles que a violarem passíveis de punições cíveis e criminais.

Esta confidencialidade se destina, principalmente, à preservação: (i) da intimidade de um indivíduo, prevista no art. 5º, X¹⁸⁴ da Constituição Federal; (ii) de informações que

¹⁸³STF, Tribunal Pleno, AgRg SE 5.206/EP. Min. Rel. Sepúlveda Pertence. Julgado em 12/12/2001.

¹⁸⁴Art. 5º, X da CRFB - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

tenham valor comercial enquanto não divulgadas, como aquelas previstas pelo art. 1º¹⁸⁵ da Lei 10.603/02 ("Lei de informação não divulgada submetida para aprovação de produtos – LPInf"); (iii) da confiança entre o profissional e seu cliente ou fonte, conforme art. 5, XIV¹⁸⁶ da Constituição Federal; e (iv) de informações cujo sigilo seja imprescindível para a segurança do Estado, conforme art. 5º, XXXIII¹⁸⁷ da Constituição Federal.

No tocante à defesa da intimidade do indivíduo temos exemplos como a preservação do sigilo bancário (art. 1º¹⁸⁸ da Lei Complementar nº 105/01); do sigilo telefônico (art. 5º, XII¹⁸⁹ da Constituição Federal) e dos conflitos envolvendo família, guarda de menores e alimentos (art. 155, II do CPC).

Em relação ao sigilo para defesa de interesses comerciais, temos o art. 14 § 4º¹⁹⁰ da Lei 9.609/98 ("Lei da Propriedade Intelectual – LPInt"), que estabelece que nas hipóteses de serem apresentados em juízo, para a defesa dos interesses de qualquer parte, informações que se caracterizem como confidenciais, o juiz deverá determinar o segredo de justiça, ficando a outra parte vedada de usar tais informações. A Lei 9.279/96 ("Lei da Propriedade Industrial – LPInd") no art. 195, XI¹⁹¹ classifica como crime de concorrência desleal "*divulgar, explorar ou utilizar conhecimentos, informações ou dados confidenciais*". A Consolidação das Leis Trabalhista ("Decreto Lei 5.452/43 – CLT")

¹⁸⁵Art. 1º da Lei 10.603/02. Esta Lei regula a proteção, contra o uso comercial desleal, de informações relativas aos resultados de testes ou outros dados não divulgados apresentados às autoridades competentes como condição para aprovar ou manter o registro para a comercialização de produtos farmacêuticos de uso veterinário, fertilizantes, agrotóxicos seus componentes e afins.

Parágrafo único. As informações protegidas serão aquelas cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham valor comercial enquanto não divulgadas.

¹⁸⁶Art. 5º XIV da CRFB - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

¹⁸⁷Art. 5º XXXIII da CRFB - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

¹⁸⁸Art. 1º da LC 105/01. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

¹⁸⁹Art. 5º XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

¹⁹⁰Art. 14. § 4º da LPInt - Na hipótese de serem apresentadas, em juízo, para a defesa dos interesses de qualquer das partes, informações que se caracterizem como confidenciais, deverá o juiz determinar que o processo prossiga em segredo de justiça, vedado o uso de tais informações também à outra parte para outras finalidades.

¹⁹¹Art. 195 da LPInd. Comete crime de concorrência desleal quem:

XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

permite no art. 482¹⁹² que o empregador demita o empregado por justa causa, se o mesmo revelar seus segredos.

O sigilo profissional pode se enquadrar tanto na defesa da intimidade, quanto na preservação de informações comerciais valiosas. O art. 7º, XIX¹⁹³ da Lei 8.906/94 ("Estatuto da Advocacia") enumera como direito do advogado não depor sobre fato abrangido por sigilo profissional, bem como tal ato poderia constituir infração disciplinar por "*violar, sem justa causa, sigilo profissional*", conforme art. 34, VII¹⁹⁴. A Lei 10.406/02 ("Código Civil") estabelece, em seu art. 229¹⁹⁵, sigilo tanto por motivos profissionais quanto para defesa da própria intimidade ou de pessoas próximas. O próprio CPC reitera nos arts. 347, II¹⁹⁶ e 406, II¹⁹⁷ a defesa do sigilo profissional.

Até mesmo o Decreto-Lei 2.848/40 ("Código Penal") prevê a proteção de segredos. Em seu art. 153¹⁹⁸, ele protege a intimidade do cidadão ao estabelecer punições ao "*destinatário ou detentor*" de "*documento particular ou de correspondência confidencial*" que divulgue seu conteúdo sem justa causa. Do mesmo modo, o art. 154¹⁹⁹ protege tanto a intimidade quanto o segredo comercial ao estabelecer penalidades para

¹⁹²Art. 482 da CLT. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:
g) violação de segredo da empresa;

XIX - recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional;

¹⁹³Art. 7 do Estatuto da Advocacia. São direitos do advogado:

XIX - recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional;

¹⁹⁴Art. 34 do Estatuto da Advocacia. Constitui infração disciplinar:

VII - violar, sem justa causa, sigilo profissional;

¹⁹⁵Art. 229 do CC. Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato:

I - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo;

II - a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo;

III - que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato.

¹⁹⁶Art. 347 do CPC. A parte não é obrigada a depor de fatos:

II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo;

¹⁹⁷Art. 406 do CPC. A testemunha não é obrigada a depor de fatos:

II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo;

¹⁹⁸Art. 153 do CP. Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, de trezentos mil réis a dois contos de réis.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

¹⁹⁹Art. 154 do CP. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa de um conto a dez contos de réis.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

quem tem ciência de segredos em razão de sua função, ministério, ofício ou profissão, e os revelem, sem justa causa, causando prejuízo a outrem.

A confidencialidade para proteção da soberania nacional é regulada pela Lei 12.527/11, regulamentada pelo Decreto 7.724/12. A lei faz questão de frisar que o caráter sigiloso da informação é temporário²⁰⁰. O art. 23²⁰¹ estabelece em quais hipóteses o sigilo da informação se faz necessário e o art. 24²⁰² estabelece os prazos de duração do sigilo, que será ponderado sempre de acordo com o interesse público.

Para um relatório completo dos dispositivos legais que tratam do acesso à informação e suas restrições no ordenamento jurídico brasileiro, acesse o *website* do Palácio do Planalto²⁰³.

²⁰⁰Art. 4 da Lei 12.527/11. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

III - informação sigilosa: aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado;

²⁰¹Art. 23 da Lei 12.527/11. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:

I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;

II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;

III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;

IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;

V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas;

VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;

VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou

VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

²⁰²Art. 24 da Lei 12.527/11. A informação em poder dos órgãos e entidades públicas, observado o seu teor e em razão de sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado, poderá ser classificada como ultrassecreta, secreta ou reservada:

§ 1º Os prazos máximos de restrição de acesso à informação, conforme a classificação prevista no caput, vigoram a partir da data de sua produção e são os seguintes:

I - ultrassecreta: 25 (vinte e cinco) anos;

II - secreta: 15 (quinze) anos; e

III - reservada: 5 (cinco) anos.

§ 2º As informações que puderem colocar em risco a segurança do Presidente e Vice-Presidente da República e respectivos cônjuges e filhos(as) serão classificadas como reservadas e ficarão sob sigilo até o término do mandato em exercício ou do último mandato, em caso de reeleição.

§ 3º Alternativamente aos prazos previstos no § 1o, poderá ser estabelecida como termo final de restrição de acesso a ocorrência de determinado evento, desde que este ocorra antes do transcurso do prazo máximo de classificação.

§ 4º Transcorrido o prazo de classificação ou consumado o evento que defina o seu termo final, a informação tornar-se-á, automaticamente, de acesso público.

§ 5º Para a classificação da informação em determinado grau de sigilo, deverá ser observado o interesse público da informação e utilizado o critério menos restritivo possível, considerados:

I - a gravidade do risco ou dano à segurança da sociedade e do Estado; e

II - o prazo máximo de restrição de acesso ou o evento que defina seu termo final.

²⁰³Para mais detalhes sobre as leis que protegem a segurança da informação no Brasil acesse: http://dsic.planalto.gov.br/documentos/quadro_legislacao.htm. Acesso em 19/01/2014

Uma vez esclarecida a confidencialidade legal e as hipóteses de sua incidência, é possível avançar para análise da confidencialidade contratual. Trata-se do sigilo oriundo de acordo de vontades, tendo efeito *inter partes*, ou seja, restrito as partes que o contrataram. É um acordo estabelecido com base no art. 421²⁰⁴ do Código Civil para proteger informações consideradas valiosas, ainda que, em muitos casos, elas já contem com o amparo da legislação e dos tribunais²⁰⁵.

A confidencialidade contratual não está sujeita a um prazo de duração – como o sigilo do Estado – ou a assuntos específicos – como a defesa da intimidade e informações comerciais que tenham valor enquanto não divulgadas – sendo sua abrangência e tempo de duração determinados pela vontade das partes. As penalidades por seu descumprimento são as mesmas de uma quebra de contrato. É esta a espécie de confidencialidade em que se enquadra o sigilo arbitral.

Deste modo, o art. 189, IV do Novo CPC e art. 22-C § único do Projeto n° 406/2013 do Senado Federal estão determinando que o Judiciário determine segredo de justiça em razão do sigilo arbitral, sem ter a oportunidade de apreciar se tal confidencialidade estaria de acordo com o interesse público previsto no art. 93, IX da CRFB. Para observar como se instaurou esta realidade, serão analisados: (i) a doutrina jurídica nacional sobre a confidencialidade arbitral; e (ii) os principais interessados no sigilo previsto no Projeto n° 406/2013.

1.2.2.1. A doutrina brasileira sobre o sigilo arbitral

Os dois principais argumentos apresentados pela doutrina jurídica para legitimar o tratamento diferenciado da arbitragem em relação ao Judiciário no tocante à publicidade são: (i) a publicidade prevista na Constituição de 1988 e no atual CPC é restrita ao Estado, que representa o interesse público, não se estendendo aos particulares; e (ii) a divulgação de informações sobre o litígio traria prejuízo desnecessário aos envolvidos, só sendo justificada em situações excepcionais.

Defendendo o primeiro argumento, temos os advogados José Antônio Fichtner, Sérgio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro. Segundo eles, a publicidade só se

²⁰⁴ Art. 421 do CC. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

²⁰⁵ NETO, José Cretella. Quão sigilosa é a arbitragem? In: WALD, Arnaldo. Revista de Arbitragem e Mediação. Editora Revista dos Tribunais: Ano 7, n° 25, abr-jun 2010, p. 46-47.

justificaria se o Estado estivesse presente no processo como parte ou como julgador. O árbitro não exerceria papel político e não precisaria ser fiscalizado:

*"a publicidade do processo judicial, destaque-se, somente se justifica porque se trata de um serviço prestado pelo Estado – ente político sujeito à fiscalização do povo, enquanto verdadeiro detentor do poder – o que não ocorre na arbitragem, razão pela qual qualquer tentativa de importação de conceitos de um campo para o outro seria incorreta. Enquanto a publicidade marca o procedimento judicial, a privacidade caracteriza naturalmente a arbitragem."*²⁰⁶

Na mesma linha de argumentação, Rodrigo Garcia da Fonseca e André de Luiz Correia defendem que a arbitragem, por definição, *"é uma forma privada de resolução de controvérsias, no sentido de ser conduzida pelas próprias partes e árbitros, (...), desvinculada do Poder Público"*²⁰⁷, de modo que deveria ser afastada qualquer aplicação na arbitragem do *"princípio da publicidade aplicável aos processos judiciais em geral"*. Adriana Braghetta, ex-presidente do Comitê Brasileiro de Arbitragem (2009-2013), aduz ainda que *"a confidencialidade é uma decorrência natural de a arbitragem ser um processo privado de solução de disputas"*²⁰⁸.

O segundo argumento em favor da confidencialidade é decorrente de uma preocupação dos agentes do mercado – para os quais informações, reputação e conhecimento técnico podem ser mais valiosos do que os bens materiais. Há duas situações, em particular, em que a publicidade de um litígio pode ser seriamente prejudicial para uma empresa: (i) quando a mera existência do litígio dá margem para especulação no mercado sobre sua saúde financeira; (ii) quando a discussão do litígio implicar a exposição de dados estratégicos em um processo que terceiros terão acesso.

Em relação à primeira situação, Arnoldo Wald exalta a vantagem da confidencialidade da arbitragem ao evitar o conhecimento público de litígios existentes,

²⁰⁶FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER; Sérgio Nelson e MONTEIRO, André Luis. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. In: NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade (Org.). Revista de Direito Privado. Editora Revista dos Tribunais: ano 13, vol. 49, jan-mar 2012, p. 260-261.

²⁰⁷FONSECA, Rodrigo Garcia da. CORREIA, André de Luiz. A confidencialidade na arbitragem: fundamentos e limites. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (Org.). Arbitragem: temas contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 419.

²⁰⁸BRAGHETTA, Adriana. Notas sobre a confidencialidade na arbitragem. In: JORGE JUNIOR, Alberto Gosson e outros (Org.). Revista do Advogado, ano XXXIII, nº 119, abril de 2013, p. 7.

em um mundo no qual "*a imprensa econômica se desenvolveu e acompanha todas as operações das empresas*"²⁰⁹. No mesmo sentido, José Emílio Nunes Pinto afirma que a confidencialidade preserva o interesse público, pois permite que "*quaisquer controvérsias sejam dirimidas de forma amigável*", sem que sua existência possa afetar a continuidade das relações contratuais ou ser interpretada como uma ruptura de relações por terceiros²¹⁰.

Em relação à segunda situação, é importante destacar o quanto o segredo é importante para o mundo empresarial. A noção de segredo de negócios é bastante ampla e engloba desde técnicas de fabricação até estratégias publicitárias, relações de clientes e fornecedores, sistema de vendas, etc²¹¹.

Rafael Villar Gagliardi relata que há casos em que o prejuízo de serem divulgadas informações estratégicas envolvidas em um determinado litígio superaria o valor do litígio em si²¹². José Cretella Neto defende que o sigilo na arbitragem preserva os segredos comerciais, *know-how* e outras informações estratégicas das empresas, cuja divulgação para a concorrência e para o público em geral lhes trariam grande prejuízo²¹³. A confidencialidade, neste caso, preservaria o direito da parte defender sua causa perante um tribunal sem sofrer prejuízos injustos decorrentes da divulgação de informações sensíveis ao seu empreendimento. Consagraria não apenas interesses privados, mas também sociais e públicos²¹⁴.

Além desses dois principais argumentos em favor da confidencialidade, há outros, dignos de nota, levantados por José Emílio Nunes Pinto e Fichtner, Mannheimer e Monteiro.

²⁰⁹WALD, Arnaldo. A crise e a arbitragem no direito societário e bancário. In: WALD, Arnaldo (Org.). Revista de Arbitragem e Mediação. Editora Revista dos Tribunais: ano 6, nº 20, jan-mar 2009, p. 9-10.

²¹⁰PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. In: WALD, Arnaldo. Revista de Arbitragem e Mediação. Editora Revista dos Tribunais: ano 2, vol. 6, jul-set 2005, p. 26.

²¹¹NETO, José Cretella. Quão sigilosa é a arbitragem? In: WALD, Arnaldo. Revista de Arbitragem e Mediação. Editora Revista dos Tribunais: Ano 7, nº 25, abr-jun 2010, p. 49.

²¹²GAGLIARDI, Rafael Villar. Confidencialidade na arbitragem comercial internacional. In: WALD, Arnaldo (Org.). Revista de Mediação e Arbitragem. Editora Revista dos Tribunais: ano 10, vol. 36, jan-mar 2013, p. 112.

²¹³NETO, José Cretella. Quão sigilosa é a arbitragem? In: WALD, Arnaldo. Revista de Arbitragem e Mediação. Editora Revista dos Tribunais: Ano 7, nº 25, abr-jun 2010, p. 47.

²¹⁴WALD, Arnaldo. O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiro e na lei complementar 70. Citado por NETO, José Cretella. Quão sigilosa é a arbitragem? In: WALD, Arnaldo. Revista de Arbitragem e Mediação. Editora Revista dos Tribunais: Ano 7, nº 25, abr-jun 2010, p. 49.

José Emílio Nunes Pinto argumenta haver um dever geral de confidencialidade no direito brasileiro com base no art. 422²¹⁵ da Lei 10.406/2002 ("Código Civil"). Segundo ele, a boa-fé objetiva obrigaria as partes a não divulgarem quaisquer informações que pudessem prejudicar a outra²¹⁶.

Fichtner, Mannheimer e Monteiro apresentam, ainda, os argumentos de que (i) o sigilo das arbitragens comerciais estaria coberto pelo art. 5º, LX da Constituição de 1988, por ser pertinente à intimidade das empresas²¹⁷; (ii) a sentença arbitral seria propriedade intelectual do árbitro, não podendo ser divulgada sem autorização²¹⁸; (iii) o árbitro estaria obrigado a guardar confidencialidade por força do art. 13 § 6º²¹⁹ da LBA; e (iv) pelo sigilo imposto aos "experts" pelo art. 229, I²²⁰ do Código Civil e 406, II²²¹ do CPC²²². Esses argumentos não são unanimidade entre os doutrinadores jurídicos, havendo defesas em contrário²²³.

Uma vez comprovada a contratação de confidencialidade entre as partes e ausente o Estado, há poucas exceções que a doutrina jurídica admite para se publicitar

²¹⁵Art. 422 do CC. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

²¹⁶PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. In: WALD, Arnaldo. Revista de Arbitragem e Mediação. Editora Revista dos Tribunais: ano 2, vol. 6, jul-set 2005, p. 33.

²¹⁷FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER; Sérgio Nelson e MONTEIRO, André Luis. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. In: NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade (Org.). Revista de Direito Privado. Editora Revista dos Tribunais: ano 13, vol. 49, jan-mar 2012, p. 277.

²¹⁸Este argumento foi citado pelos autores em nota de rodapé como presente na doutrina internacional, mas não foi endossado por eles. FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER; Sérgio Nelson e MONTEIRO, André Luis. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. In: NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade (Org.). Revista de Direito Privado. Editora Revista dos Tribunais: ano 13, vol. 49, jan-mar 2012, p. 269.

²¹⁹Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

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

²²⁰Art. 229 do CC. Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato:

a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo;

²²¹Art. 406 do CPC. A testemunha não é obrigada a depor de fatos:

II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo;

²²²FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER; Sérgio Nelson e MONTEIRO, André Luis. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. In: NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade (Org.). Revista de Direito Privado. Editora Revista dos Tribunais: ano 13, vol. 49, jan-mar 2012, p. 262-263.

²²³Em sentido contrário, Carlos Alberto Carmona, co-autor da Lei de Arbitragem, defende que não há nela um dever de confidencialidade. O máximo que se pede do árbitro seria a discricção, que não chega a ser sigilo. Para mais informações, ler CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96. Editora Atlas. 3ª Edição revista e atualizada. 2009, p. 246. Além do posicionamento de Prof. Carmona, há também o disposto no art. 36, III da Lei Complementar 35/79 ("Estatuto da Magistratura"), que é um dispositivo análogo ao 13 § 6º da LBA. O dispositivo exige do juiz estatal uma certa discricção, mas não o impede, por exemplo, de exercer críticas aos fatos do processo em obras acadêmicas ou no exercício do magistério. Sendo assim, estaria sendo atribuído ao art. 13 § 6º uma interpretação mais abrangente do que a do dispositivo análogo da Magistratura.

informações do processo. Em primeiro lugar, se uma das partes for obrigada por lei a revelar as informações. É o caso das companhias abertas – submissas ao art. 2º da Instrução nº 358/2002 da Comissão de Valores Mobiliários – que precisam revelar quaisquer fatos relevantes que possam influir no seu negócio de modo ponderável. Em segundo lugar, se a parte precisar revelar alguma informação para defender seu direito em outro litígio. Em terceiro lugar, se for necessário recorrer ao Poder Judiciário²²⁴ para cumprir uma decisão do árbitro ou instaurar a arbitragem. Afinal, a confidencialidade contratada entre as partes não consta no rol de exceções à publicidade do CPC ou da Constituição de 1988 para tornar sigiloso o processo judicial.

A idoneidade dos árbitros na aplicação das leis é fiscalizada pelas partes, que os elegem (art. 13 da LBA). Caso o árbitro (i) apresente impedimento ou suspeição e decida permanecer no julgamento (art. 14 e 15 da LBA)²²⁵; (ii) não conduza a arbitragem na forma contratada pelas partes (art. 21 da LBA); (iii) não respeite os princípios processuais aos quais a arbitragem se submete (art. 21 § 2º da LBA) ou (iv) cometa algumas das infrações previstas no rol restritivo do art. 32 da LBA, a parte interessada poderá ingressar com ação anulatória de sentença arbitral perante o Judiciário.

Por sua vez, o árbitro é equiparado ao juiz e ao funcionário público²²⁶ e possui o dever de fiscalizar a idoneidade das partes, devendo notificar o Ministério Público caso identifique no decorrer do processo arbitral a existência de um crime, conforme art. 40²²⁷ do Decreto-Lei 3.689/41 ("Código de Processo Penal – CPP"). A doutrina faz a ressalva que esta fiscalização do árbitro deve ser prudente, para não violar a confidencialidade da arbitragem²²⁸. Caso o árbitro viole indevidamente o sigilo responderá por perdas e

²²⁴O árbitro não dispõe de poder de polícia e para executar suas decisões e precisa encaminhá-las ao Judiciário para executá-las, quando não há cumprimento espontâneo da parte. O juiz estatal aprecia apenas a regularidade formal da decisão, não podendo adentrar seu mérito. Este tópico será mais explorado no Capítulo 3.

²²⁵Pelo princípio da competência-competência, tradicional na arbitragem, o árbitro tem autoridade para decidir a própria jurisdição. Neste caso, o árbitro averigua se existe, de fato, dúvida razoável quanto a sua idoneidade no julgamento. A doutrina entende que o árbitro deve distinguir entre a dúvida razoável e as impugnações decorrentes de manobras protelatórias. Para mais informações, ler Carlos Alberto Carmona "Arbitragem e Processo". A LBA prevê em seu art. 14 os requisitos para a impugnação de árbitro, devendo ser feita a exceção do art. 15 antes de se ingressar com uma ação anulatória no Judiciário.

²²⁶O árbitro é equiparado ao funcionário público para fins penais, conforme art. 17 da LBA.

Art. 17 da LBA. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

²²⁷Art. 40 do CPP. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.

²²⁸Neste sentido, consultar: MUNIZ, Joaquim de Paiva. Direito arbitral: aspectos práticos do procedimento. 2ª edição revista e ampliada. Curitiba/PR. Editora CRV, 2014 fls. 97/98.

danos²²⁹. Nestas circunstâncias, há uma fiscalização do árbitro pelas partes e das partes pelo árbitro, não havendo um terceiro que fiscalize a ambos.

1.2.2.2. O sigilo arbitral no Projeto de Lei nº 406/2013

Através da análise das Atas de Audiência da Comissão de Juristas que redigiu o Projeto nº 406/2013, é possível perceber que (i) a principal finalidade do Projeto é atender os interesses do empresariado; e que (ii) o sigilo arbitral é de tal modo relevante para este grupo que 5 das 13 audiências da Comissão de Juristas foram sigilosas para não violar o sigilo arbitral ao qual os juristas nomeados à Comissão estavam submetidos.

O senador Renan Calheiros (PMDB-AL), autor do requerimento 702/2012 que deu origem ao Projeto nº 406/2013, justificou a necessidade de reforma da LBA pelo "*definitivo ingresso do Brasil no rol dos principais atores do cenário econômico e comercial mundial*"²³⁰, o que deixa claro que o objetivo da reforma é atender o empresariado.

Dentre os 22 membros²³¹ da Comissão de Juristas encarregada pelo Senado Federal para redigir a reforma da LBA, 16²³² integram escritórios de advocacia com atuação destacada em direito empresarial. Por proposta de alguns destes advogados²³³, 5 das 13 audiências da Comissão de Juristas foram fechadas para o público²³⁴, para "*não violar o sigilo profissional dos muitos membros que atuavam em arbitragens sigilosas*"²³⁵ e "*permitir uma conversa franca e científica*"²³⁶ sobre o tema. Tal sigilo na Comissão de

²²⁹De acordo com: CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96. 3ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo/SP. Editora Atlas, 2009. p. 246.

²³⁰Requerimento 702/2012 do Senado Federal, disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em 25/07/2014.

²³¹(i) Marco Maciel; (ii) José Antônio Fichtner; (iii) Caio César Rocha; (iv) José Rogério Cruz e Tucci; (v) Marcelo Rossi Nobre; (vi) Francisco Antunes Maciel Mussnich; (vii) Tatiana Lacerda Prazeres; (viii) Adriana Braghetta; (ix) Carlos Alberto Carmona; (x) Eleonora Coelho; (xi) Pedro Paulo Guerra de Medeiros; (xii) Silvia Rodrigues Pereira Pachikoski; (xiii) Francisco Maia Neto; (xiv) Ellen Gracie Northfleet; (xv) André Chateaubriand Pereira Diniz Martins; (xvi) José Roberto de Castro Neves; (xvii) Marcelo Henriques Pereira de Oliveira; (xviii) Walton Alencar Rodrigues; (ix) Roberta Maria Rangel; (xx) Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim; (xxi) Adacir Reis; (xxii) Luís Felipe Salomão.

²³²Apenas Marco Maciel (ex-vice-presidente da República), Marcelo Rossi Nobre (Conselheiro do CNJ), Tatiana Prazeres (Secretária de Comércio Exterior do Governo Federal), Luís Felipe Salomão (ministro do STJ), Marcelo Henriques (ex-ministro do TSE) e Walton Alencar (Ministro do TCU) não integravam escritórios de advocacia.

²³³Carlos Alberto Carmona foi o autor da proposta, arguindo que as opiniões dos juristas poderiam ser distorcidas pela imprensa. Castro Neves e Ellen Gracie apresentaram outros argumentos para apoiar a proposta. Foi um debate que se estendeu da 2ª a 4ª audiência. Pedro Paulo Guerra foi o defensor da opinião em favor da publicidade.

²³⁴A 3ª, 4ª, 5ª, 6ª e 11ª Audiências foram fechadas apenas para membros e convidados.

²³⁵Opinião defendida por Carmona.

²³⁶Opinião defendida por Castro Neves.

Juristas – nomeada pelo Senado Federal – seria possível em virtude dos tópicos da LBA serem uma questão "técnica"²³⁷ e não política. O Presidente da Comissão e Ministro do STJ, Luiz Felipe Salomão, observou que tal confidencialidade era inédita para as comissões do Senado Federal²³⁸.

Durante as 4 audiências públicas da Comissão, todos os convidados²³⁹ que endereçaram o tópico da confidencialidade na arbitragem eram membros de câmaras arbitrais vinculadas a associações comerciais e todos foram favoráveis ao fortalecimento da confidencialidade na arbitragem²⁴⁰.

O único a fazer uma ressalva à confidencialidade arbitral foi Carlos Henrique Fróes, que contou um caso em que seu cliente teria sido prejudicado por ter tido seu acesso negado a um processo arbitral do qual era parte interessada, mas não havia celebrado convenção de arbitragem²⁴¹. No entanto, esse posicionamento não ocasionou debate ou se refletiu na redação final do Projeto de Lei nº 406/2013.

A única hipótese em que se reconheceu no Projeto a necessidade de publicidade do processo arbitral foram nos casos em que a Administração Pública estivesse envolvida como parte²⁴², o que denota um entendimento de que o interesse público que determina a publicidade processual no art. 93, IX da CRFB se resume à presença do Estado.

Sendo assim, é possível observar que o desenvolvimento recente da arbitragem no Brasil está alinhado com o desenvolvimento internacional, inclusive no tocante à confidencialidade.

²³⁷Argumento apresentado por Carmona, que teve oposição de José Antônio Fichtner. Apesar de Fichtner comungar do entendimento que a arbitragem é naturalmente sigilosa pelo árbitro não exercer função política, ele defendeu que o debate em uma Comissão vinculada ao Senado era uma função pública e, como tal, não poderia escapar a norma constitucional da publicidade. A íntegra deste contraponto está na Ata da 4ª Audiência. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em 25/07/2014.

²³⁸Ata da 2ª Audiência. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em 25/07/2014.

²³⁹(i) Frederick Straube, presidente da Câmara de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá; (ii) Roberto Pasqualin, representante da Câmara de Comércio Americana; (iii) Octávio Fragata, árbitro da Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem; (iv) Marcelo Dias Gonçalves Vilela, representante da Câmara de Arbitragem Empresarial; (v) Carlos Henrique Fróes, árbitro da Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial de Curitiba.

²⁴⁰Tais posicionamentos ocorreram na 8ª, 9ª e 10ª audiências e foram no sentido de tornar a confidencialidade expressa na lei, a exemplo do que ocorre na Lei da Espanha.

²⁴¹Este posicionamento ocorreu na 10ª audiência. Nenhum presente o comentou. A maior parte da discussão sobre confidencialidade provavelmente ocorreu nas audiências sigilosas, pois há pouco debate a seu respeito em relação à arbitragem nas atas que vieram a público.

²⁴²Art. 2 § 3º do Projeto de Lei 406/2013. As arbitragens que envolvem a Administração Pública serão sempre de direito e respeitarão o princípio da publicidade.

CAPÍTULO 2 – CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO NO BRASIL

De acordo com os arts. 5º, LX e 93, IX da CRFB, o interesse público é o referencial para se estabelecer a confidencialidade ou a publicidade processual. O art. 189, IV do Novo CPC e o Projeto de Lei nº 406/2013 estão interpretando que o dever de publicidade decorrente de tal interesse público se resume à presença do Estado no processo, seja como parte da arbitragem ou como julgador no Judiciário.

Contudo, não há consenso sobre o significado do "*interesse público*" no texto constitucional, tampouco como deve ser sua relação com os interesses individuais. Acredita-se que seja um conceito variável no tempo e no espaço, adaptando-se às peculiaridades de cada país²⁴³.

Ausente um entendimento pacífico sobre o conceito, será estudado o debate jurídico que procura estabelecê-lo no intuito de observar possibilidades de interpretação para o interesse público na publicidade processual e se a versão adotada no art. 189, IV do Novo CPC e no Projeto de Lei nº 406/2013 é a mais condizente com a doutrina constitucional e com o ordenamento jurídico brasileiro.

A opção pelos autores jurídicos se justifica pelo fato de ser tarefa própria do jurista a interpretação das leis e da Constituição em si. Neste debate jurídico, é possível discernir dois lados bem definidos: (i) um favorável à prevalência *prima facie* dos "*direitos fundamentais*" sobre o interesse público; e (ii) um favorável à supremacia do interesse público sobre o privado.

De um lado, Humberto Ávila, Gustavo Binebojm e Daniel Sarmiento defendem que a Constituição de 1988 determina que, em caso de conflito entre o interesse público e os "*direitos fundamentais*" do indivíduo, seja feita uma "*ponderação de interesses*" entre o público e o privado para estabelecer, caso a caso, qual dos dois deve prevalecer, mas tendo na ponderação uma prevalência *prima facie* dos "*direitos fundamentais*" sobre o interesse público.

Segundo eles, a supremacia do interesse público sobre o privado só seria justificada com base (i) no "*organicismo*", com fundamento em Aristóteles e Hegel, ou no (ii) utilitarismo, com fundamento em Stuart Mill e Jeremy Bentham, e afirmam que

²⁴³Neste sentido, consultar: GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes. Editora Atlas, São Paulo: 2010. p. 33.

nenhum dos dois teriam sido recepcionados pela Constituição de 1988. Criticam, ainda, (iii) o individualismo liberal, que determinaria a prevalência absoluta do privado, e (iv) o trabalho de Bandeira de Mello, o maior expoente brasileiro sobre o tema, por, supostamente, não apresentar contornos bem definidos para legitimar a supremacia do interesse público sobre o privado no ordenamento jurídico brasileiro.

Em sentido diametralmente oposto, (i) Fábio Medina Osório; (ii) Emerson Gabardo & Daniel Wunder Hachem; e (iii) Maria Sylvia Zanella Di Pietro defendem que a Constituição de 1988 prevê o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Afirmam que os críticos não resgatam os trabalhos anteriores e o que realmente defendem é o livre mercado. Em particular, os críticos teriam ignorado (i) a visão de "*bem comum*" de Tomás de Aquino; e (ii) as limitações do liberalismo – e do próprio Direito – para interpretar o interesse público.

A necessidade – ou não – de interdisciplinaridade para se determinar o interesse público é, provavelmente, o principal ponto de discórdia, sendo todos os demais dele derivados. Os críticos da supremacia do interesse público parecem afirmar a possibilidade de uma divisão cartesiana entre as ciências.

A título de exemplo, Ávila afirma que a ciência política é que deveria "*perquirir sobre as causas que levaram o legislador a instituir prazos maiores para a administração*", enquanto a ciência jurídica se ocuparia em "*descrever e explicar o sentido e o alcance das normas que instituíram determinadas prerrogativas*"²⁴⁴. Por outro lado, Osório afirma que para conceituar o interesse público é preciso mergulhar em "*conceitos políticos e sociológicos*"²⁴⁵, sendo indispensável a interdisciplinaridade.

Para investigar, a necessidade – ou não – de contribuição interdisciplinar para estabelecer o significado legal de "*interesse público*" será preciso ir além do debate travado em si, e (i) apreciar os estudos que ambos os lados usam como premissa e; (ii) procurar "*pontos cegos*" da discussão, no sentido de identificar teorias de outras ciências, ignoradas pelos autores jurídicos, que poderiam contribuir para a solução do impasse atual no debate.

Sendo assim, no intuito de identificar a melhor interpretação dos arts. 5º, LX e 93, IX da Constituição, a análise será dividida em quatro partes: (i) as principais teorias

²⁴⁴ÁVILA, Humberto. Repensando a supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo a supremacia do interesse público. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2007, p. 201.

²⁴⁵OSORIO, Fábio Medina. Existem uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? Revista de direito administrativo nº 220, abr/jun 2000. p. 95-96.

invocadas pelos autores jurídicos para conceituar o interesse público e seus efeitos; (ii) o debate jurídico sobre quais dessas teorias foram, ou não, recepcionadas pela Constituição de 1988 no ordenamento jurídico brasileiro; (iii) a necessidade de interdisciplinaridade para o estudo do tema; para, então, (iv) identificar a interpretação mais adequada dos arts. 5º, LX²⁴⁶ e 93, IX²⁴⁷ da Constituição Federal de 1988, responsáveis por determinar a publicidade ou confidencialidade processual.

2.1. Conceitos de interesse público

Os autores jurídicos invocaram as teorias (i) de Aristóteles e suas variáveis em Tomás de Aquino e Hegel; (ii) do individualismo, presente no liberalismo clássico; (iii) do utilitarismo; e (iv) Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴⁸ como base para entender o interesse público.

O conceito de "*interesse público*" é sucessor da concepção de "*interesse comum*" de Aristóteles e de "*bem comum*" de São Tomás de Aquino, tendo, em sua origem, um caráter utilitarista e forte influência liberal.

Celso Antônio Bandeira de Mello foi o primeiro autor a fazer uma leitura sistematizada sobre o interesse público no ordenamento jurídico brasileiro pós-Constituição de 1988 e é referenciado como ponto de partida da discussão no Brasil, seja para concordar ou discordar.

Essas teorias serão analisadas a partir de seus principais expoentes e, sempre que possível, dos comentários de outros autores.

2.1.1. Pensamento aristotélico: São Tomás de Aquino e Friedrich Hegel

O estudo da obra aristotélica se concentrará em três pontos: (i) sua concepção de Estado; (ii) a finalidade do Estado; e (iii) a relação entre o interesse comum e o interesse

²⁴⁶Art. 5, LX da CRFB. A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

²⁴⁷Art. 93, IX da CRFB. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

²⁴⁸Estas foram as teorias do interesse público em cima das quais os autores jurídicos selecionados desenvolveram seus argumentos. Eles fizeram pequenas referências a outras teorias, mas sem aprofundá-las, razão pela qual não foram adotadas para os fins deste trabalho.

privado. Essas três ideias serão necessárias para o diálogo com as obras tomista e hegeliana, bem como para a conclusão deste capítulo.

Em sua obra "*Política*", Aristóteles afirma que o Estado é uma "*criação da natureza*" e que o homem é, por natureza, um "*animal político*". O homem sem Estado, ou seria um homem mau ou alguém superior à humanidade²⁴⁹. A prova de que o Estado seria uma criação natural e anterior ao indivíduo é o fato de que o homem, quando isolado, não é autossuficiente. E se fosse, não seria humano, mas sim uma besta ou um deus, não sendo parte do Estado²⁵⁰.

O Estado, assim como toda comunidade humana, procuraria realizar determinada concepção de bem. Contudo, o Estado englobaria todas as demais comunidades e seria responsável por realizar o bem em escala maior²⁵¹.

Por isso, as verdadeiras formas de governo seriam aquelas pautadas em princípios de justiça e voltadas para o interesse comum²⁵², independentemente de ser um governo administrado por poucos ou por muitos. As formas perversas de governo seriam voltadas para o interesse privado, "*quer seja o interesse de um, de poucos, ou de muitos*"²⁵³.

Com base nesta definição, Aristóteles manifesta seu ceticismo em relação às formas de governo existentes a seu tempo: (i) a tirania e a monarquia; (ii) aristocracia e oligarquia; (iii) governo constitucional e democracia. A tirania seria uma forma de monarquia que teria em vista apenas o interesse do monarca. A oligarquia ou aristocracia tem em vista apenas os interesses dos mais ricos. A democracia tem em vista os mais necessitados. Nenhuma dessas formas de governo, defende Aristóteles, teria em vista "*o bem comum de todos*"²⁵⁴.

O pensamento aristotélico reconhece a existência de "*interesses do momento*", como o interesse dos marinheiros em fazer uma viagem bem-sucedida e dos soldados em saírem vitoriosos da batalha. Entretanto, esses interesses do momento deveriam ser

²⁴⁹ARISTOTLE. *Politics*. Translated by Benjamin Jowett. Editora Batoche Books, Kitchener. USA: 1999. p. 5. (Tradução livre)

²⁵⁰ARISTOTLE. *Politics*. Translated by Benjamin Jowett. Editora Batoche Books, Kitchener. USA: 1999. p. 6. (Tradução livre)

²⁵¹ARISTOTLE. *Politics*. Translated by Benjamin Jowett. Editora Batoche Books, Kitchener. USA: 1999. p. 3. (Tradução livre)

²⁵²ARISTOTLE. *Politics*. Translated by Benjamin Jowett. Editora Batoche Books, Kitchener. USA: 1999. p. 60. (Tradução livre)

²⁵³ARISTOTLE. *Politics*. Translated by Benjamin Jowett. Editora Batoche Books, Kitchener. USA: 1999. p. 61. (Tradução livre)

²⁵⁴ARISTOTLE. *Politics*. Translated by Benjamin Jowett. Editora Batoche Books, Kitchener. USA: 1999. p. 61. (Tradução livre)

subordinados ao interesse comum, que seria o interesse "*de uma vida inteira*" e a razão do surgimento e da continuidade de todas as comunidades²⁵⁵, inclusive do próprio Estado. A justiça presente neste interesse comum seria o princípio da ordem política que uniria os homens no Estado²⁵⁶.

Klaus Gunther observa que Aristóteles exige que as metas privadas que cada um persegue para si estejam subordinadas ao objetivo geral (e social) da "*vida boa*", o que se conjuga com a prevalência do interesse comum sobre o interesse privado²⁵⁷. Na mesma linha, Cruz & Cadermatori constata que "*os objetivos isolados poderão ser heterogêneos, desde que cada opção realizada pelo homem contribua para que o objetivo geral da vida boa seja concretizado*"²⁵⁸.

Diante da obra aristotélica e dos comentários supra referidos, concluímos que Aristóteles considerava o Estado como sendo (i) a comunidade de homens que engloba todas as demais; (ii) voltado a realização do interesse comum em uma escala maior do que qualquer outra comunidade; sendo (iii) os interesses privados – que seriam do momento – obrigados a se adequarem aos interesses comuns, os quais seriam interesses de uma vida inteira e partilhados por toda a comunidade.

Este modelo parece presumir que, para haver sociedade, é preciso que haja um objetivo partilhado entre seus membros, que colocariam seus diferentes talentos e aspirações a serviço do mesmo ideal.

2.1.1.1. São Tomás de Aquino

Na Idade Média, São Tomás de Aquino, sob influência de Aristóteles, escreveu sobre o "*bem comum*" em sua "*Suma Teológica*", como sendo o objetivo em torno do qual

²⁵⁵ARISTOTLE. The nichomacean ethics. Translated by F. H. Peters. Editora Batoche Books, 5^a Edition London. 1893. p. 185/186. Disponível em www.dominiopublico.gov.br. Acesso em 07/01/2015 (Tradução livre)

²⁵⁶ARISTOTLE. Politics. Translated by Benjamin Jowett. Editora Batoche Books, Kitchener. USA: 1999. p. 6. (Tradução livre)

²⁵⁷GÜNTHER, Klaus. The sense of appropriateness. Translated by John Farrell. Albany, State University of New York Press 1993, p. 353 (Tradução livre)

²⁵⁸CRUZ, Paulo Márcio; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. O princípio republicano: aportes para um entendimento sobre o interesse da maioria. Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito. São Leopoldo. Jan-Jun 2009. p. 5. Disponível em <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5139>. Acesso em 26/03/2015

a sociedade se reúne²⁵⁹, tendo por base, a solidariedade social²⁶⁰. Segundo Aquino, aquele que procura o bem da multidão procura também o seu próprio bem por dois motivos: (i) o bem individual não pode subsistir sem "*o bem comum da família, da cidade e da pátria*"; (ii) o dever das partes de estarem em harmonia com o todo²⁶¹, devendo o indivíduo ponderar o bem de todos ao planejar o seu próprio.

O bem comum seria o fim que orienta e unifica os indivíduos²⁶², mas seria superior ao somatório dos interesses individuais, pois o fim natural tenderia para o fim sobrenatural do ser humano na sua relação com Deus. Deste modo, a realização do bem comum não caberia apenas ao Estado, mas também à religião, cujo âmbito de atuação o Estado deveria respeitar. Toda lei deveria se direcionar à "*salvação comum dos homens*" perante Deus, do contrário, não teria o poder de obrigar²⁶³. Maria di Pietro também observa que Tomás de Aquino foi pioneiro na concepção de justiça social²⁶⁴.

O pensamento tomista influenciou o desenvolvimento da Igreja Católica Apostólica Romana e a elaboração de sua doutrina social²⁶⁵, a qual, por sua vez, exerceu notória influência na formação cultural e política do Ocidente. Ainda hoje, o pensamento católico é pautado pela visão aristotélica-tomista²⁶⁶.

²⁵⁹PECEGO, Daniel. Justiça e prudência: virtudes civis, virtudes políticas. Tese de doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. 2012. p. 153.

²⁶⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais neoliberais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes. Editora Atlas, São Paulo: 2010, p. 87.

²⁶¹AQUINO, Tomás de. Suma de teología II. Cuestiones 61 a.5 e 90 a.3. Biblioteca de autores cristianos. Madrid; 1993. (Tradução livre)

²⁶²AQUINO, Tomás de. Suma de teología II. Cuestiones 60 a.3 e 90 a.3. Biblioteca de autores cristianos. Madrid; 1993. (Tradução livre)

²⁶³AQUINO, Tomás de. Suma de teología II. Cuestion 96 a.4 até a.6. Biblioteca de autores cristianos. Madrid; 1993. (Tradução livre)

²⁶⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais neoliberais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes. Editora Atlas, São Paulo: 2010, p. 87.

²⁶⁵O Papa Bento XV se referiu a Tomás de Aquino como alguém designado por Deus para "*enlighten its Church*". In: Fausto Appente Die. Encyclical of Pope Benedict XV on St. Dominic to the Patriarchs, Primates, Archbishops, Bishops and other ordinaries in communion with the Apostolic See of 29/06/1921. Disponível em http://w2.vatican.va/content/benedict-xv/en/encyclicals/documents/hf_ben-xv_enc_29061921_fausto-appetente-die.html. Acesso 14/02/2015

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais neoliberais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes. Editora Atlas, São Paulo: 2010, p. 85-102.

²⁶⁶O cânon. 252 do Código de Direito Canônico determina expressamente que os sacerdotes católicos sejam formados com base nos escritos de São Tomás de Aquino:

Cânon. 252. § 3º. Haja lições de teologia dogmática, baseadas sempre na palavra de Deus escrita, juntamente com a sagrada Tradição, com cujo auxílio os alunos aprendam a penetrar mais intimamente o mistério da salvação, **tendo por mestre principalmente a S. Tomás** (grifo nosso); e também lições de teologia moral e pastoral, direito canônico, liturgia, história eclesiástica, além de outras disciplinas auxiliares e especiais, segundo as prescrições das Normas da formação sacerdotal.

Em 1941, o Papa Pio XII publicou a Carta Encíclica "*Summi Pontificatus*", na qual condiciona a atividade do Estado à realização do bem comum, que não estaria restrito à prosperidade material mas deveria visar o desenvolvimento harmônico e a perfeição natural do homem. Segundo o Papa, ao Estado cabe o dever de:

*"fiscalizar, auxiliar e ordenar as atividades particulares e individuais da vida nacional, fazendo-as convergir harmonicamente para o bem comum, que não pode ser determinado por concepções arbitrárias, nem pode receber a sua norma primariamente da prosperidade material da sociedade, mas sim do desenvolvimento harmônico e da perfeição natural do homem, a quem, como meio, é pelo Criador destinada a sociedade"*²⁶⁷

Em 1963, o Papa João XXIII publicou a Carta Encíclica "*Pacem in Terris*" em que reconhece que todo ser humano "*tem direito natural ao respeito de sua dignidade e à boa fama; direito à liberdade na pesquisa da verdade*" e condiciona a "*liberdade de manifestação e difusão de pensamento*" ao bem comum, exaltando que todos "*Tem direito também à informação verídica sobre os acontecimentos públicos*". João XXIII também ressalta a importância da autoridade moral para a realização voluntária do bem comum, que não pode ser plenamente alcançado por meio de ameaças ou promessas de recompensas²⁶⁸.

Após a Reforma Protestante no Século XVI, a visão de bem comum de origem cristã-católica passou a ter a concorrência de outras concepções, principalmente do hegelianismo e liberalismo. Apesar disso, continua a ser uma visão influente com um significativo número de adeptos no Brasil e no mundo.

É possível consultar a íntegra do Código de Direito Canônico em: http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf. Acesso em 30/01/2015

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais neoliberais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes. Editora Atlas, São Paulo: 2010, p. 85-102.

²⁶⁷PIO XII. Carta Encíclica *Summi Pontificatus* do Sumo Pontífice Papa Pio XII aos veneráveis irmãos patriarcas, primazes, arcebispos e bispos e outros ordinários do lugar em paz e comunhão com a Sé Apostólica sobre o ofício do pontificado. 1941. Disponível em http://w2.vatican.va/content/pius-xii/pt/encyclicals/documents/hf_p-xii_enc_20101939_summi-pontificatus.html . Acesso em 07/02/2015

²⁶⁸JOÃO XXIII. Carta Encíclica *Pacem in Terris* do Sumo Pontífice Papa João XXIII aos veneráveis irmãos patriarcas, primazes, arcebispos e bispos e outros ordinários do lugar em paz e comunhão com a Sé Apostólica, ao clero e fiéis de todo orbe, bem como todas as pessoas de boa vontade, a Paz de Todos os Povos na base da Justiça, Caridade e Liberdade. 1963. Disponível em http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html . Acesso em 07/02/2015

2.1.1.2. Georg Wilhelm Friedrich Hegel

Serão analisadas em Hegel (i) a concepção de Estado e (ii) a relação entre o público e privado.

O Estado hegeliano se inspira em Aristóteles, definindo-se como o projeto "*universal*" no qual todos os indivíduos enxergariam também seus projetos pessoais e trabalhariam em prol deste universal como se fossem seus próprios objetivos²⁶⁹. O "*interesse geral*" perseguido pelo Estado englobaria todos os "*interesses particulares*" e incluiria a preservação destes²⁷⁰.

Hegel define o Estado como (i) um "*organismo autorreferente*"²⁷¹; (ii) capaz de identificar "*o interesse de todos em fins particulares*"; e (iii) "*absolutamente racional*", sendo "*racionalidade*" a capacidade de ligar o universal ao individual²⁷².

Contudo, Hegel vai além da concepção aristotélica, ao afirmar que, ao se estudar o Estado, não se deve ter em mente uma instituição em particular, mas sim contemplá-lo como "*Deus na Terra*"²⁷³, sendo "*uma unidade substantiva*", que é, em si mesma, "*sua própria razão e seu absoluto fim*"²⁷⁴.

Neste "*fim absoluto*" do Estado, o indivíduo adquire o "*mais alto grau de liberdade*", razão pelo qual este "*fim absoluto*" possui "*a mais alta autoridade sobre o indivíduo*", implicando que a principal responsabilidade do cidadão é ser "*membro do Estado*"²⁷⁵. Para o cidadão hegeliano, o cumprimento do dever diante da realidade substantiva do Estado é, ao mesmo tempo, a realização da liberdade individual²⁷⁶.

As obrigações e os direitos são um só, pois o indivíduo seria membro do corpo, que é o Estado. Deste modo, atender as necessidades de um, seria atender as necessidades

²⁶⁹HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Philosophy of right*. Translated by S. W. Dyde. Batoche Books. Kitchener, 2001, p. 199. (Tradução livre)

²⁷⁰HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Philosophy of right*. Translated by S. W. Dyde. Batoche Books. Kitchener, 2001, p. 205. (Tradução livre)

²⁷¹HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Philosophy of right*. Translated by S. W. Dyde. Batoche Books. Kitchener, 2001, p. 198. (Tradução livre)

²⁷²HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Philosophy of right*. Translated by S. W. Dyde. Batoche Books. Kitchener, 2001, p. 195. (Tradução livre)

²⁷³HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Philosophy of right*. Translated by S. W. Dyde. Batoche Books. Kitchener, 2001, p. 197. (Tradução livre)

²⁷⁴HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Philosophy of right*. Translated by S. W. Dyde. Batoche Books. Kitchener, 2001, p. 195. (Tradução livre)

²⁷⁵HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Philosophy of right*. Translated by S. W. Dyde. Batoche Books. Kitchener, 2001, p. 195. (Tradução livre)

²⁷⁶HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Philosophy of right*. Translated by S. W. Dyde. Batoche Books. Kitchener, 2001, p. 200. (Tradução livre)

do outro. Contudo, para Hegel, o indivíduo não poderia subsistir fora da realidade incorporada no Estado, assim como a mão não sobrevive fora do corpo: "*Uma mão, que é cortada fora, ainda parece com uma mão e existe, mas não é real*"²⁷⁷.

As religiões deveriam ter seu espaço delimitado para não interferirem nas atividades do Estado. Enquanto as religiões "*não demonstrassem um espírito hostil ao Estado*", mas sim "*o reconhecessem e apoiassem*", poderiam ter seu próprio espaço²⁷⁸. Quando o Estado estiver bem organizado e forte, poderia deixar passar alguns detalhes dos grupos religiosos que não reconhecem inteiramente sua autoridade e até mesmo lhes conceder espaço em seu âmago, dependendo de sua força numérica²⁷⁹.

Contudo, as autoridades religiosas estão sob a jurisdição do Estado. Quando as igrejas "*chegam ao ponto de ensinar pensamentos objetivos e os princípios éticos e racionais estão invadindo competência do Estado*"²⁸⁰. Para Hegel, a religião é uma questão privada, de sentimento, que não deve interferir na realidade do Estado²⁸¹.

Deste modo, o pensamento hegeliano considera (i) o Estado como única entidade digna de culto e de agregar todos os seres humanos e (ii) o privado como sendo subordinado ao ente estatal. O interesse público, nesta concepção, engloba todos os interesses privados e está incorporado no Estado.

2.1.2. Liberalismo clássico

Liberalismo é uma filosofia política, econômica e social que influenciou todo o desenvolvimento mundial nos últimos séculos. É em sua escola clássica que se manifesta o individualismo referido pelos autores jurídicos e onde se observa uma ruptura com o pensamento aristotélico. Neste tópico, iremos nos ater a uma breve análise de suas concepções clássicas (i) política e (ii) econômica.

No campo político, compreenderemos as ideias do individualismo. No campo econômico, compreenderemos a relação entre Estado e mercado defendida pelos liberais

²⁷⁷HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Philosophy of right*. Translated by S. W. Dyde. Batoche Books. Kitchener, 2001, p. 213. (Tradução livre)

²⁷⁸HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Philosophy of right*. Translated by S. W. Dyde. Batoche Books. Kitchener, 2001, p. 210. (Tradução livre)

²⁷⁹HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Philosophy of right*. Translated by S. W. Dyde. Batoche Books. Kitchener, 2001, p. 211. (Tradução livre)

²⁸⁰HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Philosophy of right*. Translated by S. W. Dyde. Batoche Books. Kitchener, 2001, p. 211. (Tradução livre)

²⁸¹HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Philosophy of right*. Translated by S. W. Dyde. Batoche Books. Kitchener, 2001, p. 207. (Tradução livre)

e refletida – conforme demonstrado no Capítulo 1 – na Lei de Arbitragem e no Projeto de Lei nº 406/2013.

2.1.2.1. Político

No século XVII começaram a ganhar destaque as teses contratualistas e liberais, com ênfase na liberdade individual. Daniel Sarmento²⁸² destacou nesse sentido os pensamentos de (i) Thomas Hobbes; e (ii) John Locke.

Segundo Hobbes, "*os homens são, por natureza, iguais*"²⁸³. Desta igualdade, nasceria a desigualdade, quando dois homens desejassem a mesma coisa e não pudessem ambos possuí-la. Seria preciso que um destruísse ou submetesse o outro²⁸⁴. Na natureza do ser humano, estariam presentes três motivos de conflito: (i) competição, que leva os homens a guerrear pelo lucro; (ii) desconfiança, que leva os homens a guerrear por segurança; e (iii) glória, que leva os homens a guerrear por reputação²⁸⁵. Sem uma autoridade superior para manter a ordem, permanece uma situação de "*todos contra todos*", insustentável a longo prazo. Por este motivo, os homens recorrem a criação do Estado, sacrificando uma parcela de sua liberdade natural em troca de segurança²⁸⁶.

John Locke concorda com Hobbes no tocante aos homens serem "*por natureza, todos livres, iguais e independentes*"²⁸⁷. O direito de propriedade e liberdade seriam anteriores à constituição do Estado, que teria por finalidade preservá-los²⁸⁸.

Esta ideia é extremamente relevante para o liberalismo, pois, se os direitos são anteriores ao Estado e este tem por finalidade preservá-los, há liberdades individuais que

²⁸²SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Org.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Editora Fórum: 2008, p. 99.

²⁸³HOBBS, Thomas. Hobbes's Leviathan reprinted from the edition of 1651 with an Essay by the Late W.G. Pogson Smith. Oxford: Clarendon Press, 1909, p. 52. (Tradução livre)

²⁸⁴HOBBS, Thomas. Hobbes's Leviathan reprinted from the edition of 1651 with an Essay by the Late W.G. Pogson Smith. Oxford: Clarendon Press, 1909, p. 52. (Tradução livre)

²⁸⁵HOBBS, Thomas. Hobbes's Leviathan reprinted from the edition of 1651 with an Essay by the Late W.G. Pogson Smith. Oxford: Clarendon Press, 1909, p. 53. (Tradução livre)

²⁸⁶HOBBS, Thomas. Hobbes's Leviathan reprinted from the edition of 1651 with an Essay by the Late W.G. Pogson Smith. Oxford: Clarendon Press, 1909, p. 53/54. (Tradução livre)

²⁸⁷LOCKE, John. Two treatises about government. ed. Thomas Hollis. London: A. Millar et all. 1764, p. 79. (Tradução livre)

²⁸⁸LOCKE, John. Two treatises about government. ed. Thomas Hollis. London: A. Millar et all. 1764, p. 86. (Tradução livre)

não devem sofrer interferência pública, pois a finalidade da autoridade delegada é a "preservação", não a "destruição" dos direitos individuais²⁸⁹.

Apesar de Maria di Pietro considerar que para o pensamento de Locke os interesses privados de cada um se resumem à aquisição e manutenção de bens materiais²⁹⁰, há um pouco do pensamento aristotélico em seus escritos. Por exemplo, quando afirma que a comunidade seria formada pelo consentimento de cada indivíduo e capaz de "agir como um só corpo"²⁹¹ ou quando pondera que o cidadão assumiria o compromisso de se submeter ao governo da maioria das vontades, sob pena da nulidade do contrato social, pois, do contrário, o cidadão "não teria outros vínculos que não os do estado de natureza"²⁹².

Também digno de nota é Rosseau, que, a partir do conceito de contrato social e estado de natureza, estabeleceu a soberania da vontade geral²⁹³. Este pensamento atinge seu auge na Revolução Francesa de 1789, que em sua declaração dos direitos do homem e do cidadão repete em seu art. 1º a frase de Rosseau em seu "Contrato Social": "*os homens nascem livres*".

Desde então, a sociedade não era mais vista como um organismo de indivíduos que se reúnem pautados na solidariedade social para realizar o bem comum. Era uma aglomeração de indivíduos que se reuniam no interesse de preservarem e maximizarem suas liberdades individuais²⁹⁴.

A principal diferença em relação à proposta aristotélica é a inversão entre Estado e indivíduo. Para Aristóteles, o Estado precede o indivíduo, mas para os liberais, o indivíduo precede o Estado e o constitui por meio do contrato social. O interesse público liberal seria, portanto, um direito negativo de ter preservado o gozo de suas liberdades individuais sem interferência das autoridades públicas ou de terceiros. Contudo, Locke

²⁸⁹LOCKE, John. Two treatises about government. ed. Thomas Hollis. London: A. Millar et all. 1764, p. 89. (Tradução livre)

²⁹⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais neoliberais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes. Editora Atlas, São Paulo: 2010, p. 88.

²⁹¹LOCKE, John. Two treatises about government. ed. Thomas Hollis. London: A. Millar et all. 1764, p. 79. (Tradução livre)

²⁹²LOCKE, John. Two treatises about government. ed. Thomas Hollis. London: A. Millar et all. 1764, p. 79. (Tradução livre)

²⁹³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais neoliberais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes. Editora Atlas, São Paulo: 2010, p. 88.

²⁹⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais neoliberais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes. Editora Atlas, São Paulo: 2010, p. 88.

ainda faz a ressalva, presente também em São Tomás de Aquino, de que a legislação humana deve estar em consonância com a "*vontade de Deus*" e não atentar contra a ordem natural das coisas e o bem comum²⁹⁵.

2.1.2.2. Econômico

O liberalismo econômico clássico começa no pensamento dos ingleses David Ricardo e Adam Smith. Ambos partem do princípio que o indivíduo tende a perseguir seus próprios objetivos egoístas.

Nas palavras de David Ricardo, todo ser humano "*é livre para empregar seu capital onde quiser*" e, naturalmente, "*procurará emprega-lo onde for mais vantajoso*", de modo que estaria insatisfeito se obtivesse um lucro de 10%, enquanto poderia ter tido 15%²⁹⁶.

Adam Smith, em sua obra "*Teoria dos Sentimentos Morais*", concede que "*por mais egoísta que seja o homem*", existem nele princípios que o levam a se preocupar, desinteressadamente, pela "*sorte dos outros*"²⁹⁷. Contudo, em sua obra "*Riqueza das Nações*", destaca que "*não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro, que esperamos o nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelo próprio interesse*"²⁹⁸.

Esse egoísmo seria positivo, pois, indiretamente, promoveria o interesse público. Smith cita o exemplo do empresário que investe na indústria nacional apenas por conhecer as leis locais e poder defender melhor ali os seus interesses egoístas, mas que, sem saber, contribui para a taxa de emprego local e a geração de renda²⁹⁹. A constante necessidade

²⁹⁵LOCKE, John. Two treatises about government. ed. Thomas Hollis. London: A. Millar et all. 1764, p. 88/89. (Tradução livre)

²⁹⁶RICARDO, David. On the principles of political economy and taxation. Third Edition. Batoche Books. Kitchner. 1821, p. 54. (Tradução livre)

²⁹⁷SMITH, Adam. The theory of moral sentiments. Printed for A. Millar, in the Strand; And A. Kincaid and J. Bell in Edinburgh. 1759, p. 1. Disponível em www.dominiopublico.gov.br Acesso em 27/03/2015 (Tradução livre)

²⁹⁸SMITH, Adam. An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations. Vol I. The Online Library of Liberty. 2004, p. 71. Disponível em www.dominiopublico.gov.br Acesso em 27/03/2015 (Tradução livre)

²⁹⁹SMITH, Adam. An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations. Vol I. The Online Library of Liberty. 2004, p. 479. Disponível em www.dominiopublico.gov.br Acesso em 27/03/2015 (Tradução livre)

de melhorar sua condição, leva as pessoas a fazerem poupança e, assim, contribuir para o crescimento econômico³⁰⁰.

Para os fins deste estudo, nos concentraremos (i) na relação entre mercado e Estado de Adam Smith e (ii) na concepção de comércio internacional de David Ricardo.

Smith considera que a "*a mão invisível do mercado*" sempre levará os múltiplos interesses egoístas a um equilíbrio em prol do interesse público. Por isso, qualquer interferência do Estado na economia no sentido de direcionar o mercado seria contra o "*equilíbrio natural*", apesar do Estado ser indispensável para prestar serviços importantes como segurança e justiça, que não seriam oferecidos pelo mercado devido ao "*lucro não compensar os custos para um indivíduo ou um grupo pequeno de indivíduos*"³⁰¹.

Os impostos devidos por tais serviços deveriam respeitar os princípios da equidade, certeza, conveniência e economia e não poderiam infringir a liberdade individual ou interferir com o "*mecanismo alocativo*" do mercado³⁰². Contudo, seria possível o uso de *drawbacks* pelo governo para evitar que os impostos interferissem na distribuição natural do trabalho na sociedade³⁰³.

David Ricardo afirma que, "*em um sistema de livre comércio perfeito, cada país emprega seu capital e trabalho no que for mais benéfico*"³⁰⁴. Esta busca pelo "*ganho individual*" leva a uma eficiente divisão do capitão e do trabalho, determinando, por exemplo, que "*o vinho será produzido na França e em Portugal, o milho será na Polônia e na América, e as ferragens e outros bens manufaturados serão na Inglaterra*"³⁰⁵.

Tanto as ideias de Smith quanto de Ricardo são severamente criticadas atualmente por não levarem em consideração as imperfeições do mercado. Como observam Morrissey & Graves³⁰⁶, existem as tentativas de *big players* do mercado de promoverem

³⁰⁰SMITH, Adam. An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations. Vol I. The Online Library of Liberty. 2004, p. 30. Disponível em www.dominiopublico.gov.br Acesso em 27/03/2015 (Tradução livre)

³⁰¹SMITH, Adam. An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations. Vol I. The Online Library of Liberty. 2004, p. 31. Disponível em www.dominiopublico.gov.br Acesso em 27/03/2015 (Tradução livre)

³⁰²SMITH, Adam. An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations. Vol I. The Online Library of Liberty. 2004, p. 31. Disponível em www.dominiopublico.gov.br Acesso em 27/03/2015 (Tradução livre)

³⁰³SMITH, Adam. A Riqueza das Nações. Vol. II. Editora Martins Fontes. São Paulo 2003, p. 629.

³⁰⁴RICARDO, David. On the principles of political economy and taxation. Third Edition. Batoche Books. Kitchner. 1821, p. 90. (Tradução livre)

³⁰⁵RICARDO, David. On the principles of political economy and taxation. Third Edition. Batoche Books. Kitchner. 1821, p. 91. (Tradução livre)

³⁰⁶MORRISSEY, Joseph F.; GRAVES, Jack. International sales law and arbitration. Alphen aan den Rijn, Holanda. Kluwers Law Arbitration. 2008. p. 12/15. (Tradução livre)

dumping, eliminarem a concorrência e assumirem o monopólio, fato observado pelo próprio Smith³⁰⁷. Neste sentido, Sir James Goldsmith observa que:

*"com certeza é um erro adotar uma política econômica que te torna rico, se você eliminar sua força nacional de trabalho e enviar sua produção para o estrangeiro, e que te leva a falência se você continuar a empregar seu próprio povo"*³⁰⁸

Há também as questões políticas inevitáveis. Por exemplo, a União Europeia adota o conceito de "*Segurança Alimentar*" para justificar o subsídio fornecido à sua produção nacional de alimentos. A experiência da guerra mostrou ao continente que o controle da produção de alimentos pode ser uma arma contra o inimigo e que a soberania de um país dependeria de sua autossuficiência alimentícia³⁰⁹. Recentemente, a Europa, se viu refém da crise entre a Ucrânia e a Rússia pela posse da Criméia, uma vez que boa parte de sua matriz energética é dependente do gás russo, o qual é transportado por território ucraniano³¹⁰. Ser muito dependente de acontecimentos de países estrangeiros, fora de sua influência direta, pode não ser uma boa opção de política nacional.

Sendo assim, o liberalismo clássico considera que o interesse público se realiza espontaneamente pela perseguição de cada indivíduo por seus interesses privados e que o dever do Estado seria não intervir neste "*equilíbrio natural*" e atuar apenas nos serviços em que houver ausência do mercado. Apesar das críticas que esta concepção sofre, é ainda influente entre os profissionais da economia.

³⁰⁷SMITH, Adam. An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations. Vol I. The Online Library of Liberty. 2004, p. 230. Disponível em www.dominiopublico.gov.br Acesso em 27/03/2015 (Tradução livre)

³⁰⁸Citado por MORRISSEY, Joseph F.; GRAVES, Jack. International sales law and arbitration. Alphen aan den Rijn, Holanda. Kluwers Law Arbitration. 2008. p. 11. (Tradução livre)

³⁰⁹MALUF, Renato S.; MENEZES, Francisco; MARQUES, SUSANA BLEIL. Caderno "Segurança Alimentar". Fórum Social Mundial 2000, p. 1. Disponível em www.forumsocialmundial.org.br. Acesso 30/03/2015.

³¹⁰Situação maciçamente acompanhada pela mídia mundial. Mais informações em <http://noticias.terra.com.br/mundo/europa/ue-busca-saida-para-o-xadrez-energetico-com-ucrania-e-russia.c54803f9f5c25410VgnVCM10000098cceb0aRCRD.html> . Acesso em 30/03/2015.

2.1.3. Interesse público utilitarista

O interesse público teria um caráter utilitarista em sua origem, segundo Di Pietro³¹¹. A versão liberal concebia que o interesse público se realizaria espontaneamente por meio da realização dos interesses individuais. A versão utilitarista parte desta visão liberal para considerar o interesse público como o somatório das vontades individuais e estabelecer uma ética consequencialista.

O utilitarismo, segundo Jeremy Bentham, parte do princípio que o homem está submetido a dois grandes mestres: a dor e o prazer, que o governam em todas as suas ações, atos e pensamentos. O princípio da utilidade reconheceria esta submissão natural do homem e organizaria a lei para conduzir a maximização da felicidade³¹².

John Stuart Mill considera o utilitarismo como sendo o "*Greatest Happiness Principle*"³¹³. As ações seriam corretas na medida em que gerassem felicidade e ruins quando gerassem o oposto de felicidade. O objetivo de todo ser humano é alcançar a felicidade e todas as outras coisas são desejadas como meios para se alcançar esta felicidade³¹⁴.

Will Kymlicka afirma que o utilitarismo apresenta dois grandes atrativos: (i) não depender da existência de Deus; e (ii) o consequencialismo³¹⁵. Os objetivos do utilitarismo, quais sejam, a busca pela felicidade, prosperidade e bem-estar, seriam auto evidentes e não precisariam da concepção moral de uma verdade superior independente de pontos de vista humanos – como o conceito de Deus – para se justificarem perante a sociedade. As pessoas, naturalmente, já buscariam esses valores independentemente de qualquer religião. O consequencialismo seria para impedir "*concepções morais arbitrárias*" de fazerem proibições sobre atos que não causam danos a outrem. Kymlicka cita como exemplos de proibições arbitrárias o jogo, a dança, a bebida, entre outros³¹⁶.

³¹¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais neoliberais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes. Editora Atlas, São Paulo: 2010, p. 88.

³¹²BENTHAM, Jeremy. An introduction to the principles of morals and legislation. Batoche Books, Kitchener, Canadá: 2000, p. 14. (Tradução livre)

³¹³MILL, John Stuart. Utilitarianism. Batoche Books, Kitchener, Canadá: 2001, p. 10. (Tradução livre)

³¹⁴MILL, John Stuart. Utilitarianism. Batoche Books, Kitchener, Canadá: 2001, p. 35. (Tradução livre)

³¹⁵KYMLICKA, Will. Filosofia política contemporânea. Martins Fontes, São Paulo: 2006, p. 14.

³¹⁶KYMLICKA, Will. Filosofia política contemporânea. Martins Fontes, São Paulo: 2006, p. 15.

A principal diferença do utilitarismo para o egoísmo do liberalismo clássico é a ênfase no bem-estar coletivo e não apenas do indivíduo. Não o bem-estar de todos, como seria no bem comum, mas sim do maior número de pessoas.

Desde a obra "*Uma Teoria da Justiça*" de John Rawls, o utilitarismo vem sendo severamente atacado por todos os lados. Rawls critica a dependência do utilitarismo de uma definição de "*bem*" e a ausência de uma justiça imparcial.

Segundo Rawls, não é possível mensurar o critério de maior felicidade possível sem um referencial de bem. Ainda que houvesse tal referencial, sua aplicação só funcionaria em sociedades homogêneas, sendo inadequada para sociedades multiculturais³¹⁷. Além disso, a injustiça é a maior dor moral que um ser humano pode sentir e o utilitarismo não faz muito para combatê-la, uma vez que, para esta teoria, o respeito ou não às regras se decide pela utilidade, não pelo valor intrínseco de tais regras. Por fim, Rawls rejeita que a liberdade dos indivíduos possa ser "*negociada*" ou "*compensada*" por qualquer meio, seja financeiro ou outro benefício³¹⁸.

Apesar das críticas de Rawls, o utilitarismo continua a ser uma influente filosofia política na prática.

2.1.4. Celso Antônio Bandeira de Mello

No pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, as três principais ideias sobre o interesse público são: (i) defini-lo como o interesse de todo conjunto social; (ii) considera-lo como um axioma auto evidente; e (iii) classifica-lo entre primário e secundário. É inspirado na doutrina italiana de Renato Alessi³¹⁹ e com convergências e divergências em relação à doutrina aristotélica-tomista, liberalismo e o utilitarismo.

Segundo Bandeira de Mello, o interesse público é o "*interesse do todo*", ou seja, do próprio "*conjunto social*", mas não se confunde com o somatório dos interesses

³¹⁷De acordo com: RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução de Jussara Simões baseada na edição americana revista pelo autor; revisão técnica e da tradução por Álvaro Vita – 3ª edição. Editora Martins Fontes, São Paulo: 2008, p. 31/33.

³¹⁸De acordo com: RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução de Jussara Simões baseada na edição americana revista pelo autor; revisão técnica e da tradução por Álvaro Vita – 3ª edição. Editora Martins Fontes, São Paulo: 2008, p. 38.

³¹⁹SILVA, Shirley Souza da. O interesse público na jurisprudência do STJ: uma abordagem sobre a fixação de conteúdos normativos pelo raciocínio judiciário. Dissertação do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF, Niterói: 2009, p. 14. Disponível em www.dominiopublico.gov.br Acesso em 01/02/2015.

individuais³²⁰, tampouco lhe é necessariamente antagônico. Afinal, seria o "*mais cabal contrassenso que o bom para todos fosse o mal de cada um*"³²¹.

O interesse pessoal seria aquele de uma pessoa ou de um grupo de pessoas singularmente considerado, enquanto o interesse público é um interesse "*igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos*", mas na qualidade de "*partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos, tal como nela estiveram os que os precederam e nela estarão os que virão a sucedê-los nas gerações futuras*"³²². Deste modo, não poderia ser identificado com o interesse da maioria do momento, pois abrigaria o depósito intertemporal herdado das gerações anteriores e que seria legado para as próximas, ocorrendo uma continuidade histórica.

O interesse público e sua supremacia sobre o privado seriam um axioma "*reconhecível no moderno Direito Público*", até mesmo como condição de sobrevivência do interesse privado³²³. Como exemplo, Bandeira de Mello cita o fato de que o indivíduo pode não desejar ter seu imóvel desapropriado, mas certamente não seria contrário ao instituto da desapropriação, uma vez que a construção de estradas, escolas e outros serviços públicos não poderia ficar à mercê da vontade dos proprietários em vender os imóveis³²⁴. Por isso, o interesse individual poderia ser contrariado, para não prejudicar o interesse pessoal do restante da sociedade.

Contudo, tal interesse público não estaria incorporado no Estado, que seria apenas o seu curador. Na verdade, princípios como a legalidade e a publicidade existiriam justamente para impedir que o interesse público fosse violado pelo próprio Estado, que poderia desejar pagar um salário indigno aos seus servidores ou cobrar impostos abusivos para se enriquecer ao custo do prejuízo da sociedade, ou ainda ocultar informações de interesse público sem autorização legal³²⁵.

Essa distinção entre Estado e interesse público é explicado pelos conceitos de interesse público primário e secundário. São conceitos que – apesar de todas as críticas

³²⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. Editora Malheiros. 29ª edição revista e atualizada. São Paulo, 2012, p. 59.

³²¹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. Editora Malheiros. 29ª edição revista e atualizada. São Paulo, 2012, p. 60.

³²²MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. Editora Malheiros. 29ª edição revista e atualizada. São Paulo, 2012, p. 60/61.

³²³MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. Editora Malheiros. 29ª edição revista e atualizada. São Paulo, 2012, p. 70.

³²⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. Editora Malheiros. 29ª edição revista e atualizada. São Paulo, 2012, p. 61.

³²⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. Editora Malheiros. 29ª edição revista e atualizada. São Paulo, 2012, p. 67.

que recebem – permanecem dominantes no pensamento do Superior Tribunal de Justiça, responsável por uniformizar a interpretação da legislação federal.

Os interesses primários seriam o interesse público propriamente dito, partilhados por todos os membros da sociedade, como a defesa da justiça, bem-estar social e segurança. Os interesses secundários seriam próprios da Administração Pública, como, por exemplo, o interesse do erário em maximizar a arrecadação e minimizar as despesas³²⁶.

Luís Roberto Barroso, atual ministro do STF, com base no raciocínio de Mello, interpreta que o Ministério Público seria a incorporação dos interesses públicos primários, enquanto a Advocacia Pública seria a incorporação dos interesses públicos secundários³²⁷. Contudo, os interesses da Administração Pública só poderiam ser perseguidos enquanto não contrariassem os interesses primários³²⁸.

No STJ é notória a adesão ao pensamento de Bandeira de Mello. Como exemplos desta filiação, podemos citar os precedentes: (i) Resp. 1.356.260/SC; (ii) AgRg. em Embargos de Declaração 1.174.124/SC; (iii) Resp. 1.148.463/MG; (iv) Resp. 1.049.156/CE e (vi) Mandado de Segurança 11.308/DF.

No Resp. 1.356.260/SC³²⁹ o Ministério Público do Estado de Santa Catarina questionava a contratação de empresa sem licitação por parte do governo e o ministro Humberto Martins citou expressamente Bandeira de Mello para justificar que o interesse secundário da Administração em economizar custos não poderia se sobrepor ao interesse primário de fazer cumprir a lei.

O AgRg. em Embargos de Divergência 1.174.124/SC³³⁰ e o Resp. 1.148.463/MG³³¹ confirmam a interpretação de Luís Roberto Barroso sobre o papel do Ministério Público e da AGU. No primeiro, o STJ vedou a intervenção do Ministério Público em um caso que tratava do dever, ou não, da Administração indenizar a

³²⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. Editora Malheiros. 29ª edição revista e atualizada. São Paulo, 2012, p. 65/67.

³²⁷BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: Sarmento, Daniel (Org.) Interesses públicos vs. Interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005

³²⁸MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. Editora Malheiros. 29ª edição revista e atualizada. São Paulo, 2012, p. 65/67.

³²⁹Recurso especial nº 1.356.260/SC. 2ª Turma do STJ. Min. Rel. Humberto Martins. Julgado em 07/02/2013. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso 10/02/2015

³³⁰Agravo regimental em embargos de divergência no recurso especial nº 1.174.124/SC. 1ª Sessão. Min. Rel. Mauro Campbell Marques. Julgado em 26/03/2014. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso 10/02/2014

³³¹Recurso especial nº 1.148.463/MG. 2ª Turma do STJ. Min. Rel. Mauro Campbell Marques. Julgado em 26/11/2013. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso 10/02/2015

expropriação de uma terra que não se tinha certeza se era pública ou privada. Tratando-se o caso de mera indenização por parte do erário, o STJ entendeu se tratar de interesse secundário, portanto, vedou a intervenção do MP. O segundo caso também versava sobre pagamento pela Administração Pública, desta vez, por causa de contrato que não respeitou o formalismo necessário para sua celebração. Mais uma vez, interpretou-se ser esse o campo de atuação da AGU e não do MP, por ser mera obrigação de pagar da Administração.

O AgRg. no Resp. 1.049.156/CE³³² é um caso em que seria possível a intervenção tanto do MP quanto da AGU. Trata-se de furto de livros de biblioteca de universidade pública. Neste caso, o STJ entendeu que havia tanto um interesse público primário (a coletividade que não teria acesso aos livros), quanto um interesse público secundário (a Administração que estava tendo prejuízo com o patrimônio roubado).

A doutrina de Bandeira de Mello foi também usada como referência para estabelecer o entendimento do STJ sobre a contratação de arbitragem pelo Poder Público no Mandado de Segurança 11.308/DF³³³. A própria existência da arbitragem depende da capacidade de dispor de direitos, e o interesse público seria indisponível. Neste sentido, o STJ entendeu que indisponíveis seriam os interesses públicos primários, não os interesses da Administração, que poderia contratar arbitragem, dispondo de seu próprio patrimônio, sem implicar em renúncia aos interesses primários. Luiz Fux, então Ministro do STJ e atualmente Ministro do STF, cita Dalmo Dallari para afirmar que:

"ao optar pela arbitragem, o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão dos instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial, deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade. O interesse público não se confunde com o interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça".

É possível perceber aspectos da visão aristotélica-tomista em Bandeira de Mello, pois ele (i) considera a existência de um bem coletivo objetivo; (ii) defende o caráter

³³²Agravo regimental no recurso especial nº 1.049.156/CE. 6ª Turma do STJ. Min. Rel. Sebastião Reis Júnior. Julgado em 18/12/2012. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso 10/02/2015

³³³Mandado de Segurança 11.308/DF. 1ª Seção do STJ. Min. Rel. Luiz Fux. Julgado em 09/04/2008. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso 10/02/2015

intertemporal do interesse público; e (iii) situa o interesse público acima dos interesses de Estado ou dos particulares.

A defesa do bem coletivo objetivo se manifesta: (i) na admissão pelo autor da existência de um interesse pessoal de cada um na realização do interesse público enquanto "*participes da Sociedade*"; e (ii) quando o autor considera que o instituto da desapropriação é algo naturalmente bom para preservar o interesse público, apesar de ser possível questionar o modo como o instituto é empregado.

O caráter intertemporal do interesse público, na forma descrita por Bandeira de Mello, se assemelha a ideia aristotélica de uma sociedade que possui um projeto coletivo a ser realizado ao longo das gerações de cidadãos. Do mesmo modo, se assemelha a "*Tradição*" defendida pela Igreja Católica. Esta Tradição afirma que a Igreja é tanto "*visível*" quanto "*invisível*" e que as atuais decisões da Igreja visível não seriam válidas se não estivessem em comunhão com a Tradição presente na Igreja invisível, representada pelas gerações anteriores de cristãos e pelo próprio Deus, conforme teria se revelado na história³³⁴.

A ideia de um interesse público que se distingue do interesse estatal também aproxima o autor de Aristóteles e Tomás de Aquino, ao mesmo tempo que o afasta de Hegel. O Estado estaria a serviço do interesse público e seria por ele limitado. Tal interesse poderia estar até mesmo na defesa de um interesse particular e frustrar um interesse do governo³³⁵.

Apesar dessas semelhanças, Mello se destaca por apresentar uma versão mais flexível da tradição, ao defender que esta deve se submeter ao interesse público positivado na Constituição Federal e arcar com as alterações que forem nela feitas³³⁶. O conceito de bem comum original é uma concepção de verdade a ser alcançada, que estaria acima tanto

³³⁴"A comunhão eclesial é ao mesmo tempo invisível e visível. Na sua realidade invisível, é a comunhão de cada homem com o Pai por Cristo no Espírito Santo, e com os outros homens que compartilham na natureza divina, na paixão de Cristo, na mesma fé, no mesmo espírito. Na Igreja sobre a terra, entre esta comunhão invisível e a comunhão visível na doutrina dos Apóstolos, nos sacramentos e na ordem hierárquica, existe uma íntima relação" – RATZINGER, Joseph. Prefeito da Congregação para a doutrina da fé da Sé Apostólica. Carta aos Bispos da Igreja Católica sobre alguns aspectos da Igreja entendida como comunhão de 28 de Maio de 1992. Disponível em http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_28051992_comm_unionis-notio_po.html. Acesso em 31/03/2015

³³⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. Editora Malheiros. 29ª edição revista e atualizada. São Paulo, 2012, p. 66.

³³⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. Editora Malheiros. 29ª edição revista e atualizada. São Paulo, 2012, p. 68.

dos interesses da maioria quanto da minoria. Mello considera o interesse público como partícipe do jogo político, a ser resolvido pelo positivismo da lei.

Não há na obra de Bandeira de Mello uma opção declarada pelo utilitarismo ou referências a essa corrente, mas seu pensamento também não seria de todo incompatível com algumas vertentes do utilitarismo. No exemplo por ele próprio fornecido sobre o instituto da desapropriação, não haveria empecilho para que fosse empregado o princípio de utilidade para justificar o prejuízo individual em prol do benefício coletivo, gerando a "*maior felicidade*" possível.

Além disso, Bandeira de Mello afirma que as pessoas já buscam naturalmente a justiça, bem-estar social e segurança. Jeremy Bentham, provavelmente, consideraria que os cidadãos almejam esses objetivos apenas como "*meios*" para alcançar o prazer e fugir da dor. A obra do administrativista carece de um endereçamento sobre os critérios para mensurar a aplicação do interesse público na prática.

Por ser influente no STJ e STF, a teoria de Bandeira de Mello é, por consequência, influente em todos os tribunais do país, fato reconhecido até por seus críticos.

2.2. Relação entre interesse público e privado no Brasil

A controvérsia entre os juristas consiste em identificar quais das teorias supracitadas foram, ou não, recepcionadas pela Constituição de 1988 para determinar se – em caso de conflito – deve haver uma prevalência dos direitos fundamentais ou do interesse público.

É um debate relevante para esta pesquisa, pois o direito à privacidade é um direito fundamental pelo art. 5º, LX³³⁷ da CRFB, do mesmo modo que existe um interesse público à informação no art. 93, IX da CRFB. Lembrando que o direito à intimidade da empresa, com fulcro no art. 5º LX, foi invocado por Fichtner, Mannheimer e Monteiro³³⁸ para legitimar o sigilo da arbitragem.

Analisaremos primeiro os críticos, para então apreciar os favoráveis à supremacia do interesse público sobre os interesses individuais.

³³⁷Art. 5. LX da CRFB. a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

³³⁸FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER; Sérgio Nelson e MONTEIRO, André Luis. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. In: NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade (Org.). Revista de Direito Privado. Editora Revista dos Tribunais: ano 13, vol. 49, jan-mar 2012, p. 277.

2.2.1. Argumentos contrários à supremacia do interesse público

Os três principais autores contrários a supremacia do interesse público são (i) Humberto Ávila, (ii) Daniel Sarmiento e (iii) Gustavo Binebojm.

Ávila, jurista gaúcho, analisa a Constituição de 1988 à luz da doutrina alemã e conclui que a supremacia do interesse público não é um princípio do direito brasileiro. Sarmiento e Binebojm seguem linhas de raciocínio similares, fazendo muitas referências um ao outro, e defendem a prevalência *prima facie* dos direitos fundamentais sobre o interesse público.

Humberto Ávila ressalta a importância do interesse público para evitar que a Administração Pública venha a representar "*interesses meramente pessoais*", uma vez que ela não possui autonomia da vontade e apenas dá aplicação concreta às finalidades instituídas pelas normas jurídicas. No entanto, questiona a existência de uma supremacia do interesse público sobre o privado³³⁹. Este interesse público não se confundiria com o bem comum, que seria "*a composição harmônica do bem de cada um com o de todos*"³⁴⁰.

Ávila procura determinar se a supremacia do interesse público seria um princípio do ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, estabelece os conceitos de (i) axioma; (ii) postulado e (iii) norma-princípio, segundo os juristas alemães³⁴¹. Axioma seria o raciocínio aceito por todos como verdade auto evidente. Postulado normativo seriam as condições de possibilidade de conhecimento. Norma seria o conteúdo de sentido de uma prescrição normativa que determina, proíbe ou permite. A norma-princípio teria fundamento de validade no direito positivo de modo expresso ou implícito.

O jurista gaúcho defende que a supremacia do interesse público não se enquadraria em nenhum dos três conceitos e, como tal, não seria recepcionada pela Constituição de 1988. Não poderia ser chamada de axioma, pois não seria auto evidente. Não seria uma norma-princípio, pois não faria referência às possibilidades normativas concretas e o interesse público não poderia ser descrito separadamente dos interesses privados.

³³⁹ ÁVILA, Humberto. Repensando a supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo a supremacia do interesse público. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2007, p. 172-175.

³⁴⁰ ÁVILA, Humberto. Repensando a supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo a supremacia do interesse público. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2007, p. 174.

³⁴¹ ÁVILA, Humberto. Repensando a supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo a supremacia do interesse público. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2007, p. 176-181.

Tampouco seria um postulado kantiano, pois a supremacia do interesse público não pode ser descrita sem uma situação concreta e, ao invés de "*um princípio abstrato de supremacia*" seria uma "*regra abstrata de prevalência*"³⁴².

Daniel Sarmiento e Gustavo Binebojm, em síntese, defendem que (i) a Constituição de 1988 não recepcionou o "*organicismo*" ou o utilitarismo e teria dado prevalência aos direitos fundamentais sobre o interesse público; (ii) a supremacia do interesse público seria um resquício das origens autoritárias do direito administrativo; (iii) o interesse público se confunde com o individual; (iv) o correto seria fazer uma ponderação de interesses a cada caso concreto, com uma prevalência *prima facie* dos direitos fundamentais.

Sarmiento afirma que apenas o (i) bem comum, que ele chama de "*interesse público organicista*"³⁴³, e (ii) o utilitarismo poderiam justificar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Não tendo sido nenhum dos dois recepcionados pela Constituição de 1988, não haveria tal princípio no Brasil³⁴⁴, no que Gustavo Binebojm concorda³⁴⁵.

O interesse público organicista consideraria a comunidade como um todo vivo, em que os cidadãos exerceriam papéis equivalentes ao de órgãos no corpo humano. Haveria uma prevalência dos objetivos coletivos, incorporados no Estado, sobre os individuais³⁴⁶.

Sarmiento cita Paulo Bonavides para chamar os defensores do interesse público organicista de "*direitistas*", "*antidemocráticos*", e "*predispostos à ditadura*"³⁴⁷, enquanto Binebojm afirma que seria "*nitidamente organicista – e a fortiori, totalitária e liberticida*

³⁴²ÁVILA, Humberto. Repensando a supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo a supremacia do interesse público. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2007, p. 213-215.

³⁴³Este conceito poderia ser adequado para Aristóteles, que é quem Sarmiento parece estar mais respondendo, mas não para Tomás de Aquino. Em Aquino o bem comum está acima dos interesses tanto da maioria quanto da minoria, sendo um ideal a ser alcançado por todos.

³⁴⁴SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Org.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Editora Fórum: 2008, p. 99.

³⁴⁵BINEBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Editora Renovar, Rio de Janeiro; 2008, p. 81-83.

³⁴⁶SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Org.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Editora Fórum: 2008, p. 100.

³⁴⁷SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Org.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Editora Fórum: 2008, p. 102-103.

a tese da existência de um interesse público superior e inconfundível com os interesses dos integrantes da sociedade política"³⁴⁸.

Eles afirmam que, para o organicismo, as funções dos indivíduos já estariam prefiguradas de forma imutável na sociedade e que a felicidade do indivíduo só poderia ser alcançada por meio do coletivo. O bem comum seria apenas uma forma de justificar as desigualdades sociais. Afirmam que o organicismo "*não leva a sério*" a pessoa humana, desconsiderando que cada indivíduo seria um valor em si, independente do papel desempenhado na sociedade³⁴⁹. Segundo Sarmiento:

*"em cada pessoa existe todo um universo de interesses, objetivos e valores próprios, irredutíveis ao todo de qualquer entidade coletiva; que a vida humana tem uma importante dimensão pública, mas que ela não faz sentido sem sua dimensão privada, que deve ser cultivada através da persecução de projetos e objetivos próprios de cada indivíduo, autônomos em relação aos interesses da comunidade política"*³⁵⁰

A primazia do coletivo sobre o indivíduo, segundo estes autores, seria uma asfixia da liberdade individual e da dignidade humana, além de tratar o ser humano como meio e não como fim. Binebojm declara que no organicismo o Estado instrumentalizaria o cidadão, mas no Estado de Direito seria "*instrumento da emancipação moral e material*"³⁵¹.

O utilitarismo também não seria adequado, pois "*não trata os direitos fundamentais como direitos situados acima dos interesses da maioria*"³⁵². A justificativa para a defesa dos direitos fundamentais seria sua possível contribuição à felicidade ou

³⁴⁸BINEBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Editora Renovar, Rio de Janeiro; 2008, p. 83.

³⁴⁹SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Org.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Editora Fórum: 2008, p. 101.

³⁵⁰SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Org.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Editora Fórum: 2008, p. 101.

³⁵¹BINEBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Editora Renovar, Rio de Janeiro; 2008, p. 83.

³⁵²SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Org.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Editora Fórum: 2008, p. 106.

bem-estar geral³⁵³. Ocorre que nem sempre a defesa dos direitos fundamentais leva à maximização dos interesses da sociedade e a eventual restrição de tais direitos pelo coletivo seria inaceitável³⁵⁴. Deste modo, defendem que o utilitarismo não seria a teoria adequada para tratar a Constituição de 1988.

Além do organicismo e do utilitarismo, Binebojm faz crítica ao pensamento de Bandeira de Mello, ao questionar como o interesse público poderia ser superior ao individual se – de acordo com Mello – o interesse público é apenas a dimensão coletiva dos interesses individuais³⁵⁵? Tanto Sarmento como Binebojm defendem a primazia dos direitos fundamentais.

Com base nos precedentes da Corte Constitucional alemã, Sarmento afirma que a Constituição de 1988 teria situado "*a dignidade da pessoa humana no seu epicentro axiológico, baseando-se na ideia de que o Estado que deve estar a serviço das pessoas e não o contrário*"³⁵⁶.

Sendo assim, os publicistas defensores da supremacia do interesse público pareceriam "*ignorar o sistema constitucional*", o qual postula a plena vinculação do Poder Público aos direitos fundamentais, e que a supremacia do público seria "*uma concepção própria do Estado de Polícia*", de índole autoritária, que não se coadunaria com o moderno Estado de Direito³⁵⁷.

O interesse público seria composto pelos interesses individuais da sociedade, sendo impossível dissociá-los. Somente onde a Constituição abre uma senda, "*é que se pode cogitar, por via de ponderações proporcionais, de matizar os direitos fundamentais com os interesses coletivos*"³⁵⁸.

³⁵³SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Org.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Editora Fórum: 2008, p. 104.

³⁵⁴SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Org.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Editora Fórum: 2008, p. 106-107.

³⁵⁵BINEBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Editora Renovar, Rio de Janeiro; 2008, p. 96.

³⁵⁶SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Org.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Editora Fórum: 2008, p. 112-113.

³⁵⁷SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Org.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Editora Fórum: 2008, p. 125.

³⁵⁸BINEBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Editora Renovar, Rio de Janeiro; 2008, p. 96.

Segundo Binebojm, não seria possível uma regra de primazia do interesse público, pois este ora aponta para os direitos fundamentais, ora aponta para projetos coletivos, sendo o caminho mais indicado o da ponderação de interesses³⁵⁹. O Estado Democrático de Direito deve ser um Estado de Ponderação:

*"o Estado democrático de direito é um Estado de ponderação, que se legitima pelo reconhecimento da necessidade de proteger e promover, ponderada e razoavelmente, tanto os interesses particulares dos indivíduos como os interesses gerais da coletividade. O que se chamará interesse público é o resultado final desse jogo de ponderações que, conforme as circunstâncias normativas e fáticas, ora apontará para a preponderância relativa do interesse geral, ora determinará a prevalência parcial dos interesses individuais"*³⁶⁰

As restrições aos direitos fundamentais só poderiam ocorrer quando: (i) forem estabelecidas diretamente na Constituição; (ii) forem autorizadas pela Constituição, quando esta prevê a promulgação de lei restritiva; ou (iii) decorrerem de restrições não expressamente escritas na Constituição.

Como exemplos dos dois primeiros itens, podemos citar o art. 5º, XVI³⁶¹ da CRFB, que proíbe a reunião com armas, e o art. 5º, XIII³⁶² também da CRFB, que restringe a liberdade de exercício profissional às condições estabelecidas em lei.

A controvérsia ocorreria no terceiro caso, em que teria que se interpretar uma restrição implícita. Neste caso, seria admitida a ponderação de interesses públicos com direitos fundamentais, contanto que ambos estivessem previstos na Constituição. Não se poderia admitir que um interesse público sem caráter constitucional restringisse um direito fundamental constitucional³⁶³.

³⁵⁹BINEBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Editora Renovar, Rio de Janeiro; 2008, p. 86.

³⁶⁰BINEBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Editora Renovar, Rio de Janeiro; 2008, p. 86.

³⁶¹Art. 5, XVI da CRFB. Todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

³⁶²Art. 5, XIII da CRFB. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

³⁶³SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Org.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Editora Fórum: 2008, p. 129.

Entretanto, mesmo nestes casos, não se admitiriam restrições abrangentes aos direitos fundamentais, devendo ser especificados os termos de seus limites³⁶⁴. O princípio da proporcionalidade seria o meio de ponderar (i) a adequação da postura do Poder Público e o fim almejado; (ii) a inexistência de meios menos gravosos; e (iii) a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido.

Apesar da defesa enfática dos direitos fundamentais, Sarmiento seria contra o individualismo, afirmando que este desconsidera as restrições materiais e sociais do indivíduo, sendo necessário que o Estado intervenha para libertar o cidadão da opressão social. Como meio de coesão social, propõe o estabelecimento de um "*patriotismo constitucional*"³⁶⁵, uma vez que seria a única alternativa de assegurar a coerência da sociedade frente ao afrouxamento dos laços de solidariedade. No mesmo sentido, Binebojm defende que a constitucionalização do interesse público "*fere sua supremacia de morte*"³⁶⁶.

Como síntese dos três autores, podemos discernir que as principais críticas são (i) afirmar que a Constituição de 1988 prevê a prevalência *a priori* dos direitos fundamentais; (ii) o interesse público é indeterminado; e (iii) a supremacia do interesse público só pode ser justificada sob argumentos autoritários.

2.2.2. Argumentos a favor da supremacia do interesse público

Os quatro principais autores a defenderem a supremacia do interesse público são (i) Fábio Medina Osório; (ii) Emerson Gabardo & Daniel Wunder Hachem; e (iii) Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Fábio Osório se concentra em responder a Humberto Ávila. Os demais respondem a todos os três críticos, mas com ênfase em Sarmiento e Binebojm.

Em síntese, argumentam que (i) os críticos deturpam a história e o significado do interesse público para ataca-lo; (ii) a origem do interesse público brasileiro se encontra na história e na cultura brasileira, não sendo razoável pegar uma teoria europeia e aplicá-la aqui sem as devidas considerações; (iii) a supremacia do interesse público está implícita

³⁶⁴SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Org.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Editora Fórum: 2008, p. 130.

³⁶⁵SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Org.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Editora Fórum: 2008, p. 140-143.

³⁶⁶BINEBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Editora Renovar, Rio de Janeiro; 2008, p. 109.

na Constituição de 1988; (iv) o interesse público não é definido exclusivamente pelo direito, havendo contribuição de outras ciências; e (iv) o que os defensores dos direitos fundamentais realmente defendem é o neoliberalismo.

Fábio Medina respondeu à Ávila, a partir da mesma base teórica de Robert Alexy, afirmando que ele deturpou o princípio da supremacia do interesse público, pois:

*"ninguém sustenta, salvo melhor juízo, a existência de um apriorístico e absoluto princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro, sendo rejeitada a ideia de um princípio que desrespeite o conjunto dos direitos fundamentais"*³⁶⁷

Gabardo & Hachem afirmam que os estudos de Ávila, Sarmiento e Binebojm, *"aspirando transparecer originalidade"*, não passam de *"uma nova retórica"*, que não recuperam *"os estudos precedentes"* de historiadores e administrativistas³⁶⁸. Os críticos estariam esquecendo que o conceito de interesse público foi o reconhecimento de um direito que se submete à lei e não à vontade do soberano. Foi uma ideia libertária, não autoritária³⁶⁹. As origens para o suposto autoritarismo do interesse público brasileiro estariam na falta de espírito republicano do povo, que tende a privatizar o interesse público³⁷⁰ e não nas teorias da Europa.

Maria Di Pietro explica essa confusão pelo hábito que a doutrina brasileira tem de buscar inspiração na doutrina estrangeira. Segundo ela, o pensamento do direito administrativo brasileiro sofreu influência da Europa Continental, principalmente do direito francês, de onde vieram o princípio da legalidade, o conceito de serviço público,

³⁶⁷ OSORIO, Fábio Medina. Existem uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? Revista de direito administrativo nº 220, abr/jun 2000. p. 81.

³⁶⁸ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes. Editora Atlas, São Paulo: 2010. p. 14-15.

³⁶⁹ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes. Editora Atlas, São Paulo: 2010. p. 14-15.

³⁷⁰ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes. Editora Atlas, São Paulo: 2010. p. 16.

o regime jurídico dos contratos administrativos, entre outros³⁷¹. Recentemente, o direito europeu tem passado por diversas transformações em decorrência da União Europeia, o que está resultando no encontro de dois sistemas jurídicos distintos: (i) o *common law* da Grã-Bretanha e (ii) o direito de origem romanística da Europa Continental. O *common law* não adota muitos dos institutos do direito francês e isto tem resultado na crise de uma série de antigos conceitos do direito público europeu. Por exemplo, a Corte de Justiça Europeia exigiu que o conceito de "*serviço público*" fosse substituído pelo de "*interesse econômico geral*"³⁷². Autores brasileiros, habituados a estudarem o direito europeu, tem importado esta crise ao Brasil, sem que haja, no nosso atual ordenamento jurídico, fundamento para a crise.

O fato do interesse público ser um conceito indeterminado não significa que seria "*algo que a tudo abarca*"³⁷³, pois o Judiciário exerceria a fiscalização da interpretação do conceito sob um processo público, sendo sua opinião submetida ao escrutínio de todos pelo princípio da publicidade processual³⁷⁴. Além disso, se a indeterminação do princípio fosse um empecilho para a sua aplicação, o mesmo deveria ocorrer com todos os demais princípios constitucionais, que são indeterminados³⁷⁵. Quando a Administração Pública aplica o princípio, deve fazê-lo em harmonia com os demais, como o princípio da legalidade³⁷⁶.

A supremacia do interesse público estaria implícita na Constituição de 1988 e na legislação infraconstitucional em todas as oportunidades que o direito fundamental é restringido em favor da coletividade³⁷⁷, como no próprio dever de publicidade processual

³⁷¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: existe um novo direito administrativo? In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes. Editora Atlas, São Paulo: 2010, p. 1-2.

³⁷²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: existe um novo direito administrativo? In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes. Editora Atlas, São Paulo: 2010, p. 2.

³⁷³OSORIO, Fábio Medina. Existem uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? Revista de direito administrativo nº 220, abr/jun 2000. p. 69-107.

³⁷⁴Conforme defendido por: VALADÃO, Rodrigo Borges. Dimensões do princípio da publicidade. In: Revista de direito da procuradoria geral do estado do Rio de Janeiro nº 58, p. 228-229. Disponível em <http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeConteudo?article-id=761843>. Acesso em 10/02/2015

³⁷⁵DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais neoliberais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes. Editora Atlas, São Paulo: 2010, p. 98.

³⁷⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais neoliberais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes. Editora Atlas, São Paulo: 2010, p. 98.

³⁷⁷OSORIO, Fábio Medina. Existem uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? Revista de direito administrativo nº 220, abr/jun 2000. p. 99.

previsto no art. 93, IX da Constituição. De acordo com Di Pietro, o interesse público seria o interesse nascente da emergência da vida em sociedade, no qual cada um reconhece também um interesse próprio e direto. Caberia à Administração e ao Judiciário decidir qual interesse público proteger, em caso de conflito³⁷⁸.

Além disso, há também três fatos que os críticos ignoraram nos seus estudos: (i) o bem comum sob a leitura de Tomás de Aquino; (ii) a superação do utilitarismo pelo Estado de Bem-Estar Social; e (iii) a influência de outras áreas humanas no estabelecimento do interesse público.

Ao tratar do organicismo, Sarmento e Binebojm se concentram em atacar a teoria de Aristóteles e a leitura hegeliana, não fazendo caso da versão de Tomás de Aquino, como enfatizou Di Pietro³⁷⁹. Possivelmente, foi por defenderem que a Constituição deva ser enriquecida com "*preocupações mais realistas e menos metafísicas*"³⁸⁰.

Sendo assim, eles não respondem à colocação de Aquino de que o bem individual não pode subsistir sem "*o bem comum da família, da cidade e da pátria*"³⁸¹, pelo contrário, afirmam que seriam autônomos. Sarmento e Binebojm aparentam fazer uma leitura cartesiana de que é possível haver um interesse individual sem repercussão no espaço público, mas não esclarecem como isto seria viável. Tampouco a proposta de "*patriotismo constitucional*" se propõe a estabelecer a "*autoridade moral*" que o Papa João XXIII afirma que a sociedade depende para subsistir³⁸².

O caráter utilitarista do interesse público, ao qual os críticos muito atacaram, teria sido superado com o Estado de Bem-Estar Social quando se abandonou a concepção negativa da liberdade. O Estado Liberal de fins do Século XVIII concebia a liberdade como sendo ausência de interferência nos assuntos privados, o que seria o garantidor da

³⁷⁸DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais neoliberais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes. Editora Atlas, São Paulo: 2010, p. 99.

³⁷⁹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais neoliberais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes. Editora Atlas, São Paulo: 2010, p. 86-87.

³⁸⁰SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Org.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Editora Fórum: 2008, p. 112.

³⁸¹AQUINO, Tomás de. Suma de teología II. Cuestiones 61 a.5 e 90 a.3. Biblioteca de autores cristianos. Madrid; 1993. (Tradução livre)

³⁸²JOÃO XXIII. Carta Encíclica Pacem in Terris do Sumo Pontífice Papa João XXIII aos veneráveis irmãos patriarcas, primazes, arcebispos e bispos e outros ordinários do lugar em paz e comunhão com a Sé Apostólica, ao clero e fiéis de todo orbe, bem como todas as pessoas de boa vontade, a Paz de Todos os Povos na base da Justiça, Caridade e Liberdade. 1963. Disponível em http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html . Acesso em 07/02/2015

felicidade individual. O interesse público, neste caso, se resumiria à preservação dos direitos individuais frente à coletividade. Esse individualismo gerou uma profunda desigualdade social, que desembocou no Estado de Bem-Estar Social, o qual adotou uma concepção de interesse público mais próxima do bem comum³⁸³.

Os críticos também excluíram a interpretação de interesse público de outras áreas das ciências humanas. Conforme referido acima, Ávila afirma que:

*"perquirir sobre as causas que levaram o legislador a instituir prazos maiores para a administração ou a atribuir determinadas características ao ato administrativo, por exemplo, é objeto da ciência política. Seu aspecto jurídico circunscrevesse a descrever e explicar o sentido e o alcance das normas que instituíram determinadas prerrogativas que os particulares não possuem"*³⁸⁴.

Com isso, Ávila procura refutar o principal argumento dos defensores do interesse público: que o conceito também seria definido por meio de outras áreas das ciências humanas, não bastando uma interpretação jurídica.

Osório afirma que para conceituar o interesse público é preciso mergulhar em "*conceitos políticos e sociológicos*"³⁸⁵. Neste caso, justificar uma postura legislativa exclusivamente em conhecimentos jurídicos seria fazer uma metonímia de um conceito essencialmente interdisciplinar.

Di Pietro afirma que "*grande parte da doutrina*" que critica o interesse público, na verdade, está preocupada em defender os interesses econômicos, representados pela liberdade de iniciativa, competição, indústria e comércio³⁸⁶. Segundo ela, "*muitos exageram intencionalmente*" os efeitos do interesse público para depois se apresentarem como "*os salvadores dos direitos fundamentais*", sem perceberem que os direitos

³⁸³GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes. Editora Atlas, São Paulo: 2010. p. 34-37.

³⁸⁴ÁVILA, Humberto. Repensando a supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo a supremacia do interesse público. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2007, p. 201.

³⁸⁵OSÓRIO, Fábio Medina. Existem uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? Revista de direito administrativo nº 220, abr/jun 2000. p. 95-96.

³⁸⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: existe um novo direito administrativo? In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes. Editora Atlas, São Paulo: 2010, p. 8.

fundamentais "*sempre conviveram com o princípio da supremacia do interesse público*"³⁸⁷.

Prova disso seria o fato de que raramente os críticos abordam a indisponibilidade do interesse público, ou seja, o fato que o interesse público não seria passível de transação³⁸⁸. Gabardo & Hachem exaltam a divisão proposta por Bandeira de Mello, conceituando que o interesse público primário não seria "*abstrato, etéreo, inatingível*", mas seria determinável pelo Direito positivado³⁸⁹.

Sendo assim, em síntese, podemos concluir que a resposta à crítica defende que (i) o interesse público é um conceito essencialmente interdisciplinar, não podendo ser definido exclusivamente pelo direito; (ii) tampouco poderia ser definido a partir da mera importação de doutrinas estrangeiras; (iii) a supremacia do interesse público convive com os direitos fundamentais; e (iv) a primazia dos direitos fundamentais sobre o público culminaria na volta ao individualismo.

2.3. Contribuição para o debate: interdisciplinaridade e interesse público para além do Estado

Antes de tomar posição no debate sobre o conceito de interesse público e sua relação com o interesse privado, será feito um breve estudo sobre duas questões que foram apenas tangenciadas no debate jurídico: (i) a necessidade de interdisciplinaridade para identificar o interesse público e (ii) a existência, ou não, de um interesse público para além da concepção do Estado.

Os críticos do interesse público descartaram a necessidade da contribuição de outras ciências para a interpretação do conceito, enquanto os defensores do interesse público afirmaram a necessidade da interdisciplinaridade, sem aprofundar como se daria tal contribuição.

³⁸⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais neoliberais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes. Editora Atlas, São Paulo: 2010, p. 100.

³⁸⁸GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes. Editora Atlas, São Paulo: 2010. p. 58.

³⁸⁹GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes. Editora Atlas, São Paulo: 2010. p. 41-42.

Ao mesmo tempo, os críticos tendem a identificar o interesse público com o interesse da maioria ou do Estado, ao mesmo tempo em que os defensores pregam sua existência para além do Estado e da maioria.

As respostas dessas duas questões são decisivas para o posicionamento em relação ao debate, acima narrado, sobre a prevalência dos direitos fundamentais ou do interesse público no tocante aos arts. 5º LX e 93, IX da Constituição.

2.3.1. É necessária a interdisciplinaridade para definir o interesse público?

O Teorema de Arrow, segundo a interpretação de Amartya Sen, prova ser matematicamente impossível, em uma discussão com múltiplos interesses e orientada por um único critério de escolha, tomar uma decisão não ditatorial³⁹⁰. Sen cita o exemplo do "*paradoxo do voto*" para demonstrar que o princípio da maioria, aplicado isoladamente, não respeitaria o próprio princípio da maioria:

*"Se a pessoa 1 prefere a opção x à opção y e prefere y a z, enquanto a pessoa 2 prefere y a z e prefere z a x, e a pessoa 3 prefere z a x e prefere x a y, sabemos, evidentemente, que a regra da maioria levará a inconsistências. Em particular x tem maioria sobre y, que por sua vez tem maioria sobre z, o qual tem maioria sobre x. O teorema de Arrow demonstra, entre outros insights que oferece, que não só a regra da maioria, mas todos os mecanismos de tomada de decisão que dependem da mesma base informacional (ou seja, apenas ordenações individuais das alternativas relevantes) acarretarão alguma inconsistência ou inadequação, a menos que simplesmente adotemos a solução ditatorial de fazer preponderar o ranking de preferências de uma pessoa"*³⁹¹

Para sanar o dilema, Sen propõe a "*escolha social racional*", que adotaria uma base informacional mais ampla, pois "*mediante uma ampliação informacional, é possível chegar-se a critérios coerentes e consistentes para a avaliação social e econômica*"³⁹².

O raciocínio de Amartya Sen é também aplicável ao debate em questão. Para admitirmos que o interesse público pode ser definido exclusivamente do ponto de vista

³⁹⁰SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução de Laura Teixeira Motta. 7ª Reimpressão. Editora Companhia das Letras, São Paulo: 2000, p. 286-287.

³⁹¹SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução de Laura Teixeira Motta. 7ª Reimpressão. Editora Companhia das Letras, São Paulo: 2000, p. 286.

³⁹²SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução de Laura Teixeira Motta. 7ª Reimpressão. Editora Companhia das Letras, São Paulo: 2000, p. 288.

jurídico, como reclama Humberto Ávila, precisaríamos afirmar que toda a base informacional das outras disciplinas não existe, ou existindo, não influiriam na análise jurídica.

Tal afirmativa não se sustenta, pois (i) o mundo do direito não é autônomo em si e (ii) o interesse público não é um fenômeno exclusivamente jurídico.

O juiz, ao decidir um processo, não está imune às influências políticas, culturais e sociais de seu tempo. Requerer que ele elimine ou ignore essas influências seria o equivalente a requerer que abra mão de sua humanidade.

Ademais, o "*interesse público*" não é um fenômeno exclusivamente jurídico, mas, como diz seu próprio nome, afeta toda uma coletividade. Se assim não fosse, não teria sido tão estudado por filósofos, cientistas políticos, sociólogos e até mesmo teólogos. Sua interpretação não é, nem deveria ser, exclusiva do jurista.

Deste modo, é necessário ir além dos fundamentos exclusivamente jurídicos da interpretação da lei para justificar um juízo sobre a relação entre interesse público e direitos fundamentais no Brasil. Neste sentido, seguiremos o conselho de Fábio Medina Osório, que aponta a Ciência Política e a Sociologia³⁹³ como sendo as áreas mais relevantes para dialogar com o Direito no estabelecimento do interesse público, sem prejuízo a que sejam referenciados autores de outras ciências.

Os profissionais do direito, em maior ou menor grau, se atem a um certo nível de legalismo, se limitando a trabalhar em cima da lei escrita. O cientista político não tem esta limitação e procura traçar um quadro geral, abordando aspectos econômicos e sociais, além de jurídicos. Do mesmo modo, o sociólogo tende a se concentrar mais no padrão de relações interpessoais, quer seja estabelecido por lei ou não.

Analisaremos estas contribuições a partir do conceito de interesse público não estatal.

2.3.2. Um interesse público para além do interesse do Estado

Antes de falar de um interesse público para além do Estado, é preciso relembrar como o conceito foi restringido ao Estado: a influência do pensamento liberal, conforme ponto 2.1.2, principalmente na sua versão mais recente, o neoliberalismo.

³⁹³ OSORIO, Fábio Medina. Existem uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? Revista de direito administrativo nº 220, abr/jun 2000. p. 95-96.

O neoliberalismo concebe o interesse público como incorporado no Estado, nada mais sendo do que o somatório de direitos individuais. Ari de Abreu Silva afirma que, em regra, as teorias neoliberais se fundam no conceito do indivíduo maximizador, que vê o Estado como "*um conceito construído a partir da ideia de ação coletiva*", que, por sua vez, é o resultado de "*um agregado de ações maximizantes*". A definição de bem público, portanto, dá-se pela inferência de que o comportamento estatal é apenas um meio para a realização de interesses privados³⁹⁴.

Alexandre Barros aponta que a democracia liberal é marcada pela contraposição de grupos de interesses e que, se um grupo não manifesta seu interesse, é legítimo o Estado presumir que não tem interesse. Toda política pública teria uma consequência benéfica para um grupo e prejudicial para outro, sendo necessário sempre se questionar as consequências não aparentes³⁹⁵.

Enxergar a ação estatal como mero agente de interesses privados é conveniente para a sociedade moderna, em que é virtualmente impossível se estabelecer um interesse público homogêneo, havendo antagonismo de fins entre um pluralismo de grupos³⁹⁶. As políticas públicas adotadas pelo Estado seriam públicas por seu caráter imperativo, não pelo agregado social sobre o qual incidem³⁹⁷.

Ainda na década de 1990, vários autores começaram a se opor a essa concepção hegemônica do liberalismo. Listz Vieira, por exemplo, fez severa crítica ao pensamento liberal, pois:

*"apesar do liberalismo ter contribuído para uma ideia de cidadania universal, baseada na concepção de que todos os indivíduos nascem livres e iguais, por outro lado, reduziu a cidadania a mero status legal, estabelecendo os direitos que o indivíduo possui contra o Estado."*³⁹⁸

³⁹⁴Conforme: SILVA, Ari de Abreu. A predação do social. Editora UFF: Niterói/RJ, 1997, p. 50.

³⁹⁵Conforme: BARROS, Alexandre. Cuidado com os defensores do interesse público, lobbies e pressões na democracia liberal. In: RUA, Maria das Graças; CARVALHO, Maria Izabel Valladão de. O estudo da política: tópicos selecionados. Editora Paralelo 15: Brasília, 1998, p. 206-207.

³⁹⁶De acordo com: NEVES, Edson Alvisi; NEVES, Lorrayne Fialho. Interesse público e função social da empresa. In: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; FERES, Marcos Vinícius Chein; KEMPFER, Marlene. Direito e inovação. Editora UFJF: Juiz de Fora/MG, 2013, p. 201.

³⁹⁷De acordo com: RUA, Maria das Graças. Análise de políticas públicas: conceitos básicos. In: RUA, Maria das Graças; CARVALHO, Maria Izabel Valladão de. O estudo da política: tópicos selecionados. Editora Paralelo 15: Brasília, 1998, p. 232.

³⁹⁸VIEIRA, Liszt. Cidadania e controle social. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill. O público não estatal na reforma do estado. Editora FGV: Rio de Janeiro, 1999, p. 219-220.

A forma de exercício dos direitos seria irrelevante, desde que o indivíduo não violasse a lei ou o direito alheio. A liberdade individual só poderia ser compreendida de forma negativa, como ausência de coerção. O bem comum só poderia ter feições autoritárias³⁹⁹. Para Vieira, é preciso combater tanto o paternalismo estatal quanto a desregulação do mercado.

Esclarecido o conceito de neoliberalismo, estudemos o conceito de interesse público não estatal, que foi uma resposta a esta última versão do liberalismo. Para discernir sua essência, analisaremos suas versões de (i) público; (ii) agente público e (iii) controle social.

Luiz Carlos Bresser Pereira e Núria Cunill Grau defendem que é preciso "*que o aparato do Estado se torne público e que o público não se esgote no estatal*"⁴⁰⁰. O Estado seria público, mas nem tudo que é público está concentrado no Estado. Segundo os autores, o público:

*"contrapõe tanto o privado, voltado para o lucro e para o consumo, quanto ao corporativo, voltado para a defesa de interesses setoriais e grupais. Todos têm o direito que o patrimônio público seja público e não capturado por interesses particulares"*⁴⁰¹

O neoliberalismo induz o Estado a confundir o interesse público com os interesses corporativos de grupos setoriais⁴⁰² e termina por chamar de "*público*", o que na verdade é "*privado*". Segundo Sebastian Cóx, o real "*interesse público*", além de atender um caso individual, transcende-o e se projeta como "*propostas de situações globais com dimensões sociais, econômicas e culturais de indubitável natureza política*"⁴⁰³. O aspecto público de determinada prática seria definido pelo seu potencial de impacto sobre a coletividade.

Deste modo, um serviço é público, ainda que não seja prestado pelo Estado, e é privado, ainda que seja prestado por um agente estatal. A natureza do agente não tem o

³⁹⁹De acordo com: VIEIRA, Liszt. Cidadania e controle social. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill. O público não estatal na reforma do estado. Editora FGV: Rio de Janeiro, 1999, p. 220.

⁴⁰⁰PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill. O público não estatal na reforma do estado. Editora FGV: Rio de Janeiro, 1999, p. 7.

⁴⁰¹PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill. O público não estatal na reforma do estado. Editora FGV: Rio de Janeiro, 1999, p. 22.

⁴⁰²PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill. O público não estatal na reforma do estado. Editora FGV: Rio de Janeiro, 1999, p. 22.

⁴⁰³URREJOLA, Sebastian Cóx. Políticas sociais e justiça comunitária – ações de interesse público a partir da sociedade civil no Chile. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill. O público não estatal na reforma do estado. Editora FGV: Rio de Janeiro, 1999, p. 192.

condão de alterar a natureza pública ou privada do serviço. Diante desta realidade, observa-se que há serviços de interesse público sob controle de agentes privados e há agentes públicos executando ações de interesse meramente privado⁴⁰⁴.

Ocorre que os estatutos e normas de fiscalização dos agentes privados não correspondem ao comum das entidades governamentais e públicas, como destaca Sebastian Cox⁴⁰⁵, o que gera uma certa "*privatização*" do público.

Não se trata aqui de defender a concentração desses serviços no Estado. Nem o Estado, nem o Mercado, podem se arrogar o monopólio da coisa pública. O Estado, por não monopolizar toda a crescente diversidade social. O Mercado, por exigir exclusão, intercâmbio e transações voluntárias⁴⁰⁶, inadequado para algo que deve estar à disposição do coletivo. Contudo, é preciso regulamentar este "*público*" fora do Estado, exigir transparência e prestação de contas, para que não seja capturado por interesse privados ou corporativos e fique fora do controle social⁴⁰⁷.

Um mecanismo de accountability e controle social é tido como indispensável na doutrina: a publicidade. A transparência efetiva da coisa pública e de sua gestão é a garantia mais concreta da democracia participativa⁴⁰⁸, uma vez que a participação política é direito soberano do cidadão, não concessão do gestor da coisa pública, quem quer que seja ele, e, sem informação transparente, não é possível controle social⁴⁰⁹.

Esse controle social seria exercido pela sociedade civil, a destinatária principal da informação. Ocorre que, enquanto o Estado e o Mercado são relativamente homogêneos, a sociedade civil é marcada pela heterogeneidade. Por isso, a publicidade destinada a ela não pode ser meramente formal, devendo ser clara e ampla o suficiente para que todos os seus setores possam compreender e, se desejarem, se manifestarem.

⁴⁰⁴Conforme relatado em: VIEIRA, Liszt. Cidadania e controle social. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill. O público não estatal na reforma do estado. Editora FGV: Rio de Janeiro, 1999, p. 239.

⁴⁰⁵URREJOLA, Sebastian Cóx. Políticas sociais e justiça comunitária – ações de interesse público a partir da sociedade civil no Chile. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill. O público não estatal na reforma do estado. Editora FGV: Rio de Janeiro, 1999, p. 192.

⁴⁰⁶PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill. O público não estatal na reforma do estado. Editora FGV: Rio de Janeiro, 1999, p. 34.

⁴⁰⁷PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill. O público não estatal na reforma do estado. Editora FGV: Rio de Janeiro, 1999, p. 22.

⁴⁰⁸PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill. O público não estatal na reforma do estado. Editora FGV: Rio de Janeiro, 1999, p. 24.

⁴⁰⁹URREJOLA, Sebastian Cóx. Políticas sociais e justiça comunitária – ações de interesse público a partir da sociedade civil no Chile. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill. O público não estatal na reforma do estado. Editora FGV: Rio de Janeiro, 1999, p. 194.

As associações da sociedade civil têm o papel de formadoras de opinião coletiva nos espaços situados fora do Estado e do Mercado e fogem tanto à lógica de poder estatal quanto à lógica de mercado⁴¹⁰, devendo ter seu campo de atuação respeitado.

Deste modo, a respeito do interesse público não estatal, concluímos que (i) é de interesse público toda ação ou atividade que puder resultar impacto na coletividade; (ii) agente público é todo aquele que exerce tal atividade, independente de ser estatal ou particular; (iii) o controle social é exercido por meio da publicidade direcionada à sociedade civil, que deve ser a mais ampla e clara possível para informar todos os seus diversos segmentos.

2.4. Como interpretar o interesse público expresso nos arts. 5º, LX e 93, IX da Constituição Federal de 1988?

A análise realizada no Capítulo 1 mostrou que o art. 189, IV do Novo CPC e o Projeto de Lei nº 406/2013 estão interpretando os arts. 5º, LX e 93, IX da CRFB sob a mesma lógica liberal tradicionalmente utilizada para interpretar todos os temas relativos à arbitragem no Brasil, ou seja: considerando o interesse público à publicidade como restrito à presença do Estado como árbitro ou como julgador.

Ocorre que a teoria liberal, provavelmente, não seria a mais coerente com a intenção do legislador constitucional neste caso. O fato de dois dispositivos tão semelhantes constarem tanto no rol de direitos fundamentais do art. 5º, quanto no capítulo sobre Organização da Justiça, demonstra que o provável objetivo do legislador era preservar tanto (i) o indivíduo, de uma invasão indiscriminada de sua intimidade, quanto (ii) a coletividade, de uma aplicação do direito alheia ao seu controle social.

Sendo assim, a publicidade processual seria um instrumento para coibir tanto (i) os abusos da ingerência indevida da maioria na intimidade do indivíduo, quanto (ii) o abuso do indivíduo que procura retirar do controle social assuntos do interesse da coletividade. É uma determinação que transcende a dicotomia público e privado, pois é a própria regra que determina o espaço de cada um. Deste modo, teorias que considerem a existência de uma fonte principal – ou até mesmo exclusiva – de arbitrariedades, não seriam capazes de abranger a totalidade da intenção do legislador neste caso.

⁴¹⁰VIEIRA, Liszt. Cidadania e controle social. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill. O público não estatal na reforma do estado. Editora FGV: Rio de Janeiro, 1999, p. 241.

O liberalismo clássico se preocupa com a arbitrariedade do Estado sobre as liberdades fundamentais do indivíduo ou ainda sobre o equilíbrio "*natural*" do mercado. Esta teoria não demonstra grande preocupação com as possíveis arbitrariedades do mercado sobre a sociedade civil, por considerar que a "*mão invisível*", idealizada por Adam Smith, sempre levará a uma solução eficiente. Por esta razão, é uma teoria que não abarca a provável intenção do legislador de coibir a arbitrariedade, independente do agente que venha a cometê-la.

Além disso, apesar dos juristas terem expressivas divergências sobre a interpretação do interesse público, há relativo consenso entre eles de que o individualismo do liberalismo clássico não seria o mais indicado para interpretá-lo. Por exemplo, Daniel Sarmiento o acusa de reduzir a liberdade a um conceito negativo⁴¹¹, enquanto Maria di Pietro afirma que a Constituição Federal de 1988 não quer a proteção "*apenas do interesse econômico*", como ocorreria no liberalismo clássico, mas sim que "*todos os interesses dos diferentes setores da sociedade*" sejam protegidos⁴¹².

Admitindo que o liberalismo não seria a teoria mais adequada, resta apreciar se as demais teorias abordadas neste Capítulo poderiam ser, com a ressalva de que qualquer análise sobre este assunto é passível de questionamento.

Primeiramente, as leituras hegeliana e utilitarista – pela mesma razão que o liberalismo – não seriam as mais razoáveis para a interpretação dos arts. 5º, LX e 93, IX da CRFB, pois também concebem o interesse público como principalmente incorporado em determinado agente. O hegelianismo considera o interesse público como incorporado ao Estado, sem contemplar a possibilidade do próprio Estado violar o interesse público. Do mesmo modo, o utilitarismo concebe o interesse público como sendo a maximização da felicidade, sem atentar que o critério de utilidade pode resultar em arbitrariedades da maioria sobre a minoria.

Em segundo lugar, a teoria dos direitos fundamentais, encampada pelos críticos do interesse público, também não seria a mais compatível com os arts. 5º, LX e 93, IX da CRFB, devido (i) à excessiva dependência de autores estrangeiros; (ii) à falta de substitutos para a solidariedade social; (iii) à falta de concepção de um interesse de todos;

⁴¹¹SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Org.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Editora Fórum: 2008, p. 112.

⁴¹²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais neoliberais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes. Editora Atlas, São Paulo: 2010, p. 100.

e, principalmente, (iv) o não reconhecimento das limitações da abordagem jurídica sobre o interesse público.

A observação de Di Pietro sobre a "*importação*" da crise do direito europeu parece verossímil quando ela demonstra que o direito administrativo brasileiro é derivado do francês e os críticos se fundamentam em doutrina e jurisprudência alemãs, sem as devidas considerações das diferenças. Do mesmo modo, a crítica de Gabardo & Hachem sobre o não resgate dos "*trabalhos anteriores*" fica verossímil quando os críticos desconsideram o pensamento de São Tomás de Aquino.

Por sua vez, a defesa de um "*patriotismo constitucional*"⁴¹³ não foi desenvolvida pelos autores a ponto de se estabelecer como uma alternativa à solidariedade social defendida por Aristóteles e Tomás de Aquino. Particularmente, não foi esclarecido como o "*patriotismo constitucional*" pode contribuir para a construção da autoridade moral, necessária para a manutenção da sociedade.

É preciso também considerar que a teoria dos direitos fundamentais – na forma como defendida – aparenta depender da definição de um interesse público, distinto dos interesses das maiorias políticas do momento, para não desembocar em arbitrariedades. Por exemplo, Daniel Sarmiento concebe os poderes públicos como "*responsáveis pela promoção e defesa dos direitos fundamentais, diante dos perigos que rondam as pessoas na própria sociedade*"⁴¹⁴. Este intervencionismo estatal para preservação da liberdade individual – sem um referencial de interesse público independente das maiorias ou minorias políticas do momento – pode resultar na arbitrariedade da maioria sobre a minoria.

A possibilidade de arbitrariedade pode ser observada no debate ocasionado na França pela proibição do uso do véu pelas muçulmanas em escolas públicas. Algumas defensoras dos direitos da mulher, como a promotora do Ministério Público do Estado de São Paulo, Luiza Nagib Eluf, são favoráveis a que o Estado intervenha nos costumes religiosos para "*evitar violações de direitos trazidas pelas próprias religiões aos seus seguidores*", uma vez que o uso do véu pela mulher é "*um uniforme feminino que*

⁴¹³SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Org.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Editora Fórum: 2008, p. 140-143.

⁴¹⁴SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Org.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Editora Fórum: 2008, p. 101.

estigmatiza a mulher", sendo "*um símbolo visível*" de sua submissão⁴¹⁵. Contudo, a associação de mulheres islâmicas, que seriam aquelas que estariam tendo seus direitos "*protegidos*" pela determinação, são contrárias à lei por entenderem que retirar o véu seria uma violação da lei de seu Deus⁴¹⁶. Defender a intervenção do Estado para efetivação dos direitos fundamentais sem um referencial de interesse público distinto dos interesses políticos do momento poderia transformar o Estado em "*arma*" para imposição de valores de um grupo de interesses sobre outro, o que seria abrir caminho para a arbitrariedade.

No mesmo sentido, o argumento de Humberto Ávila de que seria possível uma divisão cartesiana entre os campos de atuação do Direito e das demais ciências é controverso. Uma vez que o interesse público afeta a sociedade como um todo, nada mais natural que seja estudado e definido pelo maior número de áreas de conhecimento possíveis. Como defende Amartya Sen, considerar um único critério para análise de um objeto seria uma redução de base informacional que redundaria em uma escolha arbitrária. Por esta razão, o estudo do interesse público não pode extrair sua definição apenas do Direito, devendo contar com a contribuição de outras ciências.

Feitas estas considerações, as teorias que parecem as mais indicadas para interpretar os arts. 5, LX e 93, IX da CRFB seriam a lógica aristotélico-tomista com os complementos de Bandeira de Mello e dos demais defensores do interesse público, uma vez que estas teorias (i) são mais condizentes com a intenção do legislador; (ii) não condicionam a arbitrariedade a uma fonte principal ou única; (iii) as críticas que lhes foram feitas não se mostram pertinentes a ponto de refutá-las; e (iv) são teorias receptivas ao conceito de um interesse público não estatal.

A essência dos dois dispositivos constitucionais supracitados aparenta ser a mesma: a publicidade processual é estabelecida de acordo com o interesse público, o qual – ao menos neste caso – aparenta ser o interesse de todos, e não apenas o interesse de uma maioria ou de um indivíduo. A lógica aristotélico-tomista e de Bandeira de Mello não se restringem a coibir uma espécie de arbitrariedade, mas se preocupam com qualquer arbitrariedade, independente do agente que a executa.

⁴¹⁵É possível ler a íntegra de seu posicionamento em: ELUF, Luiza Nagib. É importante desestimular o uso do véu pelas muçulmanas. Publicado em 06/01/2004. Disponível em http://www.conjur.com.br/2004-jan-06/importante_desestimular_uso_veu_pelas_muculmanas. Acesso em 02/04/2015

⁴¹⁶Mais informações em http://www.islamswomen.com/hijab/hijab_suppression_or_liberation.php. Acesso em 02/04/2015

Ao contrário do que interpretou Daniel Sarmiento, o interesse comum de Aristóteles não se identifica com o "*interesse da maioria*"⁴¹⁷, mas sim com o interesse de toda coletividade. Como o próprio Aristóteles disse, o interesse privado permanece sendo um interesse privado, ainda que seja o interesse de muitos. Há interesse geral apenas quando se abrange o interesse de todos⁴¹⁸.

Do mesmo modo, São Tomás de Aquino – autor não abordado pelos críticos do interesse público – definiu que os indivíduos orientassem suas decisões com base no bem comum, não porque acreditasse que o coletivo devesse sobrepujar o particular, mas sim porque o bem do indivíduo não se sustenta sem "*o bem comum da família, da cidade e da pátria*"⁴¹⁹. Portanto, é difícil, ou até mesmo impossível, que o indivíduo possua projetos "*autônomos em relação aos interesses da comunidade política*"⁴²⁰, pois quer o indivíduo queira, ou não, suas escolhas terão consequências na vida de outras pessoas.

O homem que decide morar no exterior, deve levar em consideração o impacto que a sua ausência pode causar nos seus pais, amigos e familiares. O patrão que decide fechar sua empresa, deve levar em consideração a quantidade de postos de trabalho e famílias que estará atingindo. O líder comunitário deve levar em consideração que a coerência entre o que prega e o que faz serve de referência para toda sua comunidade.

Não se trata de abrir mão de sua individualidade, mas de considerar que uma individualidade, para o bem e para o mal, repercute na individualidade alheia, às vezes, até mesmo de pessoas com quem não se tem contato direto.

Sendo assim, o bem comum é o uso responsável da liberdade individual, construído a partir de laços de solidariedade que nascem da capacidade do ser humano de se colocar no lugar do outro. Trata-se de um princípio que, posto em prática, é capaz de coibir – ao mesmo tempo – a arbitrariedade do indivíduo e do coletivo. É um traço essencial para a vida em comunidade e que só pode ser construído no seio da sociedade civil. O Estado e o mercado jamais serão capazes de, por si só, preencher o vácuo de autoridade moral que atenta contra a integridade da civilização moderna.

⁴¹⁷SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Org.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Editora Fórum: 2008, p. 101.

⁴¹⁸ARISTOTLE. Politics. Translated by Benjamin Jowett. Editora Batoche Books, Kitchener. USA: 1999. p. 61. (Tradução livre)

⁴¹⁹AQUINO, Tomás de. Suma de teología II. Cuestiones 61 a.5 e 90 a.3. Biblioteca de autores cristianos. Madrid; 1993. (Tradução livre)

⁴²⁰SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Org.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Editora Fórum: 2008, p. 101.

Por fim, a existência de um "*interesse público não estatal*" só é plenamente justificada sob a óptica de um interesse geral acima do conflito entre maioria e indivíduo. Enquanto se identificar uma fonte principal de arbitrariedade, estará se considerando o interesse público exclusivamente, ou, pelo menos, prioritariamente incorporado em algum agente da sociedade, seja o Estado, o Mercado ou a Sociedade Civil, quando, na verdade, ele estaria igualmente presente em todos.

CAPÍTULO 3 – INTERESSE PÚBLICO NA ARBITRAGEM

O capítulo 1 nos demonstrou que a arbitragem, e o interesse público a ela pertinente, foram historicamente interpretados sob a óptica do liberalismo, inclusive, para determinar sua confidencialidade ou publicidade processual. Seus três principais argumentos para legitimar a confidencialidade absoluta do processo arbitral são: (i) a jurisdição do árbitro é privada, sendo o interesse público na jurisdição restrito ao Estado⁴²¹; (ii) a arbitragem é incapaz de causar externalidades negativas⁴²² ao interesse público e, se causar, (iii) a fiscalização mútua entre partes e árbitros é o suficiente para coibi-las.

Ao mesmo tempo, o capítulo 2 nos levou a conclusão de que a confidencialidade ou publicidade processual deveriam ser interpretadas pela lógica do "*bem comum*" aristotélico-tomista com os complementos de Bandeira de Mello e demais defensores do interesse público, segundo a qual existe um interesse geral da coletividade em coibir tanto (i) os abusos da ingerência indevida da maioria na intimidade do indivíduo, quanto (ii) o abuso do indivíduo que procura retirar do controle social assuntos do interesse da coletividade.

Contudo, neste caso específico, adotar a lógica do "*bem comum*" não necessariamente nos levará a uma conclusão diversa à lógica liberal, pois há dois fatos que não podem ser ignorados: (i) apesar de toda controvérsia sobre a definição de interesse público na Constituição de 1988, ninguém – de que se tenha conhecimento – questionou o art. 189, IV do Novo CPC; e (ii) a Comissão de Juristas do Senado Federal fez reuniões sigilosas para preservar a confidencialidade da arbitragem, sem que ninguém externo à Comissão – de que se tenha conhecimento – protestasse.

Diante destes fatos, temos três interpretações possíveis para a ausência de oposição: (i) não há interesse público na jurisdição privada do árbitro, não sendo necessário exigir-lhe publicidade processual; (ii) se ocorrerem externalidades negativas ao interesse público no processo arbitral, a atual fiscalização mútua entre partes e árbitros é suficiente para coibi-las; ou (ii) a ausência de protestos da coletividade – em particular

⁴²¹FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. In: FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis (org). Novos temas de arbitragem. Rio de Janeiro/RJ. FGV, 2014 fls. 129.

⁴²²Aqui se refere a externalidades negativas no sentido de consequências prejudiciais para terceiros que não tiveram conhecimento ou oportunidade para se manifestar no processo.

dos adeptos de outras vertentes do interesse público – se deve ao fato de desconhecerem a arbitragem.

Para discernir qual destas alternativas corresponde à realidade, será preciso esclarecer (i) se há interesse público na atividade jurisdicional; (ii) a existência, ou não, de externalidades negativas do processo arbitral para terceiros que dele não tomaram conhecimento e; (iii) eventuais limitações da atual accountability da arbitragem, qual seja, a fiscalização mútua entre as partes e os árbitros.

É preciso definir se o interesse público na publicidade do exercício da jurisdição pelo Judiciário decorre do fato de ser um serviço prestado pelo Estado ou se seria inerente à atividade jurisdicional. Os defensores do sigilo arbitral admitem a existência de externalidades negativas apenas a particulares, sendo necessário identificar se há, ou não, externalidades para a coletividade e o Estado, o que tornaria as consequências da arbitragem um assunto de interesse público até mesmo pelos critérios liberais. Por fim, serão analisados eventuais "*pontos cegos*" da atual accountability da arbitragem, que possam prejudicar o interesse público.

3.1. Interesse público no exercício da jurisdição

Jurisdição é uma das três atividades próprias do Estado, junto com as funções administrativas e legislativas⁴²³. A função jurisdicional é tradicionalmente exercida pelo Judiciário e consiste na aplicação da norma abstrata ao caso concreto, sendo a sentença considerada "*a lei do caso concreto*"⁴²⁴. Esta atividade do Judiciário goza de (i) publicidade interna; e (ii) publicidade externa.

De acordo com Roberto Almada, a publicidade interna tem por finalidade proteger o indivíduo "*da insegurança que possa advir de um processo secreto, conduzido a portas fechadas, sem a possibilidade de revelação e de controle*", enquanto a publicidade externa se destina ao público em geral, que "*passa a perceber na jurisdição a feição democrática que lhe é inerente e sem a qual ela redundaria opaca e hermética, fora dos padrões do Estado de Direito*"⁴²⁵.

⁴²³CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil – Vol I. 18ª edição inteiramente revista. Editora Lumen Juris. 2008, p. 63.

⁴²⁴CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil – Vol I. 18ª edição inteiramente revista. Editora Lumen Juris. 2008, p. 64.

⁴²⁵ALMADA, Roberto José Ferreira de. A garantia da publicidade no processo civil. Dissertação de Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais da FDV. Vitória, 2004 p. 88.

O art. 18 da LBA afirma que o árbitro é "*juiz de fato e de direito*"⁴²⁶ e, com base neste dispositivo legal, a doutrina majoritária interpreta que arbitragem possuiria natureza mista, sendo, ao mesmo tempo, contratual e jurisdicional. Nas palavras de Cláudio Finkelstein:

*"A corrente predominante, seguindo a doutrina de Schmitthoff, hoje interpreta o instituto (arbitragem) como sendo misto, em razão de sua origem privada, contratual e de procedimento equiparada por lei à atividade jurisdicional. De um contrato privado surgem regras processuais, equiparadas por lei, a um procedimento judicial. O árbitro, autoridade privada, por força e ficção legal, torna-se juiz de fato e de direito."*⁴²⁷

Confirmando este entendimento da doutrina majoritária, o STJ, no Conflito de Competência 113.260/SP⁴²⁸, adotou o entendimento de que "*não há motivos para que se afaste o caráter jurisdicional*" da arbitragem, o que ratificou a equiparação, feita no art. 18 da LBA, ao juiz estatal.

Apesar do árbitro exercer jurisdição, os advogados militantes em arbitragem entendem que no processo arbitral é devida apenas a publicidade interna, para as partes diretamente envolvidas, pois os árbitros são "*entes privados e contratados como tais*", não "*representantes do Estado*". Portanto, não exerceriam "*poder político*" e não estariam "*sujeitos à fiscalização popular*"⁴²⁹ da publicidade externa. Há uma presunção neste posicionamento de que a publicidade decorre exclusivamente da presença do Estado, não da atividade jurisdicional em si.

Por esta razão, as únicas hipóteses que os usuários da arbitragem admitem para a quebra da confidencialidade dizem respeito aos interesses privados das próprias partes ou de seus acionistas: (i) a obrigação de revelar aos acionistas as informações enumeradas no art. 2^o⁴³⁰ da Instrução Normativa nº 358/2002 da Comissão de Valores Mobiliários;

⁴²⁶Art. 18 da LBA. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

⁴²⁷FINKELSTEIN, Cláudio. Arbitragem internacional e legislação aplicável. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão. Arbitragem internacional: UNIDROIT, CISG e direito brasileiro. São Paulo/SP. Quartier Latin, 2010 fls. 45.

⁴²⁸Conflito de Competência 113.260/SP, 2ª Seção, Min. Rel. Nancy Andrighi. Julgado em 08/09/2010

⁴²⁹FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. In: FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis (org). Novos temas de arbitragem. Rio de Janeiro/RJ. FGV, 2014 fls. 129.

⁴³⁰Art. 2º da Instrução Normativa nº 358/2002 da CVM. Considera-se relevante, para os efeitos desta Instrução, qualquer decisão de acionista controlador, deliberação da assembleia geral ou dos órgãos de

(ii) se a parte precisar revelar alguma informação para defender seu direito em outro litígio; ou (iii) se for necessário recorrer ao Poder Judiciário pelo CPC atual para cumprir uma decisão do árbitro ou instaurar a arbitragem.

Contudo, conforme demonstrado no capítulo 2, a natureza "*pública*" de uma atividade independe do agente que a exerce, de modo que o público não se limita ao Estado e há serviços de interesse público sob controle de agentes privados⁴³¹. Neste caso, não é possível se contentar com o argumento de que a arbitragem estaria isenta de interesse público apenas pela ausência do Estado, sendo necessário investigar se os tribunais arbitrais seriam um caso de interesse público não estatal pelo exercício da

administração da companhia aberta, ou qualquer outro ato ou fato de caráter político-administrativo, técnico, negocial ou econômico-financeiro ocorrido ou relacionado aos seus negócios que possa influir de modo ponderável:

- I - na cotação dos valores mobiliários de emissão da companhia aberta ou a eles referenciados;
 - II - na decisão dos investidores de comprar, vender ou manter aqueles valores mobiliários;
 - III - na decisão dos investidores de exercer quaisquer direitos inerentes à condição de titular de valores mobiliários emitidos pela companhia ou a eles referenciados.
- Parágrafo único. Observada a definição do *caput*, são exemplos de ato ou fato potencialmente relevante, dentre outros, os seguintes:
- I - assinatura de acordo ou contrato de transferência do controle acionário da companhia, ainda que sob condição suspensiva ou resolutiva;
 - II - mudança no controle da companhia, inclusive através de celebração, alteração ou rescisão de acordo de acionistas;
 - III - celebração, alteração ou rescisão de acordo de acionistas em que a companhia seja parte ou interveniente, ou que tenha sido averbado no livro próprio da companhia;
 - IV - ingresso ou saída de sócio que mantenha, com a companhia, contrato ou colaboração operacional, financeira, tecnológica ou administrativa;
 - V - autorização para negociação dos valores mobiliários de emissão da companhia em qualquer mercado, nacional ou estrangeiro;
 - VI - decisão de promover o cancelamento de registro da companhia aberta;
 - VII - incorporação, fusão ou cisão envolvendo a companhia ou empresas ligadas;
 - VIII - transformação ou dissolução da companhia;
 - IX - mudança na composição do patrimônio da companhia;
 - X - mudança de critérios contábeis;
 - XI - renegociação de dívidas;
 - XII - aprovação de plano de outorga de opção de compra de ações;
 - XIII - alteração nos direitos e vantagens dos valores mobiliários emitidos pela companhia;
 - XIV - desdobramento ou grupamento de ações ou atribuição de bonificação;
 - XV - aquisição de ações da companhia para permanência em tesouraria ou cancelamento, e alienação de ações assim adquiridas;
 - XVI - lucro ou prejuízo da companhia e a atribuição de proventos em dinheiro;
 - XVII - celebração ou extinção de contrato, ou o insucesso na sua realização, quando a expectativa de concretização for de conhecimento público;
 - XVIII - aprovação, alteração ou desistência de projeto ou atraso em sua implantação;
 - XIX - início, retomada ou paralisação da fabricação ou comercialização de produto ou da prestação de serviço;
 - XX - descoberta, mudança ou desenvolvimento de tecnologia ou de recursos da companhia;
 - XXI - modificação de projeções divulgadas pela companhia;
 - XXII - impetração de concordata, requerimento ou confissão de falência ou propositura de ação judicial que possa vir a afetar a situação econômico-financeira da companhia.

⁴³¹VIEIRA, Liszt. Cidadania e controle social. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill. O público não estatal na reforma do estado. Editora FGV: Rio de Janeiro, 1999, p. 239.

jurisdição. Com este intuito, será feito um paralelo entre a jurisdição exercida (i) pelo Judiciário e (ii) pela arbitragem.

3.1.1. Jurisdição exercida pelo Judiciário

Por muito tempo, se defendeu que a aplicação da lei ao caso concreto deveria ser uma função técnica, ideia decorrente, principalmente, (i) da doutrina de Montesquieu sobre o "*juiz boca da lei*"⁴³², o qual deveria evitar qualquer papel criativo na aplicação do Direito; e (ii) do insulamento burocrático do Estado, propagado na segunda metade do século XX.

Montesquieu compreendia que "*à medida que os julgamentos dos tribunais multiplicam-se*", as decisões "*se contradizem*", seja porque os juízes que se sucedem "*pensam diferentemente*", seja porque "*os mesmos processos são ora bem, ora mal defendidos*", ou ainda "*em consequência de uma infinidade de abusos que se insinuam em tudo que passa pela mão dos homens*". Tal prática era reprovável, razão pela qual Montesquieu exigia que as leis fossem exatas o máximo possível para evitar esta ocorrência⁴³³.

A preocupação do nobre francês era coibir o "*juiz legislador*", um juiz que não se baseasse em leis previamente estabelecidas e decidisse de acordo com sua vontade, tornando-se um "*déspota*"⁴³⁴. A partir de sua teoria, se desenvolveu todo o raciocínio dos três poderes e se conservou a ideia de que um juiz "*criativo*" deveria ser coibido.

A ideia de um juiz técnico ganhou mais fôlego, após o relatório da Comissão Trilateral (EUA, Japão, União Europeia) na década de 1970, que interpretou a crise de governabilidade como sendo decorrente do "*excesso de demandas*" apresentadas pela população, de modo que a Administração Pública como um todo começou a tender para

⁴³²OLIVO, Luiz Carlos Cancellier de. Juízes legisladores: o controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do direito judiciário, p. 86. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/>. Acesso em 15/04/2015

⁴³³MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Do espírito das leis. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo, Difusão Europeia do Livro, 1962 fls. 98.

⁴³⁴Importante frisar que Montesquieu era defensor da monarquia constitucional. Segundo ele, os juízes da monarquia seriam capazes de cumprir a lei quando sua intenção fosse clara, mas, quando não fosse ou houvesse um vácuo legal, seriam capazes de interpretarem "*o espírito da lei*" e aplicar a melhor solução ao caso. Montesquieu se baseia nas Repúblicas da Antiguidade, principalmente de Grécia e Roma, para justificar as razões pelas quais acredita que o magistrado da República seria incapaz de interpretar o espírito da lei, portanto, sempre tenderia a uma interpretação literal. Mais informações em MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Do espírito das leis. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo, Difusão Europeia do Livro, 1962 fls. 101.

a tecnocracia, mesmo não havendo qualquer indício de que o Legislativo estivesse embarreirando a aprovação de políticas públicas⁴³⁵.

Eli Diniz questionou veementemente esta presunção de neutralidade da governança estatal, pois:

*"o insulamento burocrático revela-se irrealista, se consideramos que a meta almejada, qual seja, implementar escolhas públicas imunes às pressões dos interesses particulares, não é factível"*⁴³⁶.

Apenas na década de 1990, começou a ruir no Brasil o mito do caráter apolítico do Judiciário, quando este se revelou decisivo no estabelecimento de políticas públicas⁴³⁷. O STF, por exemplo, foi responsável pela suspensão da reforma da Previdência em 1996, na concessão de reajuste para servidores públicos contra imensa pressão do governo em 1997⁴³⁸, entre outros julgamentos mais recentes, como o caso Raposa Serra do Sol, a pesquisa com células tronco, o julgamento do Mensalão e outras decisões de inegáveis consequências políticas.

A partir de então, como relata Boaventura de Sousa Santos⁴³⁹, os cientistas políticos viram nos tribunais "*um subsistema do sistema político global*" que processa inputs externos constituídos por "*estímulos, pressões, exigências sociais e políticas*" e, através de mecanismos de conversão, produzem outputs – as decisões – portadoras de "*um impacto social e político nos restantes subsistemas*"⁴⁴⁰.

Ratificando o entendimento de Boaventura, Mauro Capeletti afirma que "*nem mesmo a completa codificação (do direito) teria eliminado inteiramente do caminho o direito judiciário*", uma vez que, "*com ou sem a consciência do intérprete*", a criatividade é inerente a qualquer interpretação, seja a interpretação judiciária, ou de quaisquer

⁴³⁵DINIZ, Eli. Governabilidade e democracia. In: RUA, Maria das Graças; CARVALHO, Maria Izabel Valladão de. O estudo da política: tópicos selecionados. Editora Paralelo 15: Brasília, 1998, p. 282-283.

⁴³⁶DINIZ, Eli. Governabilidade e democracia. In: RUA, Maria das Graças; CARVALHO, Maria Izabel Valladão de. O estudo da política: tópicos selecionados. Editora Paralelo 15: Brasília, 1998, p. 282.

⁴³⁷CASTRO, Marcos Faro. O estudo do Judiciário. In: RUA, Maria das Graças; CARVALHO, Maria Izabel Valladão de. O estudo da política: tópicos selecionados. Editora Paralelo 15: Brasília, 1998, p. 87.

⁴³⁸CASTRO, Marcos Faro. O estudo do Judiciário. In: RUA, Maria das Graças; CARVALHO, Maria Izabel Valladão de. O estudo da política: tópicos selecionados. Editora Paralelo 15: Brasília, 1998, p. 87.

⁴³⁹SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direito e Justiça: a função social do judiciário. Editora Ática, São Paulo 1994, p. 52.

⁴⁴⁰SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direito e Justiça: a função social do judiciário. Editora Ática, São Paulo 1994, p. 51.

"produtos da civilização humana, como a literatura, a música, as artes visuais, a filosofia, etc"⁴⁴¹.

No mesmo sentido, Christopher Whytock observou que os agentes globais alocam seus riscos e provisões de acordo com o entendimento que os tribunais adotam da lei⁴⁴², demonstrando que a natureza da atividade jurisdicional não poderia ser tão técnica quanto os próprios juízes reivindicavam. Se fosse técnica, haveria maior previsibilidade e não exigiria tanto planejamento dos agentes de mercado.

Percebeu-se uma relação entre as motivações das decisões judiciais e os mecanismos de seleção e recrutamento de magistrados, provando que o juiz não era moralmente neutro⁴⁴³. Diversos estudos nos EUA e na Europa demonstraram um elevado grau de variação nas decisões dos magistrados, de acordo com suas preferências políticas e religiosas, bem como idade e origem social⁴⁴⁴, ou seja, foi provado que o perfil pessoal do juiz influenciava sua decisão.

A diferença entre a política praticada no Judiciário e a política praticada no Executivo e no Legislativo, é que estas duas últimas seriam orientadas pelo caráter majoritário, ou seja, pelo voto da maioria, enquanto o Judiciário tenderia à preservação de direitos de caráter "*absoluto*", seguindo orientação contra majoritária⁴⁴⁵.

Segundo Rodrigo Borges Valadão, é exatamente pelo fato do Judiciário exercer função "*política*" e não contar com a legitimação do "*voto popular*", é que se exige dele a mais absoluta transparência de suas atividades, pois a "*legitimidade da atuação judicial somente é verificada a posteriori, através da análise de seu exercício*"⁴⁴⁶, ou seja, quando o público em geral tem a oportunidade de apreciar se os valores defendidos na sentença estão em comunhão com os seus próprios valores. É através da publicidade que o indivíduo "*verifica a legitimidade do exercício do poder político e, ao mesmo tempo, tem*

⁴⁴¹CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Editor Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre 1999, p. 18-21.

⁴⁴²WHYTOCK, Christopher A. Domestic Courts and Global Governance. In: .Proceedings of the Annual Meeting American Society of International Law. Vol. 101. Mar 28-31, 2007, p. 166-169. Acesso em 24/01/2014 via: www.jstor.org/stable/25660187 American Society of International Law.

⁴⁴³SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direito e Justiça: a função social do judiciário. Editora Ática, São Paulo 1994. p. 51.

⁴⁴⁴SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direito e Justiça: a função social do judiciário. Editora Ática, São Paulo 1994. p. 52.

⁴⁴⁵CASTRO, Marcos Faro. O estudo do Judiciário. In: RUA, Maria das Graças; CARVALHO, Maria Izabel Valladão de. O estudo da política: tópicos selecionados. Editora Paralelo 15: Brasília, 1998, p. 100-101.

⁴⁴⁶VALADÃO, Rodrigo Borges. Dimensões do princípio da publicidade. In: Revista de direito da procuradoria geral do estado do Rio de Janeiro nº 58, p. 229. Disponível em <http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeConteudo?article-id=761843>. Acesso em 10/02/2015

a possibilidade de defesa em face de eventual ação arbitrária dos agentes que o exercem"⁴⁴⁷.

Por fim, Mauro Cappeletti destaca que o problema não seria a criatividade do julgador, que seria inevitável, mas sim os limites nas quais ele a exerce. Todo "*sistema jurídico civilizado*" procurou estabelecer restrições à liberdade judicial, tanto substantivas quanto processuais⁴⁴⁸.

Como restrições substantivas, podemos citar o Decreto lei 4.657/42 ("Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB"). O art. 4º⁴⁴⁹ da LINDB obriga o juiz a decidir, na omissão da lei, de acordo com a "*analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito*", enquanto o art. 5º⁴⁵⁰ o obriga a considerar "*os fins sociais*" aos quais a lei se dirige, tanto quanto "*às exigências do bem comum*".

Como restrição processual, podemos citar, além de todas as garantias enumeradas no art. 5º, a publicidade a que está submetido o juiz estatal pelo art. 93, IX da Constituição de 1988, garantindo o escrutínio das decisões tanto pelas partes diretamente envolvidas, quanto pelo público em geral.

Deste modo, a lei estabelece parâmetros para o exercício jurisdicional e meios de fiscalização (i) interno – por meio das partes diretamente envolvidas – e (ii) externo, por meio do público em geral. Tendo os parâmetros da decisão e dois meios complementares de fiscalização, é possível evitar o juiz "*déspota*" temido por Montesquieu, sem tender para a tecnocracia.

Neste sentido, o que leva o público externo a se interessar pelas decisões dos juízes seria (i) o mero fato de serem integrantes do aparato estatal ou (ii) a natureza da atividade jurisdicional?

A história de como evoluiu o estudo do Judiciário leva a crer que se deve, principalmente, à natureza de sua função. Os Poderes Executivo e Legislativo sempre foram objetos de estudo interdisciplinar, sendo alvo de sociólogos, juristas, cientistas políticos, economistas, entre outros profissionais. Contudo, o Poder Judiciário só

⁴⁴⁷VALADÃO, Rodrigo Borges. Dimensões do princípio da publicidade. In: Revista de direito da procuradoria geral do estado do Rio de Janeiro nº 58, p. 224. Disponível em <http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeConteudo?article-id=761843>. Acesso em 10/02/2015

⁴⁴⁸CAPPELETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Editor Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre 1999, p. 21-24.

⁴⁴⁹Art. 4º da LINDB. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁴⁵⁰Art. 5º da LINDB. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

começou a atrair a atenção de outras ciências além do Direito após se perceber a criatividade da aplicação da lei ao caso concreto e a repercussão de tais decisões. Se o interesse do público externo fosse apenas em função de se tratar de um órgão estatal, pesquisas como a dos autores citados acima teriam ocorrido bem antes. Não se nega que parte da motivação seja decorrente do Judiciário integrar a estrutura do Estado, mas o fator determinante foi o exercício da atividade jurisdicional em si e sua repercussão na sociedade.

3.1.2. Jurisdição exercida pelo árbitro

O árbitro possui duas limitações no exercício da jurisdição que não se aplicam ao juiz estatal: (i) atuação restrita às questões de direito patrimonial disponível e (ii) ausência de poder coercitivo para executar por si mesmo as próprias decisões, necessitando o auxílio do Poder Judiciário.

O art. 1 e o art. 25 da LBA deixam claro que o árbitro só pode apreciar questões de direito patrimonial disponível, devendo suspender o processo arbitral e encaminhá-lo ao Judiciário se identificar uma controvérsia que envolva direito indisponível ao longo do caso, só podendo retomar o julgamento após o pronunciamento do Judiciário. Cláudio Finkelstein acredita que isso seja decorrente da reserva que o Estado faz a assuntos que considera de sua competência exclusiva:

"Ao limitar o objeto litigioso às questões pertinentes a direitos patrimoniais disponíveis, pode-se dizer que o legislador reservou as demais matérias à jurisdição estatal, especialmente aquela cuja titularidade de tutela, em razão da indisponibilidade dos direitos discutidos, pertencem exclusivamente ao Estado, ainda que de cunho patrimonial."⁴⁵¹

Contudo, o Projeto de Lei 406/2013 pretende revogar o art. 25 e permitir que o árbitro conheça as questões de direito indisponível de forma incidental, tese amplamente

⁴⁵¹FINKELSTEIN, Cláudio. Arbitragem internacional e legislação aplicável. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão. Arbitragem internacional: UNIDROIT, CISG e direito brasileiro. São Paulo/SP. Quartier Latin, 2010 fls. 45.

aceita e praticada nas legislações estrangeiras e endossada por Carlos Alberto Carmona na Comissão de Juristas⁴⁵².

A ausência de poder coercitivo do árbitro para executar a própria decisão não reduz sua autoridade, pois sua sentença (i) não depende de homologação do Judiciário para surtir efeitos e (ii) não é passível de revisão em seu mérito.

A sentença arbitral possui "*exequator*" natural e gera efeitos desde sua publicação, só sendo necessário o auxílio do Judiciário para executá-la se houver resistência da parte devedora⁴⁵³. Ainda que a parte perdedora recorra ao Judiciário no intuito de anular a sentença arbitral, só poderá fazê-lo pelos motivos expostos no art. 32⁴⁵⁴ da LBA, os quais tratam apenas de questões procedimentais, sem apreciar questões de mérito, sob pena de violar o art. 18 da LBA.

A doutrina majoritária defende que este rol deve ser interpretado restritivamente, evitando-se criar pela jurisprudência outras hipóteses a justificar a anulação da decisão do árbitro. Neste sentido, Carlos Alberto Carmona afirma que "*não podem as partes criar outros casos de impugnação à sentença arbitral que não sejam estritamente aqueles previstos no art. 32*"⁴⁵⁵. Deste modo, o árbitro tem a autoridade de proferir uma decisão de mérito irrecorrível, anulável apenas em poucas hipóteses processuais, algo que não é concedido ao juiz de 1ª Instância do Poder Judiciário.

Apesar dessas duas diferenças em relação à jurisdição estatal, aquilo que foi o principal motivo do interesse dos pesquisadores acadêmicos no Judiciário continua presente: a criatividade inerente à aplicação do direito ao caso concreto. Devido ao sigilo arbitral, não há informações disponíveis sobre as decisões dos árbitros, mas admitida a premissa de Cappeletti⁴⁵⁶ de que a criatividade é inerente a qualquer interpretação, não

⁴⁵²Ata da 11ª Audiência da Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal para Reforma da LBA. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em 25/07/2014.

⁴⁵³CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96. 3ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo/SP. Editora Atlas, 2009. p. 272.

⁴⁵⁴Art. 32 da LBA. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

⁴⁵⁵CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96. 3ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo/SP. Editora Atlas, 2009. p. 423.

⁴⁵⁶CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Editor Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre 1999, p. 18-21.

há motivos para crer que o árbitro esteja isento da mesma criatividade na aplicação do direito que foi observada nos juízes. Tamanha é a identidade entre a arbitragem e o Judiciário que Carmona chega a descrever o exercício da função de árbitro como sendo "*exercício de uma função pública por parte de pessoas que não integram os quadros de funcionários do Estado*"⁴⁵⁷.

Sendo assim, é possível afirmar que não foram encontradas razões para crer que o exercício criativo na aplicação do Direito que despertou o interesse público no trabalho do Judiciário não esteja presente também na arbitragem.

3.2. Externalidades negativas da arbitragem

Os usuários da arbitragem admitem que possam ocorrer externalidades negativas para os acionistas, que tem interesse no desempenho das empresas envolvidas no processo, razão pela qual devem ser mantidos informados dos andamentos. Contudo, negam que possa haver externalidades para a coletividade em geral ou o Estado, em razão de se tratar exclusivamente de direitos patrimoniais disponíveis⁴⁵⁸.

Apreciaremos a acuracidade desta premissa ao investigar as eventuais consequências da atuação do árbitro sobre (i) a coletividade e (ii) o Estado.

3.2.1. Influência da arbitragem sobre a coletividade

Entende-se por coletividade a sociedade civil como um todo, independente de ser organizada ou não. Devido à escassez de dados sobre a atuação dos árbitros, é difícil identificar a abrangência dos que sofrem as consequências de suas decisões, pois é possível que nem mesmo os terceiros atingidos tenham consciência de que sofreram tais consequências.

Contudo, há dois tópicos que são relativamente bem documentados na doutrina internacional e nacional como sendo consequências públicas da prática arbitral: (i) a

⁴⁵⁷CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96. 3ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo/SP. Editora Atlas, 2009. p. 273.

⁴⁵⁸Citando um por todos: FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. In: FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis (org). Novos temas de arbitragem. Rio de Janeiro/RJ. FGV, 2014 fls. 128-129.

apreciação pelo tribunal arbitral de casos de corrupção; e (ii) a criação de uma jurisprudência sigilosa.

3.2.1.1. Corrupção na arbitragem

Gary Born observa que a doutrina e a jurisprudência internacionais cada vez mais reconhecem a competência do árbitro privado para apreciar acusações de corrupção⁴⁵⁹. Ocorre que o combate às práticas criminosas é algo do interesse de toda coletividade, não apenas da vítima.

Em sua Resolução de 31 de Outubro de 2003, a Assembleia Geral das Nações Unidas reconheceu que a corrupção causa "*sérios problemas*" para a "*estabilidade e segurança*" da sociedade, bem como "*deteriora as instituições e valores da democracia, ética e justiça*", destruindo o "*desenvolvimento sustentável*" e o "*império do direito*"⁴⁶⁰. Considerando ser a corrupção algo do interesse de toda sociedade, é controverso defender que um tribunal privado – do qual a sociedade não tem conhecimento – possa apreciar tais casos sem passar por um crivo público.

A jurisprudência arbitral da CCI, em mais de uma oportunidade, lidou com casos que, apesar de tratarem de direitos patrimoniais disponíveis, em algum momento, abordaram a apreciação de atividades criminosas.

Ocorre que a CCI (i) só publicou as sentenças muito tempo depois de proferidas; (ii) sem identificar as partes ou os árbitros; e (iii) não há dados que demonstrem que o Tribunal Arbitral notificou as autoridades competentes dos países interessados sobre a prática criminosa com que se depararam, mesmo nos casos em que o Tribunal reconheceu a existência de corrupção e aplicou a nulidade do contrato.

A respeito da confidencialidade dos processos arbitrais sob sua administração, a CCI informa que "*respeita a privacidade*", bem como "*não divulga detalhes sobre a arbitragem e mantêm a identidade das partes completamente confidencial*", de modo que

⁴⁵⁹BORN, Gary. Bribery and an Arbitrator's Task. Publicado em 11/10/2011. Disponível em: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/10/11/bribery-and-an-arbitrator%E2%80%99s-task/> . Acesso em 16/04/2015. (Tradução livre)

⁴⁶⁰É possível consultar o inteiro teor da Resolução em <http://www.un.org/en/events/anticorruptionday/>. Acesso em 18/04/2015. (Tradução livre)

o caso de seus clientes "*não é da conta de ninguém*". Ainda que uma das partes divulgue o conteúdo da sentença arbitral, "*a CCI sempre estará de boca fechada*"⁴⁶¹.

Analisaremos, a título de exemplo, os casos: (i) 2004 12472; (ii) 2005 12990; (iii) 2005 13384; (iv) 2006 13515; (v) 2008 13914; (vi) 2008 14266⁴⁶², no intuito de apreciar as informações sobre o processo arbitral as quais, se fosse o processo realizado no Brasil, poderiam ser de interesse público.

3.2.1.1.1. Caso CCI 2004 12472

O caso CCI 2004 12472 ocorreu na cidade de Paris, França, em Agosto de 2004, mas só foi disponibilizado para acesso na área restrita da CCI em 2013.

Uma empresa europeia cobrou comissão do réu pela obtenção de contratos em um país "X" do Oriente Médio. O Réu arguiu que a lei do Oriente Médio obrigava todos os intermediários a serem nacionais de lá, de modo que a empresa europeia não poderia ter executado o contrato, bem como acusou a empresa europeia de subornar funcionários do governo para a celebração dos contratos.

O Tribunal Arbitral não encontrou evidências de corrupção na performance do contrato de agenciamento, correspondência entre as partes ou sobre o valor contratado como comissão.

Se ocorrido no Brasil, o art. 25 da LBA obrigaria os árbitros a notificarem as autoridades competentes para investigarem a suspeita de corrupção de oficiais do governo.

3.2.1.1.2. Caso CCI 2005 12990

O caso CCI 2005 12990 ocorreu na cidade de Paris, França, em Dezembro de 2005, mas só foi disponibilizado para acesso na área restrita da CCI em 2013.

Uma empresa de petróleo que tinha um contrato de exploração com um governo africano foi prejudicada quando o referido governo africano foi derrubado por uma guerra civil.

⁴⁶¹FREQUENTLY ASKED QUESTIONS ON ICC ARBITRATION – QUESTION N° 4. Disponível em <http://www.iccwbo.org/faqs/frequently-asked-questions-on-icc-arbitration/#Q4> . Acesso em 20/04/2015. (Tradução livre)

⁴⁶²Estes casos foram obtidos da área restrita do website da CCI. Mais informações em <http://www.iccwbo.org/>. Acesso em 18/02/2014.

O Tribunal Arbitral identificou indícios de corrupção, quais sejam, (i) falta de evidências; (ii) brevidade das negociações; (iii) pagamentos irregulares; (iv) remunerações desproporcionalmente altas; (v) corrupção endêmica no país contratante; (vi) sigilo; (vii) prisão de pessoas envolvidas. Com isso, o Tribunal Arbitral considerou ter ocorrido corrupção na celebração do contrato e o declarou nulo.

Se tal caso envolvesse uma empresa brasileira, as autoridades nacionais competentes deveriam ser informadas, uma vez que o Brasil é signatário da Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais de 1995⁴⁶³, promovida pela OECD ("Tratado OECD"), e assumiu o compromisso no art. 1⁴⁶⁴ de tomar todas as medidas necessárias para coibir esta prática.

Do mesmo modo, é provável que a opinião pública do país africano tivesse interesse em saber quem foi a empresa envolvida, bem como a população do país de origem da referida empresa.

3.2.1.1.3. Caso CCI 2005 13384

O caso CCI 2005 13384 ocorreu na cidade de Paris, França, em Dezembro de 2005, mas só foi disponibilizado para acesso na área restrita da CCI em 2013.

Uma empresa europeia celebrou um contrato de consultoria com uma empresa do Oriente Médio no intuito de auxiliar a empresa europeia na cobrança de pagamentos devidos por um Estado do Leste Asiático, pertinentes a um projeto de construção. A empresa do Oriente Médio receberia uma comissão de 14% de todo dinheiro recuperado.

⁴⁶³É possível consultar a íntegra do Tratado em português em http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/BNDES_Transparente/combate_corrupcao_funcionarios_publicos_estrangeiros/convencao_ocde.html Acesso em 20/04/2015.

⁴⁶⁴Art. 1 do Tratado OECD. O Delito de Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros

1. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de que, segundo suas leis, é delito criminal qualquer pessoa intencionalmente oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, seja diretamente ou por intermediários, a um funcionário público estrangeiro, para esse funcionário ou para terceiros, causando a ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais, com a finalidade de realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais.
2. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de que a cumplicidade, inclusive por incitamento, auxílio ou encorajamento, ou a autorização de ato de corrupção de um funcionário público estrangeiro é um delito criminal. A tentativa e conspiração para subornar um funcionário público estrangeiro serão delitos criminais na mesma medida em que o são a tentativa e conspiração para corrupção de funcionário público daquela Parte.

A empresa europeia rescindiu o contrato, o que levou a empresa do Oriente Médio a começar arbitragem para cobrar o valor que considerava devido como comissão. No processo arbitral, a empresa europeia arguiu que o contrato seria nulo, pois a empresa do Oriente Médio teria subornado funcionários do Estado.

O Tribunal Arbitral considerou que as evidências arguidas pela empresa europeia (localização do autor, valor da remuneração, falta de especificação do objeto do contrato, falta de documentação escrita, não indicação de conta bancária para pagamento, falta de experiência do autor) não apresentavam evidência conclusiva de corrupção e que o argumento foi levantado de má-fé.

Contudo, o Estado do Leste Asiático, provavelmente, dispõe de mais recursos e autoridade para investigar a eventual prática de atos de corrupção pelos seus funcionários do que o Tribunal Arbitral. Por mais idôneos que sejam os árbitros, seria adequado informar o Estado para que este tomasse as medidas que considerasse necessárias, principalmente uma investigação própria.

O art. 25 da LBA, ainda em vigor, obrigaria os árbitros a suspender o procedimento e aguardar uma decisão do Judiciário sobre a suspeita de corrupção.

3.2.1.1.4. Caso CCI 2006 13515

O caso CCI 2006 13515 ocorreu na cidade de Paris, França, em Abril de 2006, mas só foi disponibilizado para acesso na área restrita da CCI em 2013.

Uma companhia do Norte da África celebrou um contrato de agenciamento com uma companhia manufatureira europeia. A empresa africana deveria promover os produtos da empresa europeia em um país africano "X" e receber 40% de comissão por quaisquer vendas realizadas, bem como ter 40% de desconto em qualquer compra que fizesse.

A parte africana ingressou com arbitragem reclamando que seus clientes estavam adimplentes, mas que as comissões não estavam sendo pagas. A parte europeia retrucou que o contrato era nulo porque teria sido celebrado mediante corrupção. Neste caso, a empresa africana pediu o seu dinheiro investido de volta.

O Tribunal considerou que as evidências arguidas pelo Réu (alto valor da remuneração, desinteresse dos funcionários da empresa na negociação, pagamento em contas estrangeiras) e decidiu que a corrupção tornava o contrato nulo tanto pela lei

francesa como pela ordem pública internacional, com isso o Autor não receberia sua comissão e o Réu não receberia de volta os valores pagos.

Contudo, a opinião pública europeia provavelmente tem interesse em saber sobre os atos corruptos que suas empresas praticam no estrangeiro. No Reino Unido, por exemplo, foi promulgado o "*UK Bribery Act*"⁴⁶⁵, lei que prevê a punição pelo pagamento de propina, ainda que seja no exterior. Se a empresa europeia em questão for britânica, a opinião pública e as autoridades do país tem interesse em saber sobre este ato. Independente de haver uma criminalização no país de origem, a opinião pública europeia e africana devem ser informadas sobre atividades irregulares de suas empresas.

No Brasil, o art. 25 da LBA obrigaria os árbitros a encaminharem o caso ao Judiciário para apreciar a acusação de corrupção, só podendo retomar o julgamento após sua decisão.

3.2.1.1.5. Caso CCI 2008 13914

O caso CCI 2008 13914 ocorreu na cidade de Londres, Inglaterra, em Março de 2008, mas só foi disponibilizado para acesso na área restrita da CCI em 2013.

O réu (empresa americana) contratou o autor (ex-funcionário do governo africano "X") para agenciar contratos de monitoramento sísmico na fase pré-extração de óleo na costa marítima do país africano "X", sendo o contrato regido pela lei do Texas, Estados Unidos.

O autor iniciou arbitragens para cobrar pagamentos não realizados pelo réu, bem como deduções indevidas. A empresa americana retrucou que o autor teria subornado funcionários da empresa estatal "A" para garantir os contratos e que não poderia realizar os pagamentos sem violar o "*Foreign Corrupt Practices Act*"⁴⁶⁶ dos Estados Unidos – lei semelhante ao "*UK Bribery Act*" – o qual pune o pagamento de propinas feito por empresas americanas no estrangeiro.

O Tribunal Arbitral analisou as evidências de corrupção (país corrupto, alto valor da comissão, documentação inadequada, falta de qualificação do consultor, interesse e

⁴⁶⁵É possível consultar o UK Bribery Act em: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf . Acesso em 20/04/2015

⁴⁶⁶É possível consultar o US Corrupt Practices Act em: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/fcpa-english.pdf> . Acesso em 20/04/2015

envolvimento de beneficiários de suborno) e considerou que o contrato era nulo de acordo com os precedentes arbitrais e do tribunal do Texas.

A opinião pública dos EUA tem interesse em saber do envolvimento de sua empresa em um contrato que poderia ter implicado na violação de sua lei. Do mesmo modo, a opinião pública africana e mesmo o governo africano poderiam se beneficiar da informação de quem foi o funcionário subornado.

Se tal caso ocorresse no Brasil, estaria coberto pela Convenção de Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros da OECD.

3.2.1.1.6. Caso CCI 2008 14266

O caso CCI 2008 14266 ocorreu na cidade de Genebra, Suíça, em Setembro de 2008, mas só foi disponibilizado para acesso na área restrita da CCI em 2013.

O autor do caso é um indivíduo registrado como comerciante de bens manufaturados nos Emirados Árabes Unidos e o réu é uma empresa europeia. As partes teriam celebrado um contrato, de acordo com as leis da Suíça, através do qual o indivíduo árabe prestaria orientação à empresa europeia sobre a expansão de seu negócio para os Emirados Árabes Unidos. O pagamento do indivíduo árabe seria calculado de acordo com um "*time sheet*" mensal. O motivo da arbitragem foi a recusa da empresa europeia em pagar o indivíduo árabe por suas atividades.

A empresa europeia arguiu que o serviço do indivíduo árabe era "*puramente fictício*" e foi, na verdade, executado por um membro da família que anteriormente controlava a empresa europeia. Como parte da transferência do negócio, os antigos proprietários celebraram um contrato com os atuais proprietários da empresa europeia para fornecer "*assessoria e know-how*" para evitar tributos que poderiam incidir na Bélgica, país onde a empresa executava serviços. Por este motivo, o contrato com o indivíduo árabe seria nulo de acordo com as leis belgas, suíças e árabes.

O Tribunal Arbitral considerou o contrato válido de acordo com a lei suíça e adotou o entendimento de que não tinha compromisso com as leis belgas e a proteção que estas visavam conceder a sua economia nacional. No entanto, negou o pedido de pagamento do autor, por este não ter apresentado provas o suficiente de que executou os serviços e pelo ex-proprietário da empresa europeia ter reconhecido ter sido ele o prestador de serviços.

O governo belga certamente teria interesse em saber que uma empresa que opera em seu território, possivelmente uma nacional sua, está celebrando contratos fictícios com o único intuito de evitar o recolhimento dos tributos que lhe são devidos. Independente do Tribunal Arbitral considerar que está submisso à lei suíça e não a lei belga, ambos os países são membros das Nações Unidas e deveriam cooperar no combate a corrupção internacional.

No Brasil, tal ato seria crime de sonegação fiscal de acordo com o art. 1⁴⁶⁷ da Lei 4.729/65, bem como os árbitros deveriam encaminhar o caso para o Judiciário na forma do art. 25 da LBA.

3.2.1.2. A Jurisprudência sigilosa da arbitragem

Ainda que o caso levado à arbitragem verse exclusivamente sobre direitos patrimoniais disponíveis, ele ainda tem o condão de influenciar a coletividade, pois pode se tornar referência para casos futuros. Esta realidade é aceita tanto (i) pelo Judiciário quanto (ii) pelos próprios usuários da arbitragem, sendo inerente à atividade jurisdicional.

3.2.1.2.1. Jurisprudência no Judiciário: vinculante para futuros casos

O Judiciário segue a lógica da célebre frase de Montesquieu de que "*uma injustiça feita a um é uma ameaça feita a todos*", por isso, a legislação brasileira pensou em mecanismos de uniformização e padronização das decisões judiciais, de modo a (i) garantir a previsibilidade da justiça e (ii) evitar que casos iguais recebam solução diversa.

⁴⁶⁷ Art. 1 da Lei 4.729/65. Constitui crime de sonegação fiscal:

I - prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei;

II - inserir elementos inexatos ou omitir, rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública;

III - alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública;

IV - fornecer ou emitir documentos gratuitos ou alterar despesas, majorando-as, com o objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.

V - Exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário da paga, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida do imposto sobre a renda como incentivo fiscal.

Pena: Detenção, de seis meses a dois anos, e multa de duas a cinco vezes o valor do tributo.

Por isso, o STF e o STJ receberam nos artigos 102⁴⁶⁸ a 105⁴⁶⁹ da Constituição Federal de 1988 a responsabilidade de uniformizarem a interpretação da Constituição em si e da legislação federal, respectivamente.

A Súmula Vinculante promulgada pelo STF tem por objetivo padronizar a solução de uma "*controvérsia atual*" sobre matéria da Constituição de 1988 entre "*órgãos judiciários*" ou entre esses e a "*administração pública*", que possa acarretar "*grave insegurança jurídica*" ou "*relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica*"⁴⁷⁰. A competência do STF para julgar a conformidade do ordenamento jurídico e dos atos administrativos à Constituição de 1988 tem "*inegável peso político*" e "*grande significado jurídico*"⁴⁷¹.

O STJ, do mesmo modo, pretende evitar que dois ou mais tribunais cheguem a interpretações diversas sobre o mesmo dispositivo de lei. Segundo a explicação do próprio tribunal, se:

*"um tribunal em São Paulo chega a uma determinada interpretação de um artigo de uma lei, mas um tribunal de Minas Gerais chega à conclusão diferente ao ler o mesmo artigo. Pode ser possível recorrer das decisões, para que o STJ defina qual é a mais adequada. Essa decisão do STJ passa então a orientar as demais cortes."*⁴⁷²

⁴⁶⁸Art. 102 da CRFB de 1988. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁴⁶⁹Art. 105 da CRFB de 1988. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

⁴⁷⁰Art. 103-A § 1º da CRFB de 1988. A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

⁴⁷¹MENDES, Gilmar. Curso de direito constitucional. 2ª edição, Editora Saraiva: São Paulo, 2008, p. 951.

⁴⁷²Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 23/04/2015.

Gilmar Mendes, ao comentar sobre a criação do STJ, declara que era necessário um tribunal superior para "*preservar a interpretação adequada e a unidade do direito federal ordinário em relação às causas julgadas pelos tribunais federais comuns e pelos tribunais estaduais*"⁴⁷³.

Sendo assim, é notório o desejo de uniformidade do Judiciário, como modo de assegurar a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões.

3.1.2.2.2. Precedentes arbitrais e sua influência sobre a coletividade

Em relação à arbitragem, (i) há quem defenda que a ausência de um sistema de precedentes ou um órgão para uniformização das decisões é um dos seus grandes atrativos; mas (ii) há vozes expressivas na doutrina favoráveis ao sistema de precedentes arbitrais.

O Ministro Sidnei Beneti do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, defende que a confidencialidade da arbitragem deve permanecer por prazo indeterminado, pois, do contrário, "*alguém que já passou pela câmara arbitral*" pode ver que "*um caso semelhante ao seu*" teve uma "*sentença*" ou "*procedimento*" distintos e recorrer ao Judiciário requerendo a uniformização, o que resultaria na "*morte da arbitragem em seu fim último de evitar a Justiça*"⁴⁷⁴, ou seja – segundo o Ministro – a ausência de publicidade seria positiva para evitar que as partes percebam que casos idênticos receberam soluções diversas.

Contudo, a interpretação do Ministro Beneti não se sustenta, uma vez que (i) o uso de precedentes é prática corrente na arbitragem internacional e (ii) não é coerente com o desenvolvimento da arbitragem ao longo dos séculos XX e XXI.

Algumas arbitragens que vieram a público através do Judiciário se tornaram referência para todos os julgamentos posteriores. O melhor exemplo são os casos, citados no capítulo 1: (i) "*Esso and Others vs. Plowman and Others*" da Austrália; (ii) "*Ait Trade Finance Inc vs Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd.*" na Suécia; e (iii) "*United States vs. Panhandle Eastern Corp*" nos EUA. Estes precedentes reverteram a tendência mundial,

⁴⁷³MENDES, Gilmar. Curso de direito constitucional. 2ª edição, Editora Saraiva: São Paulo, 2008, p. 970-971.

⁴⁷⁴Conforme narrado por: CANÁRIO, Pedro. Sigilo é obstáculo à formação de jurisprudência arbitral. Publicado em 31/05/2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-mai-31/sigilo-obstaculo-formacao-jurisprudencia-arbitral-dizem-especialistas>. Acesso 29/09/2014

que havia até então, de considerar a confidencialidade inerente à arbitragem. Do mesmo modo, as publicações de precedentes da CCI são referência para futuros julgamentos, principalmente no aspecto procedimental.

A arbitragem internacional está influenciando até mesma a jurisprudência judicial no Brasil. Por exemplo, o Caso Trelleborg⁴⁷⁵ do Tribunal de Justiça de São Paulo é famoso por adotar uma interpretação similar à do caso Dow Chemical⁴⁷⁶ e afirmar que um terceiro não signatário pode ser obrigado a participar da arbitragem se tiver demonstrado por sua conduta contribuir para a realização do contrato ou dele se beneficiar.

Se a padronização da arbitragem não fosse um objetivo de seus usuários, não haveria motivo para se promulgar a Convenção de Nova Iorque de 1958, as Regras de Arbitragem de 1976 e a Lei Modelo de Arbitragem de 1985, bem como a OECD não criticaria os BRICS por não seguirem a interpretação das leis de arbitragem em conformidade com a jurisprudência estabelecida nos países desenvolvidos.

O objetivo da uniformização do texto jurídico seria inócuo se não viesse acompanhado de uma uniformização de sua interpretação. Neste sentido, Montesquieu já prescrevia que, "*ao transportar uma lei civil de uma nação para outra*", se examinasse, primeiro, se ambas as nações têm "*as mesmas instituições*" e "*o mesmo direito político*"⁴⁷⁷, ou seja, de nada adianta transplantar o texto da lei sem o contexto, a cultura e as instituições que lhe concedem seu sentido.

Já há na doutrina vozes expressivas em favor da necessidade de divulgação dos precedentes arbitrais, como por exemplo, a Prof. Selma Lemes, co-autora da LBA, que afirmou ser "*a única forma de se criar uma doutrina arbitral é por meio da divulgação da jurisprudência*"⁴⁷⁸. No mesmo sentido se posicionam a Prof. Suzana Cremasco, da UFMG, e Tiago Eler Silva, ao destacarem que "*se os efeitos dos precedentes na arbitragem, seja na esfera doméstica ou internacional, há poucas décadas se provaria*

⁴⁷⁵TJ-SP. 9193203-03.2002.8.26.0000. 7ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Constança Gonzaga. Julgado em 24/05/2006

⁴⁷⁶Caso ICC nº 4131 de 1984. É possível consultar uma breve sinopse em: SCHWEDT, Kirstin; GROTHAUS, Júlia. When does an arbitration have a binding effect on non-signatories parties? The group of companies doctrines vs. conflict of laws rules and public policy. Publicado em 30/07/2014. Disponível em: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/07/30/when-does-an-arbitration-agreement-have-a-binding-effect-on-non-signatories-the-group-of-companies-doctrine-vs-conflict-of-laws-rules-and-public-policy/>. Acesso em 14/04/2015

⁴⁷⁷MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Do espírito das leis – Vol. II. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo, Difusão Europeia do Livro, 1962 fls. 273-274.

⁴⁷⁸Entrevista disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-mai-31/sigilo-obstaculo-formacao-jurisprudencia-arbitral-dizem-especialistas>. Acesso 29/09/2014

de pouca relevância para o país, hoje adquire grande força", ao mesmo tempo que denunciam a *"existência de uma doutrina de precedentes de facto encontra plena recepção nas arbitragens"*⁴⁷⁹.

Em relação à existência de um sistema de precedentes arbitrais desconhecido da opinião pública, o trabalho mais incisivo é o do Professor Luiz Fernando Kuyven, o qual não apenas defende a necessidade de divulgação dos precedentes arbitrais, mas também prevê a queda da arbitragem no Brasil se o sigilo absoluto atual for mantido. Segundo ele, *"se os tribunais arbitrais continuarem a julgar os litígios de forma simplesmente casuística"*, a arbitragem será *"um gigante de pés de argila"*, que não sobreviverá ao próprio crescimento, principalmente diante *"da multiplicação de centros ou câmaras de arbitragem, com políticas próprias sobre o valor dos precedentes"*⁴⁸⁰.

Há quatro razões apresentadas por Kuyven para esta afirmativa: (i) a falta de conhecimento público sobre a interpretação de determinadas leis; (ii) o fato de que os precedentes influenciam o julgamento do árbitro, mesmo que ele não faça referência a eles; (iii) a existência de interesse público na segurança jurídica garantida pelos precedentes; e (iv) o tribunal arbitral afeta terceiros que não participam do procedimento.

Há áreas do direito – como o direito societário, mercado de capitais e contratos complexos – que estão sendo quase que exclusivamente discutidas sob o manto do sigilo arbitral. Se essas matérias não forem mais trazidas ao Judiciário e a arbitragem não divulgar seus casos, chegará o momento em que não haverá mais referências de conhecimento público sobre como determinado dispositivo legal deva ser aplicado⁴⁸¹.

Ainda que os árbitros não façam referência ao precedente, as decisões anteriores têm sim impacto sobre o seu pensamento para casos futuros⁴⁸². Se o árbitro adotar entendimentos diametralmente opostos em casos idênticos, será preciso que ele apresente uma boa justificativa para mudar de entendimento, sob pena de estar sendo contraditório e ter a idoneidade de seu julgamento questionada. Por isso, as partes terem conhecimento prévio da aplicação do direito feito em casos semelhantes as incentivaria a *"buscar uma*

⁴⁷⁹CREMASCO, Suzana Santi; SILVA, Tiago Eler. O caráter jurisdicional da arbitragem e o precedente arbitral. In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n° 59, jul-dez 2011, p. 399. Disponível em <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/159> . Acesso em 22/04/2015

⁴⁸⁰KUYVEN, Luiz Fernando Martins. O necessário precedente arbitral. In: WALD, Arnaldo. Revista de Mediação e Arbitragem. Editora Revista dos Tribunais: n° 36, jan-mar 2013, p. 296.

⁴⁸¹KUYVEN, Luiz Fernando Martins. O necessário precedente arbitral. In: WALD, Arnaldo. Revista de Mediação e Arbitragem. Editora Revista dos Tribunais: n° 36, jan-mar 2013, p. 297.

⁴⁸²KUYVEN, Luiz Fernando Martins. O necessário precedente arbitral. In: WALD, Arnaldo. Revista de Mediação e Arbitragem. Editora Revista dos Tribunais: n° 36, jan-mar 2013, p. 303.

solução negociada", evitando "*processos heterocompositivos desnecessários*"⁴⁸³. Através da publicidade, os árbitros seriam obrigados a tomar decisões suficientemente detalhadas, bem como o público seria capaz de criticar tais decisões, contribuindo para o desenvolvimento da arbitragem e do direito material⁴⁸⁴, ao mesmo tempo que reduziria a possibilidade de decisões contraditórias para casos idênticos na arbitragem, o que é uma realidade atual⁴⁸⁵.

Deste modo, a sentença arbitral não pode ser considerada "*apenas o produto final do acordo entre as partes*", tampouco seria "*simplesmente um documento privado*", mas seria sim verdadeira "*decisão jurisdicional*", com potencial para "*afetar terceiros*" e "*os interesses de toda comunidade empresarial em geral*". Se não houvesse tal influência sob os assuntos de terceiros e da coletividade, não haveria a obrigação de divulgar fato relevante como ocorre na Lei 6.404/76 ("Lei das Sociedades Anônimas") e na Instrução Normativa 358/2002 da CVM⁴⁸⁶.

Admitida a necessidade de precedentes, haveriam três opções que poderiam ser adotadas: (i) "*precedente indutor*", que serve apenas como exemplo de decisões dadas por outros especialistas; (ii) "*precedente preponderante*", aos quais se confere especial importância e reconhecimento; (iii) "*precedente vinculante*", aquele ao qual os julgadores são obrigados a observar. Kuyven acredita que o precedente preponderante, que tem origem no direito anglo-saxão, seja o mais adequado para ser aplicado à arbitragem brasileira, em virtude de cada tribunal arbitral ser autônomo, não havendo hierarquia entre eles⁴⁸⁷.

Por estas razões, "*o interesse público no desenvolvimento do precedente arbitral*" deveria se sobrepor ao "*princípio geral da confidencialidade*"⁴⁸⁸. Kuyven propõe que os precedentes arbitrais sejam disponibilizados para consulta por meio de um banco de dados, que poderia ser administrado por um órgão governamental, como o Ministério da Justiça, ou por uma associação como o CBAr, sempre tomando o cuidado de excluir as

⁴⁸³KUYVEN, Luiz Fernando Martins. O necessário precedente arbitral. In: WALD, Arnaldo. Revista de Mediação e Arbitragem. Editora Revista dos Tribunais: nº 36, jan-mar 2013, p. 304.

⁴⁸⁴KUYVEN, Luiz Fernando Martins. O necessário precedente arbitral. In: WALD, Arnaldo. Revista de Mediação e Arbitragem. Editora Revista dos Tribunais: nº 36, jan-mar 2013, p. 304.

⁴⁸⁵KUYVEN, Luiz Fernando Martins. O necessário precedente arbitral. In: WALD, Arnaldo. Revista de Mediação e Arbitragem. Editora Revista dos Tribunais: nº 36, jan-mar 2013, p. 305.

⁴⁸⁶KUYVEN, Luiz Fernando Martins. O necessário precedente arbitral. In: WALD, Arnaldo. Revista de Mediação e Arbitragem. Editora Revista dos Tribunais: nº 36, jan-mar 2013, p. 310.

⁴⁸⁷KUYVEN, Luiz Fernando Martins. O necessário precedente arbitral. In: WALD, Arnaldo. Revista de Mediação e Arbitragem. Editora Revista dos Tribunais: nº 36, jan-mar 2013, p. 300-301.

⁴⁸⁸KUYVEN, Luiz Fernando Martins. O necessário precedente arbitral. In: WALD, Arnaldo. Revista de Mediação e Arbitragem. Editora Revista dos Tribunais: nº 36, jan-mar 2013, p. 310.

informações que – ponderadas pelos árbitros – deveriam permanecer confidenciais em virtude do interesse público ou de relevante interesse privado das partes⁴⁸⁹.

O interesse público defendido por Luiz Fernando Kuyven está em sintonia com a definição encampada por Sebastian Cóx, o qual define que ações são de interesse público quando, além de atender a um caso individual, transcendem-no, e se projetam como "*denúncias*" e "*propostas de situações globais com dimensões sociais, econômicas e culturais de indubitável natureza política*"⁴⁹⁰.

Sendo assim, considerando que (i) o árbitro pode ser influenciado pelas decisões de julgamentos anteriores de que tenha participado que não sejam de conhecimento das partes; (ii) determinadas leis podem ficar sem nenhuma aplicação a caso concreto de conhecimento público e; (iii) existe um interesse público na segurança jurídica assegurada pela previsibilidade da aplicação do direito, é possível depreender que o sigilo dos tribunais arbitrais, nos moldes atuais, tem o potencial para causar externalidades sobre a coletividade.

3.2.2. Influência da arbitragem sobre o Estado

O precedente "*Esso and Others vs. Plowman and Others*" da Austrália pacificou o entendimento que a confidencialidade arbitral não poderia se sobrepor ao interesse público presente na publicidade das atividades do Estado e suas empresas. Do mesmo modo, o Projeto 406/2013⁴⁹¹ determina que as arbitragens em que for parte o Estado deverão respeitar o princípio da publicidade.

Contudo, ainda que o Estado ou uma empresa estatal não sejam parte do processo arbitral, ainda podem por ele serem afetados, como fazem prova os precedentes CCI acima citados envolvendo casos de corrupção de funcionários públicos ou de empresas estatais.

No Brasil, ocorreu um episódio recente envolvendo câmaras arbitrais e a Receita Federal que certamente demonstra como o processo arbitral repercute na esfera estatal. Paralelo a isso, vem se consolidando a posição doutrinária de que o árbitro pode exercer

⁴⁸⁹KUYVEN, Luiz Fernando Martins. O necessário precedente arbitral. In: WALD, Arnaldo. Revista de Mediação e Arbitragem. Editora Revista dos Tribunais: nº 36, jan-mar 2013, p. 314.

⁴⁹⁰URREJOLA, Sebastian Cóx. Políticas sociais e justiça comunitária – ações de interesse público a partir da sociedade civil no Chile. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill. O público não estatal na reforma do estado. Editora FGV: Rio de Janeiro, 1999, p. 192.

⁴⁹¹ Art. 2 § 3º do Projeto de Lei nº 406/2013. As arbitragens que envolvem a Administração Pública serão sempre de direito e respeitarão o princípio da publicidade.

o controle de constitucionalidade das leis – ainda que contrariando orientação do STF – responsável constitucional pela uniformização de sua interpretação.

3.2.2.1. Arbitragem e a Receita Federal

No começo de 2013, a Receita Federal ("Fisco") teria estranhado os altos honorários pagos aos árbitros e notificou câmaras arbitrais de Rio de Janeiro e São Paulo para que informassem os valores recebidos pelas partes e por seus advogados nos processos arbitrais terminados. Dentre os vários documentos requeridos nesta investigação, incluem-se as sentenças arbitrais proferidas entre 2008 e 2011⁴⁹².

O objetivo do Fisco seria investigar (i) a origem dos grandes valores envolvidos nos processos arbitrais; (ii) a eventual sonegação de contribuição previdenciária referente aos altos salários de executivos, cujas demissões geralmente são resolvidas por arbitragem e não pelo Judiciário; e (iii) eventual planejamento tributário das empresas, que consiste em realizar operações societárias com o único intuito de não recolher tributos⁴⁹³. Os especialistas em arbitragem teriam manifestado preocupação com esta iniciativa da Receita Federal, pois as arbitragens são "*sigilosas*" e, por isso, as partes se sentiriam mais à vontade para revelar informações que "*não contariam se questionadas diretamente pelo Fisco*"⁴⁹⁴.

No Rio de Janeiro, a Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem, mantida pela Fundação Getúlio Vargas ("FGV"), revelou já ter entregue a documentação requerida, enquanto a Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem ("CBMA") confirmou já ter recebido requerimento do Fisco para entregar as informações⁴⁹⁵.

Em 23/07/2013, a Câmara de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá ("CAM-CCBC"), a mais antiga em funcionamento no Brasil, obteve liminar na 4ª Vara

⁴⁹²CRISTO, Alessandro. Receita fiscaliza câmaras arbitrais e exige sentenças. In: Consultor Jurídico, 26/04/2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-abr-26/receita-fiscaliza-camaras-arbitrais-exige-acesso-sentencas>. Acesso em 25/04/2015

⁴⁹³CRISTO, Alessandro. Receita fiscaliza câmaras arbitrais e exige sentenças. In: Consultor Jurídico, 26/04/2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-abr-26/receita-fiscaliza-camaras-arbitrais-exige-acesso-sentencas>. Acesso em 25/04/2015

⁴⁹⁴CRISTO, Alessandro. Receita fiscaliza câmaras arbitrais e exige sentenças. In: Consultor Jurídico, 26/04/2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-abr-26/receita-fiscaliza-camaras-arbitrais-exige-acesso-sentencas>. Acesso em 25/04/2015

⁴⁹⁵CRISTO, Alessandro. Receita fiscaliza câmaras arbitrais e exige sentenças. In: Consultor Jurídico, 26/04/2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-abr-26/receita-fiscaliza-camaras-arbitrais-exige-acesso-sentencas>. Acesso em 25/04/2015

Federal de São Paulo proibindo o Fisco de exigir informações a respeito de processos arbitrais encerrados ou em andamento⁴⁹⁶. Os argumentos apresentados pela CAM-CCBC, e acolhidos pelo juiz Luciano dos Santos Mendes, foram de que a exigência do Fisco seria contra (i) o dever de "*sigilo*" imposto ao árbitro pelo art. 13 § 6º da LBA, adotando a interpretação de Fichtner, Mannheimer e Monteiro de que a "*discrissão*" referida na lei implica confidencialidade⁴⁹⁷; (ii) o sigilo previsto nos itens 14.1⁴⁹⁸ e 14.2⁴⁹⁹ do Regulamento da CAM-CCBC⁵⁰⁰, que possuiriam a autoridade delegada pelos arts. 5⁵⁰¹ e 21⁵⁰² da LBA; (iii) o sigilo das correspondências previsto no art. 5º, XII⁵⁰³ da Constituição de 1988, uma vez que se trata de pedido direto do Fisco, sem determinação do Judiciário; (iv) o art. 197 § único⁵⁰⁴ do Código Tributário Nacional ("CTN") e o art. 154⁵⁰⁵ do Código Penal, que proíbem a divulgação de informações protegidas por sigilo profissional.

⁴⁹⁶4ª Vara Federal de São Paulo, Processo 0012499-73.2013.4.03.6100, Juiz Substituto Luciano dos Santos Mendes, decisão proferida em 23/07/2013. Disponível em www.jfsp.jus.br. Acesso em 25/04/2015

⁴⁹⁷Ver Capítulo 1.

⁴⁹⁸Art. 14.1 do Regulamento da CAM-CCBC. O procedimento arbitral é sigiloso, ressalvadas as hipóteses previstas em lei ou por acordo expresso das partes ou diante da necessidade de proteção de direito de parte envolvida na arbitragem.

⁴⁹⁹Art. 14.2 do Regulamento da CAM-CCBC. É vedado aos membros do CAM/CCBC, aos árbitros, aos peritos, às partes e aos demais intervenientes divulgar quaisquer informações a que tenham tido acesso em decorrência de ofício ou de participação no procedimento arbitral

⁵⁰⁰A íntegra do Regulamento está disponível em <http://ccbc.org.br/arbitragem.asp?subcategoria=regulamento%202012#14>. Acesso em 25/04/2015

⁵⁰¹Art. 5 da LBA. Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencional para a instituição da arbitragem.

⁵⁰²Art. 21 da LBA. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

⁵⁰³Art. 5º, XII da CRFB. É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

⁵⁰⁴Art. 197 § único do CTN. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

⁵⁰⁵Art. 154 do CP. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa de um conto a dez contos de réis.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

A liminar foi alvo do agravo de instrumento⁵⁰⁶ 0025812-68.2013.4.03.0000⁵⁰⁷, impetrado pelo Ministério Público Federal ("MPF")⁵⁰⁸ no intuito de revogar a liminar, arguindo que (i) a LBA não determina o sigilo da arbitragem; (ii) revelar informações ao Fisco não implica quebra de sigilo, pois o art. 198⁵⁰⁹ do CTN obriga a Receita Federal a conservar confidenciais tais informações; (iii) a liminar concede tratamento desigual às partes que optaram pela arbitragem frente às partes que se socorrem do Judiciário, no qual o Fisco teria acesso integral aos autos sem maiores controvérsias.

Em 11/11/2013, o Desembargador Nery Júnior, tendo em vista o "*dever legal*" do contribuinte em "*prestar informações ao Fisco*" de acordo com art. 113 § 2º⁵¹⁰ do CTN, deferiu a revogação da liminar. Contudo, em 20/03/2014, a Egrégia 3ª Turma revogou esta decisão afirmando que (i) o art. 197⁵¹¹ do CTN não obriga o contribuinte a revelar informação protegida por sigilo profissional e (ii) o Regulamento da CAM-CCBC estabelece a obrigação de confidencialidade no art. 14.

⁵⁰⁶A decisão liminar é uma decisão interlocutória, ou seja, uma decisão que não põe fim ao processo e tem caráter provisório, podendo ser revogada na sentença. O agravo é o recurso previsto no art. 522 do CPC para atacar uma decisão interlocutória, sendo a modalidade por instrumento destinada às decisões interlocutórias com potencial para causar "*lesão grave e de difícil reparação*", dentre as quais costumam se incluir as liminares.

Art. 522 do CPC. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

⁵⁰⁷TRF 3ª Região, 0025812-68.2013.4.03.0000, 3ª Turma, Des. Rel. Nery Júnior. Decisão proferida em 11/11/2013. Inteiro teor e andamentos disponíveis em <http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumentosProcesso?numerosProcesso=201303000258123&data=2013-11-14>. Acesso em 23/04/2015.

⁵⁰⁸O MPF interveio no caso na qualidade de fiscal da aplicação da lei, na forma do art. 499 § 2º do CPC. A Receita Federal apresentou o agravo de instrumento 0020306-14.2013.4.03.0000 no mesmo intuito do MPF, que não foi conhecido pelo Tribunal por ter o Fisco perdido o prazo para recurso.

⁵⁰⁹Art. 198 do CTN. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

⁵¹⁰Art. 113 § 2º do CTN. A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

⁵¹¹Art. 197 do CTN. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

- I - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício;
- II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;
- III - as empresas de administração de bens;
- IV - os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;
- V - os inventariantes;
- VI - os síndicos, comissários e liquidatários;
- VII - quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Apesar deste entendimento adotado pelo Tribunal Regional Federal, o juiz da 4ª Vara Federal voltou atrás de seu entendimento liminar e proferiu sentença em 31/10/2014 negando todos os pedidos da CAM-CCBC, sob os argumentos de que (i) a "*proteção do direito à intimidade e a vida privada*" não poderia ser usado como "*manto protetor para a prática de atos ilícitos*"; (ii) não pode haver sigilo absoluto frente à Receita Federal, que tem o dever de "*apurar denúncias de sonegação*" e "*inconsistências entre o patrimônio e a renda declarados pelo contribuinte*" na forma do art. 145 § 1º⁵¹² da Constituição de 1988; (iii) o art. 198 do CTN obriga o Fisco a conservar em sigilo as informações recebidas, não implicando em quebra de sigilo.

Atualmente, a CAM-CCBC apresentou recurso contra a decisão, ainda pendente de julgamento pelo Tribunal Regional Federal. Considerando o entendimento favorável que o Des. Rel. Nery Júnior demonstrou em relação aos argumentos em prol da confidencialidade dos processos arbitrais, é provável que reverta a decisão e o caso venha a ser decidido apenas no STJ ou STF.

Tendo em vista o interesse público não estatal presente no exercício da jurisdição, é plausível a argumentação do MPF de que haveria tratamento diferenciado ao contribuinte que opta pela arbitragem frente ao contribuinte que recorre ao Judiciário. A única razão das informações dos contribuintes clientes das câmaras arbitrais estarem indisponíveis para o Fisco seria a escolha do meio de resolução de conflitos, o que é inadmissível pelo princípio da isonomia.

3.2.2.2. Controle de constitucionalidade pelo árbitro

Gilmar Mendes afirma que de nada vale a Constituição, se não houver um meio de controle adequado da conformidade do ordenamento jurídico a ela⁵¹³. O Brasil adota um controle jurisdicional exercido pelo Judiciário que se divide em (i) controle concentrado e (ii) controle difuso⁵¹⁴.

⁵¹²Art. 145 § 1º da CRFB. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

⁵¹³MENDES, Gilmar. Curso de direito constitucional. 2ª edição, Editora Saraiva: São Paulo, 2008, p. 1003-1004.

⁵¹⁴MENDES, Gilmar. Curso de direito constitucional. 2ª edição, Editora Saraiva: São Paulo, 2008, p. 1005.

O controle concentrado é exercido pelo STF, que faz às vezes de Corte Constitucional, e consiste em conhecer, por exemplo, da ação direta de inconstitucionalidade de lei, a ação declaratória de constitucionalidade de lei, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a representação interventiva⁵¹⁵.

O controle difuso é exercido de forma incidental por qualquer juiz, e consiste no poder-dever de afastar a aplicação de norma que considere incompatível com a Constituição. Esta decisão é passível de recurso às instâncias superiores e – em última instância – ao STF, que resolverá de forma definitiva a interpretação da Constituição no caso concreto⁵¹⁶.

Considerando a equiparação do árbitro ao juiz estatal na forma do art. 18 da LBA, a doutrina entende que também o árbitro pode fazer o controle de constitucionalidade das leis na modalidade difusa. Neste sentido, a lição de Carmen Tibúrcio é de que "*o árbitro aplica o direito brasileiro na sua integralidade e tem o dever de examinar a constitucionalidade da lei aplicável ao caso*"⁵¹⁷. Por sua vez, Ana Carolina Weber observa que reconhecer a "*função jurisdicional*" exercida pelo árbitro é "*argumento fundamental à conclusão do poder do árbitro exercer o controle de constitucionalidade de normas brasileiras*"⁵¹⁸.

Este raciocínio da equiparação do árbitro ao juiz estatal para o controle de constitucionalidade difuso se torna temerário diante (i) da confidencialidade da arbitragem; (ii) da falta de hierarquia entre tribunais arbitrais; e (iii) da jurisdição limitada do árbitro.

A Constituição de 1988 é a base do ordenamento jurídico brasileiro e sua interpretação é do interesse de todos que estão a ela submetidos. É controverso que um tribunal submetido a sigilo absoluto possa interpretar uma norma que influi, não apenas sobre as partes diretamente envolvidas, mas também sobre toda coletividade e o próprio Estado.

⁵¹⁵MENDES, Gilmar. Curso de direito constitucional. 2ª edição, Editora Saraiva: São Paulo, 2008, p. 1006.

⁵¹⁶MENDES, Gilmar. Curso de direito constitucional. 2ª edição, Editora Saraiva: São Paulo, 2008, p. 1005-1006.

⁵¹⁷TIBÚRCIO, Carmen. Controle de constitucionalidade das leis pelo árbitro: notas de direito internacional privado e arbitragem. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 266, maio-agosto 2014, p. 174.

⁵¹⁸WEBER, Ana Carolina. O controle de constitucionalidade no procedimento arbitral. In: Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco, V. 1, nº 4, Curitiba, 2009, p. 12. Disponível em <http://www.dombosco.sebsa.com.br/faculdade/direito.php>. Acesso em 23/04/2015.

Conforme relatado por Luiz Kuyven⁵¹⁹, os tribunais arbitrais são autônomos, não se submetendo obrigatoriamente aos precedentes de outros tribunais arbitrais ou mesmo à jurisprudência do próprio STF. O art. 32 da LBA prevê apenas hipóteses de caráter processual para anulação de sentença arbitral, não contemplando questões de mérito, como a interpretação da Constituição de 1988 no caso concreto. É uma situação sem precedentes, mas hipoteticamente possível, sendo uma preocupação partilhada por Carmona, ao ponderar as limitações do art. 32:

*"basta pensar na hipótese de os árbitros deixarem de aplicar corretamente uma lei que seja de ordem pública (e que não esteja direta ou concretamente enquadrada na síntese proporcionada pelo art. 32 da Lei de Arbitragem) para que se introduza elemento novo no problema, com o qual nossos tribunais ainda não tiveram oportunidade de lidar!"*⁵²⁰

Também é controverso enquadrar a interpretação da Constituição de 1988 em uma jurisdição restrita a direitos patrimoniais disponíveis. Se o legislador tivesse antecipado que seria feito o controle de constitucionalidade pelo árbitro, provavelmente teria incluído uma hipótese de revisão da sentença arbitral para este caso. O modelo de controle de constitucionalidade difusa foi pensado nos EUA⁵²¹ tendo em vista a possibilidade de recurso até a Suprema Corte, algo que a arbitragem não prevê.

Fazer o controle de constitucionalidade difuso em uma jurisdição coberta por sigilo absoluto, com autoridade para proferir uma sentença irrecorrível quanto ao mérito, provavelmente, não era o que o legislador constitucional tinha em mente ao redigir a Constituição de 1988 ou o que o legislador de 1996 pensava ao redigir a LBA.

3.3. Accountability da arbitragem: tutela do interesse público

Accountability consiste nos mecanismos de responsabilização das autoridades públicas perante a sociedade⁵²². Admitindo que (i) o árbitro exerce jurisdição e (ii) profere decisões que tem impacto sobre terceiros, que não lhe elegeram para a função, é preciso

⁵¹⁹KUYVEN, Luiz Fernando Martins. O necessário precedente arbitral. In: WALD, Arnaldo. Revista de Mediação e Arbitragem. Editora Revista dos Tribunais: n° 36, jan-mar 2013, p. 300-301.

⁵²⁰CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à lei n° 9.307/96. 3ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo/SP. Editora Atlas, 2009. p. 412.

⁵²¹MENDES, Gilmar. Curso de direito constitucional. 2ª edição, Editora Saraiva: São Paulo, 2008, p. 1005.

⁵²²VIEIRA, Liszt. Cidadania e controle social. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill. O público não estatal na reforma do estado. Editora FGV: Rio de Janeiro, 1999, p. 247.

questionar se o modelo atual de accountability da arbitragem é suficiente para preservar o interesse comum da sociedade presente no exercício da atividade jurisdicional, ou se seriam necessárias reformas.

Atualmente, não ocorre qualquer fiscalização externa sobre as atividades do Tribunal Arbitral: (i) o árbitro fiscaliza a idoneidade das partes, por força do art. 40 do CPP; e (ii) as partes fiscalizam a idoneidade do árbitro, por ocasião de sua nomeação e de eventuais impugnações que apresentem com fulcro no art. 20 da LBA⁵²³. Esta concepção de que a função jurisdicional exercida em tribunais privados não necessita de controle externo é, provavelmente, decorrente da influência liberal no desenvolvimento da arbitragem, particularmente do pensamento smithiano.

Adam Smith, acreditava que a "*mão invisível*" do Mercado seria capaz de coibir quaisquer externalidades negativas. Por este motivo, o Estado deveria se restringir às atividades em que o "*lucro não compensar os custos para um indivíduo ou um grupo pequeno de indivíduos*"⁵²⁴, deixando os demais serviços a encargo do Mercado, que sempre encontraria a solução mais eficiente.

É possível perceber esta premissa em alguns discursos apresentados na Comissão de Juristas para a Reforma da Lei de Arbitragem, em que os oradores consideram nociva a intervenção legislativa na organização do Mercado. A título de exemplo, podemos citar Marco Antônio Sampaio Moreira Leite, representante da Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem, que defendeu a importância da Comissão de Juristas preservar "*o direito das câmaras arbitrais se organizarem como bem entenderem para que o mercado seja competitivo*"⁵²⁵. No mesmo sentido, Francisco José Cahali entende ser o Mercado plenamente capaz de regular o funcionamento das câmaras arbitrais⁵²⁶. Marcelo Dias Vilela, representante da Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil ("CAMARB"), destacou que o Mercado "*se encarrega de decidir as câmaras arbitrais que devem*

⁵²³Art. 20 da LBA. A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

⁵²⁴SMITH, Adam. An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations. Vol I. The Online Library of Liberty. 2004, p. 31. Disponível em www.dominionpublico.gov.br Acesso em 27/03/2015 (Tradução livre)

⁵²⁵Ata da 7ª Audiência da Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal para a Reforma da LBA. Disponível em: www.senado.gov.br . Acesso em 25/07/2014.

⁵²⁶Ata da 7ª Audiência da Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal para a Reforma da LBA. Disponível em: www.senado.gov.br . Acesso em 25/07/2014.

funcionar", citando como exemplo as câmaras arbitrais inidôneas que foram fechadas no começo dos anos 2000⁵²⁷.

Adam Smith considerava a justiça como um dos serviços que o Estado deveria prestar⁵²⁸, mas se o Mercado encontrasse meios de fornecer este serviço por si mesmo, como é o caso das câmaras arbitrais mantidas por associações comerciais, seria coerente com a lógica smithiana defender que o Estado não interferisse em sua organização.

Diante desta premissa e do cenário que se apresenta, é preciso apreciar se a fiscalização mútua entre (i) partes e (ii) árbitros é o suficiente para preservar os interesses da coletividade e do Estado presentes no exercício da atividade jurisdicional.

3.3.1. Fiscalização pelas partes

O art. 2º da Instrução Normativa nº 358/02 e o art. 157 § 4º⁵²⁹ da Lei 6.404/76 ("Lei das Sociedades Anônimas – Lei das S.A.") são claros ao exigir da empresa que comunique aos seus acionistas quaisquer fatos relevantes, capazes de afetar, de modo ponderável, na decisão dos investidores de comprar ou vender valores mobiliários emitidos pela companhia.

Ocorre que tais obrigações se aplicam apenas às companhias abertas, aquelas que, segundo o art. 4º⁵³⁰ da Lei das Sociedades Anônimas, negociam ações em bolsa, não englobando o universo de sociedades anônimas de capital fechado e as companhias limitadas.

Essa medida protege apenas os acionistas, sem contemplar demais possíveis interessados. Mesmo esta proteção aos acionistas sofre a limitação de ser uma divulgação que depende exclusivamente da empresa, sem fontes externas que possam fiscalizar a transparência.

⁵²⁷Ata da 10ª Audiência da Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal para a Reforma da LBA. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em 25/07/2014.

⁵²⁸SMITH, Adam. An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations. Vol I. The Online Library of Liberty. 2004, p. 31. Disponível em www.dominiopublico.gov.br Acesso em 27/03/2015 (tradução livre)

⁵²⁹Art. 157 § 4º da Lei das S.A. Os administradores da companhia aberta são obrigados a comunicar imediatamente à bolsa de valores e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da assembleia-geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia.

⁵³⁰Art. 4º da Lei das S.A. Para os efeitos desta Lei, a companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários.

Autores como José Maria Garcez & Ivan Martinelli defendem que há casos – mesmo sem previsão legal expressa – em que "*o interesse público deve afastar a confidencialidade da arbitragem em prol de um dever maior de transparência, a fim de resguardar o dever de informação da população em geral*". Citam, como exemplo, o dever das partes de não "*omitir informações de natureza pública relevante no fornecimento de produtos e serviços ao consumidor final*"⁵³¹. Contudo, definir quais informações seriam de interesse público e quem teria competência para fazê-lo, estava fora do escopo de sua pesquisa⁵³².

Analisaremos, então, três situações em que o interesse privado das partes na confidencialidade poderia colidir com o interesse público à informação: (i) o desinteresse do particular em ser investigado por práticas criminosas; (ii) o desinteresse do particular no desenvolvimento do Direito e; (iii) o desinteresse na fiscalização pública de propriedade de imóveis.

3.3.1.1. Desinteresse das partes em serem investigadas criminalmente

É altamente improvável que uma parte traga para discussão um fato que possa implicar prova de relações inidôneas, principalmente quando não possui obrigação legal de informar, como é o caso das empresas sem capital aberto. Reconhecendo este perigo, Garcez & Martinelli afirmam que o sigilo arbitral pode (i) "*esconder vereditos negativos quando um réu responder a diversos litígios semelhantes*" ou, então, (ii) "*impedir serem trazidas à tona más condutas e outras falhas de determinadas empresas*", principalmente quando estas empresas são "*desobrigadas de prestar maiores esclarecimentos por não serem companhias de capital aberto ou por não atuarem em mercados regulados*"⁵³³.

Os casos publicados da CCI dão indícios de que, na maioria das vezes, tal debate surge no Tribunal Arbitral quando arguido pela parte adversa no intuito de anular o contrato.

⁵³¹GARCEZ, José Maria Rossani; MARTINELLI, Ivan. A confidencialidade na arbitragem. In: VERÇOSA, Fabiane (org). Arbitragem e mediação: temas controvertidos. Rio de Janeiro/RJ. Forense, 2014 fls. 246.

⁵³²GARCEZ, José Maria Rossani; MARTINELLI, Ivan. A confidencialidade na arbitragem. In: VERÇOSA, Fabiane (org). Arbitragem e mediação: temas controvertidos. Rio de Janeiro/RJ. Forense, 2014 fls. 246.

⁵³³GARCEZ, José Maria Rossani; MARTINELLI, Ivan. A confidencialidade na arbitragem. In: VERÇOSA, Fabiane (org). Arbitragem e mediação: temas controvertidos. Rio de Janeiro/RJ. Forense, 2014 fls. 245.

Deste modo, poder-se-ia arguir que as partes fiscalizam uma a outra e asseguram a idoneidade do procedimento, mas, novamente, a experiência prática questiona esta premissa. Por exemplo, o caso Jamie Leigh Jones trouxe à tona uma problemática das arbitragens confidenciais nos Estados Unidos da América, tendo sido – inclusive – um dos casos que inspirou o documentário da HBO "*Hot Coffee*", dirigido por Susan Saladoff⁵³⁴.

Jamie Jones era uma funcionária americana da Halliburton enviada para prestar serviços administrativos no Iraque em 2005. Jamie relatou ter sofrido assédio sexual por parte de seus colegas desde o dia de sua chegada, até que, em 28 de Julho de 2005, teria sido, supostamente, vítima de um estupro coletivo após ter sido drogada durante uma confraternização dos funcionários.

Ao reclamar seus direitos contra a Halliburton, Jones foi informada que não poderia levar o caso ao Judiciário, pois teria assinado uma cláusula arbitral em seu contrato de trabalho. Até aquele momento, a legislação americana não estabelecia limites para o uso de arbitragem nos contratos de trabalho.

Jamie Jones esteve em vários programas de TV contando sua história, até que o tema chegou ao Congresso Nacional americano e, após longo debate, culminou na "*Arbitration Fairness Act*"⁵³⁵, que restringiu o uso de arbitragem nas relações trabalhistas e de consumo, limitando-a aos casos em que, efetivamente, haja paridade na negociação e capacidade de barganha⁵³⁶, algo que a legislação brasileira procurou fazer desde o princípio⁵³⁷.

O ponto alto do debate foi quando Jamie Jones relatou no Congresso americano a existência de todo um histórico de processos arbitrais confidenciais entre ex-funcionárias da Halliburton e a própria empresa, envolvendo a mesma acusação de estupro por parte de colegas de trabalho. Todas as ex-funcionárias, supostamente, teriam sido obrigadas a

⁵³⁴É possível consultar o trailer do documentário em <https://www.youtube.com/watch?v=bBKRjxeQnT4>. Acesso em 23/04/2015

⁵³⁵A lei foi encampada pelo Senador Al Franken, do Estado do Texas. É possível consultar trechos das seções no Congresso Americano no canal do Senador no Youtube: <https://www.youtube.com/watch?v=Y6kiZIIMFto>. Acesso em 23/04/2015

⁵³⁶É possível consultar a íntegra do "*Arbitration Fairness Act*" em: www.franken.senate.gov. Acesso em 23/04/2015

⁵³⁷O art. 4º § 2º da LBA é expresso ao restringir o uso da arbitragem nos contratos de adesão, no qual se inserem as relações de consumo e trabalhistas, às hipóteses em que a iniciativa do procedimento for da parte aderente:

Art. 4º § 2º da LBA. Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

assinar o acordo de confidencialidade e jamais trazer o caso a público. Jones afirmou que seria um "*direito do povo americano*" saber que "*suas esposas, mães e filhas*" estão indo trabalhar em um ambiente de trabalho que possui um histórico de acusações de abuso sexual⁵³⁸. Declarou, por fim, que não teria ido trabalhar lá se estas informações fossem de conhecimento público⁵³⁹.

Independente do mérito do caso de Jamie Jones, o fato de que a empresa possa ter um histórico de acusações de atos reprováveis em processos confidenciais é algo que pode infringir (i) o direito do trabalhador de saber, exatamente, em que ambiente de trabalho está entrando; (ii) o direito do consumidor de saber com que tipo de empresa está lidando ou, ainda; (iii) o direito do público saber como uma empresa de seu país trata seus funcionários.

3.2.1.2. Desinteresse das partes no desenvolvimento do Direito

Como observa Mauro Cappelletti, os particulares "*estão interessados na decisão do seu caso e não no desenvolvimento do direito*"⁵⁴⁰. A prova disso é a atual falta de precedentes arbitrais brasileiros, os quais seriam necessários para fundamentar uma jurisprudência de leis que não são mais abordadas no Judiciário. A ausência de precedentes pode gerar uma insegurança jurídica sobre a aplicação do direito com potencial para abalar toda a sociedade.

Algumas câmaras arbitrais, como a CBMA, preveem em seu regulamento a possibilidade de publicidade das sentenças arbitrais, caso haja concordância das partes, mas não há informações no site da CBMA⁵⁴¹ de que alguma sentença tenha sido publicada nos dois anos que seu art. 17.2⁵⁴² está em vigor.

Deste modo, é improvável que os particulares tenham interesse na segurança jurídica assegurada pelo controle social da atividade jurisdicional.

⁵³⁸É possível ver esta declaração de Jamie Jones em <https://www.youtube.com/watch?v=Y6kiZIIMFto> . Acesso em 23/04/2015

⁵³⁹Neste discurso Jamie Jones inclui que a arbitragem deve ser apenas quando "*há uma real igualdade entre as partes*" e não entre "*uma corporação bilionária e uma jovem de 20 anos que precisa pagar as contas*". Consulte a íntegra em <https://www.youtube.com/watch?v=Y6kiZIIMFto> . Acesso em 23/04/2015

⁵⁴⁰CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Editor Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre 1999, p. 87.

⁵⁴¹É possível consultar o website da CBMA em: <http://www.cbma.com.br/> . Acesso em 18/04/2015

⁵⁴²Art. 17.2 do Regulamento da CBMA. O Centro poderá dar publicidade à sentença arbitral, caso previamente autorizada pelas partes ou, em caso negativo, poderá o Centro, de qualquer modo, divulgar excertos de sentença arbitral, desde que preservada a identidade das partes.

3.2.1.3. Desinteresse na fiscalização pública da propriedade de imóveis

Um terceiro problema com a não divulgação de processos arbitrais seria no tocante aos imóveis. Quando um proprietário pretende vender seu imóvel, pede-se a ele certidões de: (i) ações da Justiça Federal; (ii) ações da Justiça Civil; (iii) ações da Fazenda Estadual e Municipal (Executivos Fiscais); (iv) Protesto de Títulos; (v) Quitação de Tributos e Contribuições Federais; (vi) Dívida Ativa da União; e (vii) Negativa de Débitos do INSS⁵⁴³.

O objetivo da apresentação dessas certidões é o vendedor garantir ao comprador do imóvel que não é réu em nenhum processo ou possui qualquer dívida que possa reduzi-lo a inadimplência, o que poderia implicar na anulação da venda da propriedade, na forma do art. 593⁵⁴⁴ do atual CPC.

Ao contrário do Judiciário, as câmaras arbitrais não emitem certidão com a lista dos processos existentes contra uma empresa, tampouco existe qualquer outro meio de tomar ciência da existência do processo arbitral que não pela própria parte.

Muniz, Peretti & Furtado comentam que esta contradição é devido ao sistema das certidões ter sido pensado "*sob a égide do processo judicial público*" e recomendam que o comprador peça "*garantias do vendedor sobre a existência de arbitragens*". Se o vendedor desejar tornar público um processo arbitral envolvendo a titularidade do imóvel – ou que seja capaz de leva-lo a insolvência – deveria ingressar com alguma ação judicial antes ou durante a arbitragem, para que o Judiciário dê publicidade a ela⁵⁴⁵.

Contudo, este meio de dar publicidade ao processo não mais será possível após a aprovação do art. 189, IV do Novo CPC. Ainda que não houvesse esse dispositivo no Novo CPC, não se pode negar que o atual modelo de sigilo arbitral frustra a intenção do legislador de assegurar um meio de terceiros terem uma fonte independente para certificar a solvência do vendedor de um imóvel.

⁵⁴³O Banco do Brasil coloca essas certidões como condição para fornecer financiamento do imóvel, conforme disponibilizado em seu site: www.bb.com.br. Acesso em 23/04/2015

⁵⁴⁴Art. 593 do CPC. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

I - quando sobre eles pender ação fundada em direito real;

II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;

III - nos demais casos expressos em lei.

⁵⁴⁵MUNIZ, Joaquim de Paiva; PERETTI, Luis; FURTADO, Leonardo. Arbitragens em joint ventures e operações de M&A. In: VERÇOSA, Fabiane (org). Arbitragem e mediação: temas controvertidos. Rio de Janeiro/RJ. Forense, 2014 fls. 204.

Neste sentido, a atual accountability do interesse público pelas partes do processo arbitral é insuficiente para preservar o interesse público.

3.3.2. Fiscalização pelos árbitros

Antes de se apreciar a fiscalização do árbitro, é preciso primeiro identificar quem é esta pessoa equiparada ao juiz. Há poucos estudos que se aprofundam neste tópico, de modo que esta análise se pautará pela obra de Thomas Clay, por ter sido a referência mais detalhada que se obteve sobre o tema. Feito este esclarecimento, serão apurados (i) o perfil do árbitro e (ii) o que é necessário fazer para ingressar neste mundo exclusivo.

Uma das primeiras investidas nesse estudo foi do Professor Oppetit, há mais de 30 anos, o qual, infelizmente, concluiu que "*o brilho excepcional*" da arbitragem contrasta com a sua "*opacidade*"⁵⁴⁶, no sentido da – já relatada – dificuldade de obtenção de dados. Um jurista no princípio da década de 1980 foi excluído da comunidade arbitral após fazer duras críticas à CCI⁵⁴⁷. Por fim, houve a abordagem do sociólogo Yves Dezalay, sob orientação de Pierre Bordieu, que apesar do forte teor ideológico de sua obra, é um minucioso trabalho de onze anos com uma robusta coleta de dados sobre o mundo da arbitragem⁵⁴⁸.

As principais características pessoais do árbitro seriam (i) ser homem; (ii) com mais de 40 ou 50 anos; (iii) poliglota; e (iv) jurista⁵⁴⁹.

Clay relata um seminário sobre arbitragem no qual estariam palestrando 18 homens para 1 única mulher. As mulheres que participam desse ramo são conhecidas por todos, o que só reforça o quão raro estão presentes.

É também muito raro alguém ser indicado para arbitragens antes de seus 40 ou 50 anos, havendo regulamentos que proíbem indicações antes dos 45 anos. As próprias partes exigem árbitros experientes para seu caso e instituições como a CCI teriam "*uma angústia quase obsessiva*" de não propor árbitros que não tenham sido testados repetidamente⁵⁵⁰.

⁵⁴⁶CLAY, Thomas. Quem são os árbitros internacionais: abordagem sociológica. In: WALD, Arnaldo. Revista de Mediação e Arbitragem. Editora Revista dos Tribunais: nº 6, 2005, p. 114.

⁵⁴⁷CLAY, Thomas. Quem são os árbitros internacionais: abordagem sociológica. In: WALD, Arnaldo. Revista de Mediação e Arbitragem. Editora Revista dos Tribunais: nº 6, 2005, p. 112.

⁵⁴⁸CLAY, Thomas. Quem são os árbitros internacionais: abordagem sociológica. In: WALD, Arnaldo. Revista de Mediação e Arbitragem. Editora Revista dos Tribunais: nº 6, 2005, p. 112-113.

⁵⁴⁹CLAY, Thomas. Quem são os árbitros internacionais: abordagem sociológica. In: WALD, Arnaldo. Revista de Mediação e Arbitragem. Editora Revista dos Tribunais: nº 6, 2005, p. 121.

⁵⁵⁰CLAY, Thomas. Quem são os árbitros internacionais: abordagem sociológica. In: WALD, Arnaldo. Revista de Mediação e Arbitragem. Editora Revista dos Tribunais: nº 6, 2005, p. 119.

O domínio de idiomas é essencial para quem aspira seguir a carreira de árbitro. É comum que o árbitro domine, além da sua língua materna e do inglês, "*umas duas ou três línguas estrangeiras*". O terreno de eleição do árbitro internacional engloba o mundo inteiro, viajar de avião é tão natural para ele quanto andar de automóvel. Sem fluência em diferentes idiomas, seu universo de indicação será reduzido. É na arbitragem internacional que a globalização se mostra mais evidente⁵⁵¹.

Por fim, é frequente o árbitro ser um jurista. Não que não existam no meio engenheiros, economistas e técnicos de notório saber, mas é muito difícil um Tribunal Arbitral não contar com pelo menos um jurista, quando não é exclusivamente composto por eles. Dentro do universo de juristas, os advogados estão em maior número, com exceção das arbitragens da ICSID, que privilegia os professores de Direito e os magistrados⁵⁵².

Os aspirantes a ingressar neste mundo exclusivo atuam em duas frentes: (i) no campo teórico, publicam trabalhos acadêmicos sobre arbitragem em revistas especializadas, que serão lidas pelos atuais árbitros; e, (ii) no campo prático, procuram assumir funções administrativas nos Tribunais Arbitrais⁵⁵³. São comuns também uma série de cursos com ênfase na preparação de jovens para arbitragem, mas é ilusório crer que por meio desses cursos alguém se torna árbitro, o que só ocorre pela indicação das partes.

Esta indicação só viria por meio da observância de "*uma série de regras não escritas*", pois o mundo dos árbitros é bem seletivo e recebe poucos novos membros⁵⁵⁴. Importante também estar presente nos *cocktails*, eventos, seminários em que os incluídos no mundo da arbitragem estarão presentes. É recomendável não residir muito longe de Paris, verdadeira capital mundial da arbitragem, em decorrência de ser a sede da CCI⁵⁵⁵.

Deste modo, podemos concluir que o mundo da arbitragem é discreto e seleciona com muito cuidado cada um dos seus membros. É a este indivíduo a quem se atribui a mesma responsabilidade do juiz, de acordo com os arts. 18 da LBA e 40 do CPP.

⁵⁵¹CLAY, Thomas. Quem são os árbitros internacionais: abordagem sociológica. In: WALD, Arnoldo. Revista de Mediação e Arbitragem. Editora Revista dos Tribunais: nº 6, 2005, p. 122.

⁵⁵²CLAY, Thomas. Quem são os árbitros internacionais: abordagem sociológica. In: WALD, Arnoldo. Revista de Mediação e Arbitragem. Editora Revista dos Tribunais: nº 6, 2005, p. 123-124.

⁵⁵³CLAY, Thomas. Quem são os árbitros internacionais: abordagem sociológica. In: WALD, Arnoldo. Revista de Mediação e Arbitragem. Editora Revista dos Tribunais: nº 6, 2005, p. 119-120.

⁵⁵⁴CLAY, Thomas. Quem são os árbitros internacionais: abordagem sociológica. In: WALD, Arnoldo. Revista de Mediação e Arbitragem. Editora Revista dos Tribunais: nº 6, 2005, p. 119-120.

⁵⁵⁵CLAY, Thomas. Quem são os árbitros internacionais: abordagem sociológica. In: WALD, Arnoldo. Revista de Mediação e Arbitragem. Editora Revista dos Tribunais: nº 6, 2005, p. 123.

Contudo, por mais criteriosamente selecionado que seja, o árbitro possui certas limitações decorrentes de seu próprio perfil, que podem prejudicar o desempenho de sua função. Por exemplo, o árbitro (i) não possui plena independência das partes; (ii) tem jurisdição limitada; e (iii) não necessariamente possui conhecimento de lei e compromisso com o interesse público nacional.

3.3.2.1. O árbitro não é totalmente independente das partes

Ana Weber e Natália Lamas consideram *"ingênuo acreditar que o árbitro diretamente indicado pela parte seja imparcial e independente"*⁵⁵⁶, uma vez que (i) as partes procuram sempre indicar árbitros que as favoreçam e (ii) os árbitros alimentam o desejo de serem indicados de novo.

Desde o Tratado de Sanhendrin do Judaísmo, o principal método de escolha dos árbitros é cada parte escolher um coárbitro e os dois coárbitros escolherem um terceiro em conjunto. Ocorre que as partes tendem a indicar como coárbitros pessoas que: (i) já tenham se manifestado favoravelmente a sua tese em casos semelhantes; ou (ii) emitido uma opinião pública favorável em artigos ou trabalhos acadêmicos.

Martin Hunter, famoso advogado britânico e militante em arbitragens, declara a respeito de seu critério para escolher árbitros: *"o que realmente procuro ao escolher um árbitro é alguém que tenha a máxima pré-disposição em favor do meu cliente e a menor aparência de suspeição"*⁵⁵⁷.

Em segundo lugar, o árbitro não conta com a estabilidade de função do juiz estatal. No Brasil, o magistrado não depende da indicação das partes que procuram o Judiciário para ocupar seu cargo, mas o árbitro sim, e – frequentemente – alimenta o desejo de ser indicado de novo em casos futuros, de modo que evita desagradar a parte que favoreceu seu ingresso neste mundo exclusivo. Forte indício desta hipótese são as pesquisas dos professores (i) Alan Redfern; (ii) Albert Jan Van der Berg; e (iii) Jan Paulsson.

⁵⁵⁶WEBER, Ana Carolina; LAMAS, Natália Mizrahi. Party-appointed arbitrators: breves notas sobre o atual estágio do debate na doutrina estrangeira. In: VERÇOSA, Fabiane (org). Arbitragem e mediação: temas controvertidos. Rio de Janeiro/RJ. Forense, 2014 fls. 17-18.

⁵⁵⁷Conforme citado por: WEBER, Ana Carolina; LAMAS, Natália Mizrahi. Party-appointed arbitrators: breves notas sobre o atual estágio do debate na doutrina estrangeira. In: VERÇOSA, Fabiane (org). Arbitragem e mediação: temas controvertidos. Rio de Janeiro/RJ. Forense, 2014 fls. 21-22. (Tradução livre)

Em 2001, Alan Redfern, identificou que em 24 casos da CCI nos quais ocorrera um voto dissidente, em 22 ele fora proferido pelo árbitro indicado pela parte derrotada⁵⁵⁸. Contudo, Van der Berg observa que nos anos seguintes os votos dissidentes reduziram nas arbitragens da CCI, grande parte graças ao escrutínio ao qual a câmara arbitral submete a sentença, antes de autorizar sua divulgação para as partes⁵⁵⁹.

Em 2008, o Professor Van der Berg concluiu um levantamento de 150 sentenças arbitrais publicadas pela ICSID até então. Conforme relatado no Capítulo 1, a ICSID é um dos raros bancos de dados aberto para consulta pública sobre arbitragem, mas é restrito às arbitragens de investimento, as quais sempre envolvem o Estado como parte.

Dentre as 150 sentenças arbitrais, o Professor Van der Berg observou que em 34 oportunidades – cerca de 22% do total – ocorreu voto dissidente por parte de um dos árbitros. Em quase todos os 34 casos, o voto dissidente foi proferido pelo coárbitro indicado pela parte derrotada na sentença e em favor dela⁵⁶⁰. Também em quase todos os casos, o voto dissidente tratava da revisão do mérito, e não de detalhes processuais⁵⁶¹. Diante deste resultado, van der Berg declara que "*quase 100% de votos dissidentes a favor da parte que indicou o dissidente fundamenta preocupação sobre a neutralidade do árbitro*"⁵⁶².

O caso mais grave teria sido o precedente *Klockner vs. República dos Camarões*, um dos primeiros casos da ICSID. O Tribunal Arbitral deu ganho de causa à Camarões, com um árbitro como voto vencido, o qual escreveu uma detalhada justificativa para dissidência. O voto dissidente motivou uma ação anulatória bem-sucedida perante o Judiciário da parte de Klockner, que conquistou o direito de apresentar seu caso perante um novo Tribunal Arbitral. Klockner também perdeu esta segunda arbitragem sobre o mesmo caso, mas a nova sentença arbitral fez uma condenação menor do que a primeira. O fato curioso é que o árbitro redator do voto dissidente na primeira arbitragem – que

⁵⁵⁸REDFERN, Alan. Lecture dissenting opinions in international commercial arbitration: the good, the bad and the ugly. Disponível em: <http://arbitration.oxfordjournals.org>. Acesso em 24/04/2015 (Tradução livre)

⁵⁵⁹BERG, Albert Jan van der. Dissenting opinions by party-appointed arbitrators. Disponível em www.arbitration-icca.org, fls. 12. Acesso em 24/04/2015 (Tradução livre)

⁵⁶⁰BERG, Albert Jan van der. Dissenting opinions by party-appointed arbitrators. Disponível em www.arbitration-icca.org, fls. 4. Acesso em 24/04/2015 (Tradução livre)

⁵⁶¹BERG, Albert Jan van der. Dissenting opinions by party-appointed arbitrators. Disponível em www.arbitration-icca.org, fls. 11. Acesso em 24/04/2015 (Tradução livre)

⁵⁶²BERG, Albert Jan van der. Dissenting opinions by party-appointed arbitrators. Disponível em www.arbitration-icca.org, fls. 5. Acesso em 24/04/2015 (Tradução livre)

havia sido indicado por Klockner – compareceu na qualidade de seu advogado na segunda arbitragem⁵⁶³.

O Professor Van der Berg observa estar emergindo uma tendência de esperar uma "*dissidência obrigatória*" do árbitro em favor da parte que o indica, chegando ao ponto dos doutrinadores até mesmo demonstrarem surpresa, quando isto não acontece⁵⁶⁴.

Jan Paulsson relata experiência semelhante em 2007. Em uma arbitragem que teria participado perante a Corte de Arbitragem Internacional de Londres – perto do encerramento do caso – uma parte questionou o árbitro indicado pela parte adversa, sob a acusação de que este teria antecipado para a parte que o indicara as ponderações do Tribunal Arbitral sobre a sentença. Deste modo, a parte que recebera as informações teria ficado em vantagem nas negociações para acordo que estavam sendo conduzidas. O árbitro acusado confirmou a acusação e indagou por que não poderia informar logo as deliberações sobre a sentença arbitral para o advogado que o indicara, se ele era seu "*amigo de longa data*"⁵⁶⁵? O árbitro em questão não teria compreendido que as regras da arbitragem a que se submetera previam que ele deveria ter consideração com ambas as partes no exercício de sua função.

Outro caso narrado por Paulsson, foi o caso "*Loewen*", entre o governo dos EUA e a empresa canadense Loewen, arbitragem conduzida sob o tratado do NAFTA. Loewen havia sido condenada pelo Tribunal do Estado da Louisiana ao pagamento de 500 milhões de dólares americanos por causa de uma controvérsia em um contrato de 3 milhões de dólares. Para recorrer da decisão, o Judiciário exigiu o depósito de 625 milhões de dólares. O caso faliu a empresa, que invocou o governo em arbitragem, afirmando estar tendo um tratamento diferenciado das empresas americanas em situações semelhantes. O Tribunal Arbitral foi composto por um americano, um inglês e um australiano e foi dado ganho de causa ao governo dos EUA. Em seminário sobre a sua experiência sobre o caso, o árbitro americano relatou ter tido reuniões com o Departamento de Justiça dos EUA, o qual teria lhe relatado a importância de dar ganho de causa aos EUA. Relatou, também, que os outros dois árbitros estavam mais favoráveis à parte canadense, mas ele foi bem-sucedido em dissuadi-los em favor dos EUA. É muito provável que se Loewen soubesse das

⁵⁶³BERG, Albert Jan van der. Dissenting opinions by party-appointed arbitrators. Disponível em www.arbitration-icca.org, fls. 8. Acesso em 24/04/2015 (Tradução livre)

⁵⁶⁴BERG, Albert Jan van der. Dissenting opinions by party-appointed arbitrators. Disponível em www.arbitration-icca.org, fls. 10. Acesso em 24/04/2015 (Tradução livre)

⁵⁶⁵PAULSSON, Jan. Moral hazard in international dispute resolution. Disponível em: www.kluwerarbitrationblog.com, fls. 5. Acesso em 24/04/2015 (Tradução livre)

reuniões particulares que o árbitro manteve com a parte adversa, não teria concordado com sua nomeação. A situação se agrava quando se lembra que a primeira indicação de árbitro da parte de Loewen foi Yves Fortier, um ex-embaixador canadense, que revelou ser sócio de uma empresa "A", que se fundiu com uma empresa "B", a qual no passado teria mantido relações comerciais com Loewen. Os EUA prontamente se opuseram a indicação de Fortier, sobre o argumento que ele não teria imparcialidade para julgar o caso, o que soa como hipocrisia diante da relação que mantiveram com o árbitro de sua indicação⁵⁶⁶.

Os casos e experiências acima narrados fundamentam a suspeita de que, nem sempre, o árbitro terá o grau de idoneidade e imparcialidade necessários para fiscalizar eventuais irregularidades cometidas pelas partes, principalmente a parte responsável por sua indicação.

3.3.2.2. A jurisdição do árbitro é limitada

Ainda que o árbitro tome a iniciativa de investigar eventual violação do interesse público advinda da relação entre as partes, ele terá dificuldades, pois (i) sua jurisdição é limitada ao contrato entre as partes e (ii) os recursos do processo arbitral são diretamente dependentes das partes.

O art. 32, IV⁵⁶⁷ da LBA é claro ao declarar nula a sentença arbitral que sair do escopo da convenção arbitral. Contudo, a sentença arbitral que violar a ordem pública também é passível de anulação com base no art. 2º da LBA, no entendimento de Carlos Alberto Carmona⁵⁶⁸.

Neste caso, em uma situação em que há indícios de violação da ordem pública – como corrupção, por exemplo – e nenhuma das partes levantou este fato, como deve proceder o árbitro? Gary Born reconhece esta situação como um verdadeiro dilema do árbitro íntegro⁵⁶⁹, lembrando que, na eventualidade de proceder uma investigação por

⁵⁶⁶PAULSSON, Jan. Moral hazard in international dispute resolution. Disponível em: www.kluwerarbitrationblog.com, fls. 6-7. Acesso em 24/04/2015

⁵⁶⁷Art. 32 da LBA. É nula a sentença arbitral se:

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

⁵⁶⁸CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96. 3ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo/SP. Editora Atlas, 2009. p. 412.

⁵⁶⁹BORN, Gary. Bribery and an Arbitrator's Task. Disponível em: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/10/11/bribery-and-an-arbitrator%E2%80%99s-task/>. Acesso em 16/04/2015.

conta própria que se provar infundada, corre o risco de responder por perdas e danos decorrentes da quebra de confidencialidade⁵⁷⁰.

Some-se ao problema o fato do árbitro dever requerer ao Judiciário qualquer medida coercitiva que se provar necessária, o que torna o processo arbitral mais longo e mais oneroso. Se a suspeita de violação da ordem pública tiver fundamento, é provável que também haja falta de cooperação na apuração, tornando necessário o auxílio do Judiciário.

3.2.2.3. Conhecimento da lei e compromisso do árbitro com o interesse público

O art. 13 da LBA determina que pode ser árbitro "*qualquer pessoa da confiança das partes*", não havendo qualquer restrição quanto a formação ou nacionalidade. Thomas Clay exalta que o "*terreno de eleição*" do árbitro se estende a "*todo o planeta*"⁵⁷¹. Do mesmo modo, Carlos Alberto Carmona observa que "*nenhuma restrição pode ser feita*" a indicação de árbitro estrangeiro para julgar uma arbitragem segundo a LBA⁵⁷². À exceção das arbitragens conduzidas sob a Lei 11.079/04 ("Lei das Parcerias Público-Privadas"), não se poderia exigir do árbitro estrangeiro nem mesmo o domínio do idioma nacional, uma vez que a LBA não determina que a arbitragem não possa ser conduzida em idioma estrangeiro⁵⁷³.

É até mesmo costume na arbitragem internacional indicar um árbitro de uma nacionalidade distinta das partes envolvidas, como meio de assegurar a imparcialidade⁵⁷⁴. O receio é que se o árbitro tiver nacionalidade em comum com uma das partes isso influencie seu discernimento do caso⁵⁷⁵. Neste sentido, o art. 13.1⁵⁷⁶ das Regras de

⁵⁷⁰MUNIZ, Joaquim de Paiva. Direito arbitral: aspectos práticos do procedimento. 2ª edição revista e ampliada. Curitiba/PR. Editora CRV, 2014 fls. 97/98.

⁵⁷¹CLAY, Thomas. Quem são os árbitros internacionais: abordagem sociológica. In: WALD, Arnoldo. Revista de Mediação e Arbitragem. Editora Revista dos Tribunais: nº 6, 2005, p. 122.

⁵⁷²CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96. 3ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo/SP. Editora Atlas, 2009. p. 230.

⁵⁷³CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96. 3ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo/SP. Editora Atlas, 2009. p. 231.

⁵⁷⁴CLIFFORD, Phillip; HAERI, Hussein. Jivraj vs. Hashwani: arbitrator nationality and the law of unintended consequences, p. 5. Disponível em www.lw.com. Acesso em 27/04/2015

⁵⁷⁵LEE, Ilhyung. Practice and predicament: the nationality of the international arbitrator. In: Fordham International Law Journal, volume 31, Issue 3, 2007, p. 604. Disponível em <http://ir.lawnet.fordham.edu/ilj>. Acesso em 27/04/2015

⁵⁷⁶Art. 13.1 das Regras de Arbitragem da CCI. Na nomeação ou confirmação dos árbitros, a Corte deverá considerar a sua nacionalidade, o local da sua residência e eventuais relações com os países de nacionalidade das partes ou dos árbitros, bem como a disponibilidade e a competência do possível árbitro para conduzir a arbitragem, nos termos do Regulamento. O mesmo procedimento será aplicado quando o Secretário Geral confirmar os árbitros segundo o artigo 13.2.

Arbitragem da CCI e o art. 6.7⁵⁷⁷ das Regras de Arbitragem de 1976 da UNCITRAL levam em consideração a nacionalidade do árbitro, como meio de assegurar a neutralidade. O art. 11.1⁵⁷⁸ da Lei Modelo de Arbitragem da UNCITRAL até mesmo proíbe que alguém seja discriminado na função de árbitro por causa de sua nacionalidade.

Contudo, é controverso que um estrangeiro não familiarizado com a lei brasileira seja o responsável por interpretá-la, pois (i) a lei impõe restrições à autonomia das partes, fonte da autoridade do árbitro; (ii) o árbitro carrega a bagagem cultural de sua origem, que pode exercer notória influência na interpretação da LBA e da lei material nacional; e (iii) perde-se a especialidade da decisão, tão valorizada na arbitragem.

Conforme Redfern & Hunter, "*os poderes do Tribunal Arbitral são conferidos pelas partes dentro dos limites da lei aplicável*"⁵⁷⁹. No mesmo sentido, Carmona destaca que a liberdade das partes na escolha da lei aplicável à arbitragem é "*a liberdade de um pássaro na gaiola*", sendo que ainda que a LBA aumente a "*gaiola*", continua havendo limitações impostas por lei para além da vontade das partes⁵⁸⁰. Deste modo, há regras imperativas na lei nacional, cuja aplicação ao caso independem da autonomia da parte⁵⁸¹.

Um indivíduo oriundo de outro ordenamento jurídico, por mais estudado que seja, carrega sempre a cultura do seu país de origem, a qual pode conceder uma interpretação mais extensiva à autonomia da vontade do que a concedida no Brasil, ou ainda atribuir uma interpretação restritiva a uma lei imperativa que – para a ordem pública nacional – seja indispensável. Não por outro motivo, o Tribunal de Justiça⁵⁸² e a Justiça Federal⁵⁸³ do Rio de Janeiro exigem em seus respectivos concursos para magistratura a nacionalidade brasileira dos candidatos.

A convocação de árbitros estrangeiros para julgar no direito brasileiro também pode provocar uma mudança radical no modo como se interpreta o ordenamento jurídico

⁵⁷⁷Art. 6.7 das Regras de Arbitragem da UNCITRAL de 1976. The appointing authority shall have regard to such considerations as are likely to secure the appointment of an independent and impartial arbitrator and shall take into account the advisability of appointing an arbitrator of a nationality other than the nationalities of the parties.

⁵⁷⁸Art. 11.1 da Lei Modelo da UNCITRAL. Ninguém poderá, em razão de sua nacionalidade, ser impedido de exercer as funções de árbitro, salvo acordo das partes em contrário.

⁵⁷⁹REDFERN, Alan; HUNTER, Martin et al. Redfern and Hunter on International Arbitration. 5ª Edição. Oxford, Reino Unido. Oxford University Press. 2009. p. 314. (Tradução livre)

⁵⁸⁰CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96. 3ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo/SP. Editora Atlas, 2009. p. 412.

⁵⁸¹SAYED, Abdulhay. Corruption in international trade and commercial arbitration. Hague/Londres/Nova Iorque. Editora Kluwer Law International, 2004. p. 161.

⁵⁸²XLV Concurso para ingresso na magistratura de carreira do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, publicado no Diário de Justiça em 03/04/2013. Disponível em www.tjrj.jus.br. Acesso 27/04/2015

⁵⁸³XIV Concurso para provimento do cargo de juiz federal substituto, publicado no diário oficial de 03/10/2012. Disponível em www.jfrj.jus.br

pátrio, sendo prova disso a influência que o "common law" exerceu sobre os países de "civil law" por meio da arbitragem.

Eric Bergsten, ex-secretário da UNCITRAL, relata que, originalmente, a arbitragem internacional se desenvolveu como "uma adaptação das regras dos países de civil law", por seus principais usuários serem, naquela época, da Europa Continental⁵⁸⁴. Quando os EUA e o Reino Unido, países de tradição "common law", passaram a recorrer à arbitragem, fizeram mudanças radicais na prática arbitral, levando para ela muitos institutos e práticas de seus ordenamentos jurídicos. Desde então, "a tendência na arbitragem internacional é se aproximar do estilo americano de litigar", que é uma advocacia muito mais agressiva do que o estilo da Europa Continental. Seria uma metamorfose semelhante aos efeitos de uma imigração: os imigrantes precisam se adaptar ao novo país, mas o país também precisa se adaptar aos imigrantes⁵⁸⁵.

Corroborando a exposição de Bergsten, Adriana Braghetta acusa a regulamentação da IBA para arbitragem de ser desproporcionalmente influenciada pelo "common law", com a seguinte admoestação:

*"não sejamos ingênuos, vamos ver o que há por trás dessas regras? Porque os advogados de países de common law, que têm regras de ética mais estritas que as nossas, têm dificuldade de advogar conosco em arbitragem. Portanto, é conveniente para eles tentar exportar seu padrão ético para o mundo."*⁵⁸⁶

Tomando como exemplo a influência jurídica dos EUA na arbitragem – uma vez que é a mais documentada e debatida a nível mundial – podemos presumir que, sua influência sobre a arbitragem brasileira seria capaz de influenciar até mesmo mudanças de interpretação no CPC brasileiro, no tocante à exigência de imparcialidade do julgador.

⁵⁸⁴BERGSTEN, Eric. The americanization of international arbitration. In: Pace International Law Review, Volume 18, Issue 1, April, 2006. p. 292. Disponível em <http://digitalcommons.pace.edu/>. Acesso em 27/04/2015 (Tradução livre)

⁵⁸⁵BERGSTEN, Eric. The americanization of international arbitration. In: Pace International Law Review, Volume 18, Issue 1, April, 2006. p. 301. Disponível em <http://digitalcommons.pace.edu/>. Acesso em 27/04/2015 (Tradução livre)

⁵⁸⁶Em 27/05/2014, no II Seminário de Arbitragem Internacional da FIESP, Adriana Braghetta foi categórica ao afirmar que as regras da IBA "não nos representam", uma vez que advogados brasileiros não foram ouvidos em sua elaboração. Mais informações disponíveis em <http://www.fiesp.com.br/mobile/noticia/?id=153679> Acesso 30/09/2014

O art. 14⁵⁸⁷ da LBA determina que sejam adotados para auferir a idoneidade do árbitro os mesmos critérios adotados pelo CPC para auferir a idoneidade do magistrado⁵⁸⁸. Por sua vez, o "*Federal Arbitration Act*" dos EUA prevê conteúdo semelhante na seção 10 (a) (2) afirmando que a sentença arbitral pode ser anulada pelo Judiciário americano em caso de "*evidente parcialidade*".

Contudo, o que os tribunais dos EUA consideram como sendo esta parcialidade é altamente variável. Por exemplo, no caso *Commonwealth Coatings vs. Continental Casualty Co.* a Suprema Corte dos EUA se dividiu entre dois pontos de vista: (i) exigir que o árbitro, não apenas seja imparcial, mas também evite qualquer situação que possa implicar na aparência de parcialidade, ou (ii) admitir a suspeição de parcialidade, contanto que as partes estejam cientes e tenham concordado⁵⁸⁹.

O art. 14 da LBA e os arts. 134 e 135 do CPC não deixam a critério das partes decidir se poderiam admitir um árbitro ou um juiz com aparência de suspeição, sendo uma vedação expressa. Admitir a aparência de suspeição pautando-se apenas pela corcondância das partes seria aquiescer que o árbitro não deve prestar contas de seu exercício jurisdicional ao restante da sociedade.

⁵⁸⁷Art. 14 da LBA. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

⁵⁸⁸Art. 134 do CPC. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

I - de que for parte;

II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Parágrafo único. No caso do nº IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.

Art. 135 do CPC. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

⁵⁸⁹STONE, Susan A.; WON, Jen C. Arbitrator impartiality in the context of a tripartite tribunal. Disponível em www.americanbar.org. Fls. 2-3. Acesso 25/04/2015. (Tradução livre)

Deste modo, importar um árbitro americano para conduzir uma arbitragem segundo o direito brasileiro poderia importar esta interpretação mais flexível e influir na flexibilização da lei brasileira.

Por fim, a eleição de árbitros estrangeiros para julgarem conforme um direito que não estão familiarizados anula aquilo que se considera uma das principais características do Tribunal Arbitral: a especialidade do julgador. Contudo, essa opção se tornou prática corrente na arbitragem internacional. Neste sentido, Redfern & Hunter relatam um exemplo do que acontece atualmente:

*"Considere, por exemplo, uma disputa entre uma empresa suíça e uma empresa francesa, em que a lei aplicável seja a da Suíça. Parece conveniente que o presidente do Tribunal Arbitral ou o árbitro único seja um advogado suíço, principalmente se a Suíça for o local da arbitragem. Contudo, a insistência na chamada nacionalidade "neutra" garante que um advogado suíço não possa ser escolhido, a menos que as partes acordem em contrário"*⁵⁹⁰

A vantagem da cultura da "*nacionalidade neutra*" seria estimular o desenvolvimento de profissionais da arbitragem em países não tão tradicionais no instituto, como Brasil, México e Polônia⁵⁹¹, mas pode se questionar se este benefício compensa a perda da característica da especialidade, no momento em que se adota um julgador que domina menos a lei aplicável à controvérsia do que o Judiciário.

Diante deste cenário em que o árbitro (i) não é necessariamente brasileiro e (ii) não está necessariamente familiarizado com o direito brasileiro e os costumes do país, seria temerário afirmar que ele estaria apto a defender o interesse público nacional, ainda mais se este interesse público colidir com o interesse das partes diretamente envolvidas.

⁵⁹⁰REDFERN, Alan; HUNTER, Martin et al. Redfern and Hunter on International Arbitration. 5ª Edição. Oxford, Reino Unido. Oxford University Press. 2009. p. 314. (Tradução livre)

⁵⁹¹REDFERN, Alan; HUNTER, Martin et al. Redfern and Hunter on International Arbitration. 5ª Edição. Oxford, Reino Unido. Oxford University Press. 2009. p. 315. (Tradução livre)

4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho foi possível observar que o tema da arbitragem, ainda hoje, segue representando um terreno pantanoso dentro do debate acadêmico em virtude da escassez de informações a respeito da temática. Os poucos dados disponíveis nos permitem debater apenas o que poderia estar ocorrendo através do exercício sigiloso desta jurisdição privada.

Contudo, é possível elencar algumas evidências no sentido de confirmar a hipótese de que o sigilo arbitral seria fruto da pressão de um grupo de interesse, dado que: (i) o sigilo arbitral foi articulado no Projeto de Lei nº 406/2013 para atender, principalmente, aos interesses dos empresários, havendo pouca participação de outros setores da sociedade; (ii) o art. 189, IV do Novo Código de Processo Civil e o art. 22-C § único do Projeto de Lei nº 406/2013 adotam uma interpretação liberal dos art. 5º, LX e 93, IX da Constituição que, provavelmente, não seria endossada pela maioria dos pesquisadores do Direito e da Ciência Política; e (iii) a Comissão de Juristas, ao menos nas atas de reunião que foram disponibilizadas para acesso público, não debatem as possíveis externalidades negativas que o processo arbitral conduzido por agentes de mercado pode causar ao Estado e à sociedade civil.

Conforme observado no Capítulo 1, nota-se no histórico do Projeto de Lei nº 406/2013, que pretende reformar a Lei de Arbitragem, uma preocupação dos políticos e juristas envolvidos em atender às necessidades do empresariado no campo da arbitragem. Esta realidade é perceptível, por exemplo: na justificativa apresentada pelo senador Renan Calheiros para a redação do próprio Projeto; no fato de 16 dos 22 membros da Comissão de Juristas terem atuação em direito empresarial; e, principalmente, nas muitas referências feitas à expectativa do mercado para a reforma da Lei de Arbitragem durante os debates da Comissão de Juristas.

A pouca participação de outros setores da sociedade é, provavelmente, mais decorrente do desconhecimento do público sobre o tema do que pela ausência de interesse, levando em conta que o canal de comunicação aberto pela Comissão de Juristas para receber sugestões ao Projeto acabou verificando um número expressivo de ideias e comentários que não eram propriamente relacionados à Lei 9.307/96.

Este fato nos leva a crer que a população em geral ainda não conhece suficientemente a temática ao ponto de compreender como ela pode influenciar sua realidade. Também é preciso levar em consideração que o número de arbitragens em

andamento no Brasil ainda é relativamente pequeno, se comparado ao número de processos do Judiciário.

Segundo o senador Renan Calheiros na 1ª Ata de Audiência da Comissão de Juristas teríamos 90 milhões de processos no Judiciário brasileiro em 2013⁵⁹². Por outro lado, o levantamento conduzido por Selma Ferreira Lemes entre 2005 e 2011 acerca do número de arbitragens ocorridas nas cinco maiores câmaras arbitrais do país contabilizou apenas 532 processos⁵⁹³. Neste sentido, o número restrito de arbitragens reforça a hipótese de que seus usuários no Brasil representam um grupo ainda exclusivo.

Conforme abordado no Capítulo 2, o interesse público no acesso à informação estabelecido nos arts. 5º, LX e 93, IX da Constituição Federal de 1988 é o referencial para se determinar a publicidade ou confidencialidade de um processo no Brasil. Apesar de não haver consenso na doutrina sobre qual a teoria mais indicada para interpretar este interesse público, a maioria dos autores parece concordar que a teoria liberal adotada no art. 189, IV do Novo CPC e no art. 22-C § único do Projeto de Lei nº 406/2013 – que restringe o interesse público no acesso à informação às atividades do Estado – não seria a mais adequada.

Por essa perspectiva, levando-se em consideração a análise do debate dos juristas; o conceito de "*interesse público não estatal*" apresentado pelos autores da Ciência Política; e o fato do legislador prever a publicidade processual como meio de coibir tanto a arbitrariedade da coletividade sobre o indivíduo (art. 5, LX), quanto a arbitrariedade do indivíduo sobre a coletividade (art. 93, IX); adota-se neste estudo a teoria aristotélico-tomista como pertinente para interpretar os referidos artigos constitucionais.

Esta teoria considera a necessidade de coibir o risco da arbitrariedade oriunda tanto da maioria quanto da minoria política, sem considerar que uma mereça maior preocupação legislativa do que a outra. Por esta razão, aparenta ser a teoria mais compatível, dentre todas as analisadas, com a perspectiva da existência de um interesse público que não se resume ao escopo do Estado – tese defendida pelos autores citados da Ciência Política – e, aparentemente, pelo legislador constitucional.

⁵⁹²Ata da 1ª Audiência da Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal para a Reforma da LBA. Disponível em www.senado.gov.br. Acesso em 25/07/2014

⁵⁹³Apesar de serem apenas 532 processos, eles movimentaram R\$ 3 bilhões de reais. Entrevista da Profa. Selma Lemes concedida em: CRISTO, Alessandro; BEZERRA, Elton. Advogado deve abandonar processo civil na arbitragem. Publicado em 12/03/2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-mai-12/entrevista-selma-lemes-advogada-professora-especialista-arbitragem>. Acesso em 18/04/2015

No Capítulo 3 foram analisadas as situações em que o processo arbitral conduzido pelos agentes de mercado em âmbito sigiloso poderia ocasionar externalidades negativas à coletividade e ao Estado, sem que as partes e os árbitros estejam necessariamente aptos ou interessados em coibi-las.

A prática recorrente da arbitragem em sigilo pode impedir que a coletividade tenha acesso às informações sobre como determinado dispositivo da lei costuma ser interpretado, tendo em vista que algumas leis, como é o caso da Lei das Sociedades Anônimas, estão sendo quase que exclusivamente interpretadas por árbitros. Há também o risco de que uma parte tenha vantagem indevida sobre a outra em um julgamento arbitral – simplesmente por estar mais habituada às arbitragens e conhecer a provável interpretação que o árbitro terá dos dispositivos de lei.

Do ponto de vista do Estado, a princípio, os órgãos que seriam afetados pela prática sigilosa da arbitragem seriam a Receita Federal e o Supremo Tribunal Federal.

Conforme caso em andamento perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, a Câmara de Comércio Brasil-Canadá, a maior câmara arbitral do país, está questionando no Judiciário o pedido da Receita Federal para ter acesso às informações dos processos arbitrais por ela administrados. A Receita Federal, por sua vez, acredita que existe a possibilidade do sigilo arbitral estar sendo empregado para ocultar fraudes fiscais e pretende ter acesso aos autos para averiguar tal suspeita, o que a CCBC considera como violação do sigilo profissional ao qual estaria submetida pelo art. 154 do Código Penal. Este caso é particularmente controverso, pois se o processo tramitasse perante o Judiciário não haveria polêmica sobre a faculdade da Receita em consultar os autos. Negar o acesso da Receita ao processo arbitral poderia ser interpretado como uma violação do princípio da isonomia, pelo qual o Fisco está obrigado a não fazer distinção entre os contribuintes, uma vez que os usuários da arbitragem poderiam estar sendo beneficiados em relação às partes que optam pelo Judiciário estatal.

A Constituição Federal de 1988 atribui ao STF a responsabilidade por uniformizar sua interpretação nos casos concretos valendo-se, para tanto, do controle de constitucionalidade. Há doutrinadores jurídicos que defendem a possibilidade do árbitro exercer a interpretação da Constituição em sigilo sem que o STF, ou qualquer pessoa externa ao processo arbitral, tenha conhecimento. Considerando que a interpretação da Constituição é de interesse público, pode ser considerado controverso que o público não tenha oportunidade de se manifestar sobre como a jurisdição privada aplica a Constituição ao caso concreto.

Na segunda parte do Capítulo 3 é abordado como as partes diretamente envolvidas no caso – bem como os árbitros por elas nomeados – eventualmente não dispõem do conhecimento; imparcialidade ou mesmo intenção em preservar o interesse público.

As partes não necessariamente terão interesse em coibir a criminalidade, principalmente se isso lhes vier a resultar em prejuízos financeiros. Considerando ainda a baixa divulgação de precedentes arbitrais no Brasil, também seria razoável ponderar que as partes não teriam interesse no desenvolvimento do Direito a partir do estudo de casos concretos. Deve também ser levado em conta se, eventualmente, a parte teria interesse em divulgar a existência de arbitragem que ponha em risco a titularidade de um imóvel de sua propriedade, o qual pretenda vender, caso não seja legalmente obrigada.

Os árbitros não necessariamente possuem formação jurídica ou são naturais do país cuja lei estão aplicando, podendo se questionar se estariam aptos a aplicar a lei em consonância com os valores da sociedade que as redigiu. Nesta linha de raciocínio, é preciso também precaução com a realidade observada nos precedentes do Centro Internacional de Arbitragem de Investimento ("ICSID") em que se constatou um favorecimento pelo árbitro à parte que o nomeou – o que foi verificado em mais de 20% dos casos⁵⁹⁴.

Tendo em vista o cenário observado ao longo dos três capítulos desta dissertação, seria recomendável novas abordagens interdisciplinares, envolvendo o Direito com Sociologia e Administração, para aprofundar os conhecimentos sobre arbitragem.

Como relatado no capítulo 3, a abordagem sociológica sobre o perfil dos árbitros internacionais conduzida por Thomas Clay apresentou indícios de que a arbitragem mundial esteja sendo conduzida por um grupo muito restrito de pessoas e que – mesmo em países que possuem tradição na matéria como França e Reino Unido – a maioria da população saiba pouco sobre sua existência. É possível que a aparente seletividade do mundo da arbitragem no Brasil seja apenas um reflexo do que ocorre no cenário internacional, algo que se apresenta interessante para o aprofundamento.

A perspectiva de uma futura abordagem interdisciplinar entre Direito e Administração se apresenta interessante para o aprofundamento da análise da eficiência no cumprimento da lei. Nesse sentido, a presente dissertação buscou apresentar indícios de que a arbitragem, como vem sendo atualmente conduzida, favoreça comportamentos

⁵⁹⁴BERG, Albert Jan van der. Dissenting opinions by party-appointed arbitrators. Disponível em www.arbitration-icca.org, fls. 4. Acesso em 24/04/2015 (Tradução livre)

oportunistas por parte de agentes do mercado. Desse modo, seria interessante um estudo comparado com a experiência internacional para ponderar meios mais eficazes de coibir esta possibilidade de ação.

De toda forma, seria relevante que houvesse uma maior divulgação da aplicação da lei brasileira pela jurisdição privada da arbitragem. Assim sendo, possibilitaria que futuras pesquisas sobre o tema viessem a ter mais informações à disposição – permitindo assim debater com maior fundamentação em casos concretos no âmbito nacional.

REFERÊNCIAS

ALMADA, Roberto José Ferreira de. A garantia da publicidade no processo civil. Dissertação de Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais da FDV. Vitória, 2004

AQUINO, Tomás de. Suma de teología II. Biblioteca de autores cristianos. Madrid; 1993.

ARISTOTLE. Politics. Translated by Benjamin Jowett. Editora Batoche Books, Kitchener. USA: 1999.

ÁVILA, Humberto. Repensando a supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo a supremacia do interesse público. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro : 2007, p. 171-215.

BARROS, Alexandre. Cuidado com os defensores do interesse público, lobbies e pressões na democracia liberal. In: RUA, Maria das Graças; CARVALHO, Maria Izabel Valladão de. O estudo da política: tópicos selecionados. Editora Paralelo 15: Brasília, 1998, p. 197-208.

BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: Sarmento, Daniel (Org.) Interesses públicos vs. Interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005.

BENTHAM, Jeremy. An introduction to the principles of morals and legislation. Batoche Books, Kitchener, Canadá: 2000.

BERG, Albert Jan van der. Dissenting opinions by party-appointed arbitrators. Disponível em www.arbitration-icca.org, fls. 12. Acesso em 24/04/2015

BERGSTEN, Eric. The americanization of international arbitration. In: Pace International Law Review, Volume 18, Issue 1, April, 2006. p. 292. Disponível em <http://digitalcommons.pace.edu/>. Acesso em 27/04/2015

BINEBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Editora Renovar, Rio de Janeiro; 2008, p. 81-125

BORN, Gary. Bribery and an Arbitrator's Task. Publicado em 11/10/2011. Disponível em: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/10/11/bribery-and-an-arbitrator%E2%80%99s-task/> . Acesso em 16/04/2015.

BORN, Gary. International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2009

BRAGHETTA, Adriana. Notas sobre a confidencialidade na arbitragem. In: JORGE JUNIOR, Alberto Gosson e outros (Org.). Revista do Advogado, ano XXXIII, nº 119, abril de 2013, p. 7-12.

BROWN, Alexis C. Presumption meets reality: an exploration of the confidentiality obligation in the international commercial arbitration. In: American University International Review, Vol. 16, nº 4, 2001. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1769047 . Acesso em 30/04/2015

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil – Vol I. 18ª edição inteiramente revista. Editora Lumen Juris. 2008

CANÁRIO, Pedro. Sigilo é obstáculo à formação de jurisprudência arbitral. Publicado em 31/05/2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-mai-31/sigilo-obstaculo-formacao-jurisprudencia-arbitral-dizem-especialistas>. Acesso 29/09/2014

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Editor Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre 1999.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96. 3ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo/SP. Editora Atlas, 2009

CASTRO, Marcos Faro. O estudo do Judiciário. In: RUA, Maria das Graças; CARVALHO, Maria Izabel Valladão de. O estudo da política: tópicos selecionados. Editora Paralelo 15: Brasília, 1998, p. 87-104.

CLAY, Thomas. Quem são os árbitros internacionais: abordagem sociológica. In: WALD, Arnoldo. Revista de Mediação e Arbitragem. Editora Revista dos Tribunais: nº 6, 2005.

CLIFFORD, Phillip; HAERI, Hussein. Jivraj vs. Hashwani: arbitrator nationality and the law of unintended consequences, p. 5. Disponível em www.lw.com. Acesso em 27/04/2015

CREMASCO, Suzana Santi; SILVA, Tiago Eler. O caráter jurisdicional da arbitragem e o precedente arbitral. In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, nº 59, jul-dez 2011, disponível em <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/159> . Acesso em 22/04/2015

CRISTO, Alessandro. Receita fiscaliza câmaras arbitrais e exige sentenças. In: Consultor Jurídico. Publicado em 26/04/2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-abr-26/receita-fiscaliza-camaras-arbitrais-exige-acesso-sentencas> . Acesso em 25/04/2015.

CRISTO, Alessandro; BEZERRA, Elton. Advogado deve abandonar processo civil na arbitragem. Publicado em 12/03/2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-mai-12/entrevista-selma-lemes-advogada-professora-especialista-arbitragem>. Acesso em 25/04/2015.

CRUZ, Paulo Márcio; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. O princípio republicano: aportes para um entendimento sobre o interesse da maioria. Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito. São Leopoldo. Jan-Jun 2009. p. 5. Disponível em <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5139> . Acesso em 26/03/2015

DINIZ, Eli. Governabilidade e democracia. In: RUA, Maria das Graças; CARVALHO, Maria Izabel Valladão de. O estudo da política: tópicos selecionados. Editora Paralelo 15: Brasília, 1998, p. 261-284.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: existe um novo direito administrativo? In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes. Editora Atlas, São Paulo: 2010, p. 1-9.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais neoliberais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes. Editora Atlas, São Paulo: 2010, p. 85-102.

DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional. Rio de Janeiro/RJ. Editora Renovar, 2003.

DIRETRIZES DA IBA PARA A REDAÇÃO DE CLÁUSULAS DE ARBITRAGEM INTERNACIONAL. Adotadas pela Resolução do Conselho da IBA de 07/10/2010 e traduzidas do inglês para o português por Eduardo Damião Gonçalves. Londres, 2010, p. 25-26. Disponível para download em www.ibanet.org. Acesso em 30/09/2014.

ELUF, Luiza Nagib. É importante desestimular o uso do véu pelas muçulmanas. Publicado em 06/01/2004. Disponível em http://www.conjur.com.br/2004-jan-06/importante_desestimular_uso_veu_pelas_muculmanas . Acesso em 02/04/2015

EVANGELHO SEGUNDO LUCAS, Capítulo 12, Versículos 13-14. In: Bíblia Sagrada. 154ª edição. Editora Ave Maria 2002.

EXPLORATORY MEETING RESOLUTION OF CORPORATE GOVERNANCE DISPUTES de 20/03/2006, disponível para download em <http://www.oecd.org/> Acesso 25/08/2014

FAUSTO APPENTE DIE. Encyclical of Pope Benedict XV on St. Dominic to the Patriarchs, Primates, Archbishops, Bishops and other ordinaries in communion with the Apostolic See of 29/06/1921. Disponível em http://w2.vatican.va/content/benedict-xv/en/encyclicals/documents/hf_ben-xv_enc_29061921_fausto-appetente-die.html. Acesso 25/02/2015.

FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER; Sérgio Nelson e MONTEIRO, André Luis. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. In: NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade (Org.). Revista de Direito Privado. Editora Revista dos Tribunais: ano 13, vol. 49, jan-mar 2012, p. 227-285.

FINKELSTEIN, Cláudio. Arbitragem internacional e legislação aplicável. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão. Arbitragem internacional: UNIDROIT, CISG e direito brasileiro. São Paulo/SP. Quartier Latin, 2010

FONSECA, Rodrigo Garcia da. CORREIA, André de Luizi. A confidencialidade na arbitragem: fundamentos e limites. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (Org.). Arbitragem: temas contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 417-448

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. Fouchard, Gaillard and Goldman on international commercial arbitration. Edited by Emmanuel Gaillard and John Savage. The Hague. Kluwer Law International, 1999

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes. Editora Atlas, São Paulo: 2010. p. 13-66

GAGLIARDI, Rafael Villar. Confidencialidade na arbitragem comercial internacional. In: WALD, Arnaldo (Org.). Revista de Mediação e Arbitragem. Editora Revista dos Tribunais: ano 10, vol. 36, jan-mar 2013, p. 95-135

GARCEZ, José Maria Rossani; MARTINELLI, Ivan. A confidencialidade na arbitragem. In: VERÇOSA, Fabiane (org). Arbitragem e mediação: temas controvertidos. Rio de Janeiro/RJ. Forense, 2014

GRAZIANO, Luigi. O lobby e o interesse público. Revista brasileira de ciências sociais. Vol 12, nº 35, São Paulo; Fev. 1997. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091997000300009. Acesso 23/03/2015

GÜNTHER, Klaus. The sense of appropriateness. Translated by John Farrell. Albany, State University of New York Press: 1993

HANNESSIAN, Grant; NEWMAN, Lawrence W. (Org.). International Arbitration Checklist: Baker & McKenzie International Dispute Resolution Practice Group. Nova Iorque, Juris Net LLC, 2009.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Philosophy of right. Translated by S. W. Dyde. Batoche Books. Kitchener, 2001.

HOBBS, Thomas. Hobbes's Leviathan reprinted from the edition of 1651 with an Essay by the Late W.G. Pogson Smith. Oxford: Clarendon Press, 1909.

JOÃO XXIII. Carta Encíclica Pacem in Terris do Sumo Pontífice Papa João XXIII aos veneráveis irmãos patriarcas, primazes, arcebispos e bispos e outros ordinários do lugar em paz e comunhão com a Sé Apostólica, ao clero e fiéis de todo orbe, bem como todas as pessoas de boa vontade, a Paz de Todos os Povos na base da Justiça, Caridade e Liberdade. 1963. Disponível em http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html. Acesso em 07/02/2015

KUYVEN, Luiz Fernando Martins. O necessário precedente arbitral. In: WALD, Arnaldo. Revista de Mediação e Arbitragem. Editora Revista dos Tribunais: nº 36, jan-mar 2013, p. 295-315.

KYMLICKA, Will. Filosofia política contemporânea. Martins Fontes, São Paulo: 2006.

LEE, Ilhyung. Practice and predicament: the nationality of the international arbitrator. In: Fordham International Law Journal, volume 31, Issue 3, 2007. Disponível em <http://ir.lawnet.fordham.edu/ilj> . Acesso em 27/04/2015

LEMES, Selma. Arbitragem em números: números mostram maior aceitação da arbitragem no Brasil. Publicada em 10/04/2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-abr-10/selma-lemes-numeros-mostram-maior-aceitacao-arbitragem-brasil> Acesso 15/08/2014

LIVRO DE JÓ, Capítulo 9, Versículos 32-33. In: Bíblia Sagrada. 154ª edição. Editora Ave Maria 2002.

LOCKE, John. Two treatises about government. ed. Thomas Hollis. London: A. Millar et all. 1764.

MALUF, Renato S.; MENEZES, Francisco; MARQUES, SUSANA BLEIL. Caderno "Segurança Alimentar". Fórum Social Mundial 2000. Disponível em www.forumsocialmundial.org.br. Acesso 30/03/2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. Editora Malheiros. 29ª edição revista e atualizada. São Paulo, 2012.

MENDES, Gilmar. Curso de direito constitucional. 2ª edição, Editora Saraiva: São Paulo, 2008.

MILL, John Stuart. Utilitarianism. Batoche Books, Kitchener, Canadá: 2001.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Do espírito das leis. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo, Difusão Europeia do Livro, 1962.

MORRISSEY, Joseph F.; GRAVES, Jack. International sales law and arbitration. Alphen aan den Rijn, Holanda. Kluwers Law Arbitration. 2008

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Direito arbitral: aspectos práticos do procedimento. 2ª edição revista e ampliada. Curitiba/PR. Editora CRV, 2014

MUNIZ, Joaquim de Paiva; PERETTI, Luis; FURTADO, Leonardo. Arbitragens em joint ventures e operações de M&A. In: VERÇOSA, Fabiane (org). Arbitragem e mediação: temas controvertidos. Rio de Janeiro/RJ. Forense, 2014.

NETO, José Cretella. Quão sigilosa é a arbitragem? In: WALD, Arnaldo. Revista de Arbitragem e Mediação. Editora Revista dos Tribunais: Ano 7, nº 25, abr-jun 2010, p. 42-70.

NEVES, Edson Alvisi; NEVES, Lorryne Fialho. Interesse público e função social da empresa. In: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; FERES, Marcos Vinícius Chein; KEMPFER, Marlene. Direito e inovação. Editora UFJF: Juiz de Fora/MG, 2013, p. 179-199.

OECD (2005), "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures, OECD Working Papers on International Investment, 2005/01, OECD Publishing. Disponível para download em http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2005_1.pdf. Acesso em 30/04/2015.

OLIVO, Luiz Carlos Cancellier de. Juízes legisladores: o controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do direito judiciário. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/>. Acesso em 15/04/2015

OSORIO, Fábio Medina. Existem uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? Revista de direito administrativo nº 220, abr/jun 2000. p. 69-107.

PATEL, Faiza; DUSS, Matthew; TOH, Amos. Foreign law bans: legal uncertainties and practical problems. In: Brennan Center for Justice at New York University School of Law, Maio de 2013. Disponível em www.americanprogress.org. Acesso 09/11/2014.

PAULSSON, Jan. Moral hazard in international dispute resolution. Disponível em: www.kluwerarbitrationblog.com, fls. 5. Acesso em 24/04/2015

PECEGO, Daniel. Justiça e prudência: virtudes civis, virtudes políticas. Tese de doutorado do Programa de Pós Graduação em Direito da UERJ. 2012.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill. O público não estatal na reforma do estado. Editora FGV: Rio de Janeiro, 1999, p. 7-50.

PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. In: WALD, Arnoldo. Revista de Arbitragem e Mediação. Editora Revista dos Tribunais: ano 2, vol. 6, jul-set 2005, p. 25-36.

PIO XII. Carta Encíclica Summi Pontificatus do Sumo Pontífice Papa Pio XII aos veneráveis irmãos patriarcas, primazes, arcebispos e bispos e outros ordinários do lugar em paz e comunhão com a Sé Apostólica sobre o ofício do pontificado. 1941. Disponível em http://w2.vatican.va/content/pius-xii/pt/encyclicals/documents/hf_p-xii_enc_20101939_summi-pontificatus.html. Acesso em 07/02/2015

RATZINGER, Joseph. Prefeito da Congregação para a doutrina da fé da Sé Apostólica. Carta aos Bispos da Igreja Católica sobre alguns aspectos da Igreja entendida como comunhão de 28 de Maio de 1992. Disponível em http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_28051992_communionis-notio_po.html. Acesso em 31/03/2015

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução de Jussara Simões baseada na edição americana revista pelo autor; revisão técnica e da tradução por Álvaro Vita – 3ª edição. Editora Martins Fontes, São Paulo: 2008.

REDFERN, Alan. Lecture dissenting opinions in international commercial arbitration: the good, the bad and the ugly. Disponível em: <http://arbitration.oxfordjournals.org>. Acesso em 24/04/2015

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin et al. Redfern and Hunter on International Arbitration. 5ª Edição. Oxford, Reino Unido. Oxford University Press. 2009.

RICARDO, David. On the principles of political economy and taxation. Third Edition. Batoche Books. Kitchner. 1821.

RUA, Maria das Graças. Análise de políticas públicas: conceitos básicos. In: RUA, Maria das Graças; CARVALHO, Maria Izabel Valladão de. O estudo da política: tópicos selecionados. Editora Paralelo 15: Brasília, 1998, p. 231-260.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direito e Justiça: a função social do judiciário. Editora Ática, São Paulo 1994. p. 39-65.

SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Org.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Editora Fórum: 2008, p. 97-143.

SAYED, Abdulhay. Corruption in international trade and comercial arbitration. Hague/Londres/Nova Iorque. Editora Kluwer Law International, 2004

SCHWEDT, Kirstin; GROTHAUS, Júlia. When does an arbitration have a binding effect on non-signatories parties? The group of companies doctrines vs. conflict of laws rules and public policy. Publicado em 30/07/2014. Disponível em <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/07/30/when-does-an-arbitration-agreement-have-a-binding-effect-on-non-signatories-the-group-of-companies-doctrine-vs-conflict-of-laws-rules-and-public-policy/> . Acesso em 14/04/2015

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução de Laura Teixeira Motta. 7ª Reimpressão. Editora Companhia das Letras, São Paulo, 2000

SILVA, Ari de Abreu. A predação do social. Editora UFF: Niterói/RJ, 1997.

SILVA, Shirley Souza da. O interesse público na jurisprudência do STJ: uma abordagem sobre a fixação de conteúdos normativos pelo raciocínio judiciário. Dissertação do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF, Niterói: 2009, p. 14. Disponível em www.dominiopublico.gov.br Acesso em 01/02/2015.

SMITH, Adam. The theory of moral sentiments. Printed for A. Millar, in the Strand; And A. Kincaid and J. Bell in Edinburgh. 1759.

STONE, Susan A.; WON, Jen C. Arbitrator impartiality in the context of a tripartite tribunal. Disponível em www.americanbar.org. Fls. 2-3. Acesso 25/04/2015.

SYNTHESIS NOTE OF THE EXPERT GROUP MEETING ON DISPUTE RESOLUTION AND CORPORATE GOVERNANCE de 25/06/2003, disponível para download em <http://www.oecd.org/> Acesso 25/08/2014

TIBÚRCIO, Carmen. Controle de constitucionalidade das leis pelo árbitro: notas de direito internacional privado e arbitragem. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 266, maio-agosto 2014.

UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 1985 WITH AMENDMENTS AS ADOPTED IN 2006. United Nations, Viena, 2008, p. 25. Disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf Acesso em 25/08/2014.

URREJOLA, Sebastian Cóx. Políticas sociais e justiça comunitária – ações de interesse público a partir da sociedade civil no Chile. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill. O público não estatal na reforma do estado. Editora FGV: Rio de Janeiro, 1999, p. 191-209.

VALADÃO, Rodrigo Borges. Dimensões do princípio da publicidade. In: Revista de direito da procuradoria geral do estado do Rio de Janeiro nº 58. Disponível em <http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeConteudo?article-id=761843>. Acesso em 10/02/2015

VAZ, Viviane. UE busca saída para o xadrez energético com Ucrânia e Rússia. Publicado em 04/04/2015. Disponível em <http://noticias.terra.com.br/mundo/europa/ue-busca-saida-para-o-xadrez-energetico-com-ucrania-e-russia.c54803f9f5c25410VgnVCM10000098cceb0aRCRD.html>. Acesso em 30/03/2015.

VIEIRA, Liszt. Cidadania e controle social. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill. O público não estatal na reforma do estado. Editora FGV: Rio de Janeiro, 1999, p. 213-256.

WALD, Arnaldo. A crise e a arbitragem no direito societário e bancário. In: WALD, Arnaldo (Org.). Revista de Arbitragem e Mediação. Editora Revista dos Tribunais: ano 6, nº 20, jan-mar 2009, p. 9-24.

WEBER, Ana Carolina. O controle de constitucionalidade no procedimento arbitral. In: Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco, V. 1, nº 4, Curitiba, 2009, p. 12. Disponível em <http://www.dombosco.sebsa.com.br/faculdade/direito.php> . Acesso em 23/04/2015.

WEBER, Ana Carolina; LAMAS, Natália Mizrahi. Party-appointed arbitrators: breves notas sobre o atual estágio do debate na doutrina estrangeira. In: VERÇOSA, Fabiane (org). Arbitragem e mediação: temas controvertidos. Rio de Janeiro/RJ. Forense, 2014.

WHYTOCK, Christopher A. Domestic Courts and Global Governance. In: .Proceedings of the Annual Meeting American Society of International Law. Vol. 101. Mar 28-31, 2007, p. 166-169. Acesso em 24/01/2014 via: www.jstor.org/stable/25660187 American Society of International Law.

ZAPPALÁ, Francesco. Memória histórica da arbitragem. In: Meritum. Belo Horizonte/MG. Vol. 6, nº 1, p. 101/132, jan-jun 2011. Disponível em <http://www.fumec.br/revistas/meritum> Acesso 18/08/2014

1ª CARTA DE SÃO PAULO AOS CORÍNTIOS, Capítulo 6, Versículos 1-6. In: Bíblia Sagrada. 154ª edição. Editora Ave Maria 2002.

Julgamentos

STJ, Recurso especial nº 1.356.260/SC. 2ª Turma do STJ. Min. Rel. Humberto Martins. Julgado em 07/02/2013. Disponível em www.stj.jus.br

STJ, Agravo regimental em embargos de divergência no recurso especial nº 1.174.124/SC. 1ª Sessão. Min. Rel. Mauro Campbell Marques. Julgado em 26/03/2014. Disponível em www.stj.jus.br.

STJ, Recurso especial nº 1.148.463/MG. 2ª Turma do STJ. Min. Rel. Mauro Campbell Marques. Julgado em 26/11/2013. Disponível em www.stj.jus.br

STJ, Agravo regimental no recurso especial nº 1.049.156/CE. 6ª Turma do STJ. Min. Rel. Sebastião Reis Júnior. Julgado em 18/12/2012. Disponível em www.stj.jus.br

STJ, Mandado de Segurança 11.308/DF. 1ª Seção do STJ. Min. Rel. Luiz Fux. Julgado em 09/04/2008. Disponível em www.stj.jus.br

STJ, Conflito de Competência 113.260/SP, 2ª Seção, Min. Rel. Nancy Andrighi. Julgado em 08/09/2010.

TRF 3ª Região, 0025812-68.2013.4.03.0000, 3ª Turma, Des. Rel. Nery Júnior. Decisão proferida em 11/11/2013. Inteiro teor e andamentos disponíveis em <http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumentosProcesso?numerosProcesso=201303000258123&data=2013-11-14> . Acesso em 18/04/2015

TJ-SP. 9193203-03.2002.8.26.0000. 7ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Constança Gonzaga. Julgado em 24/05/2006

Endereços Eletrônicos

Constituição Federal de 1988 – http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

Lei Brasileira de Arbitragem – http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm

Código Penal – http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm

Código de Processo Civil atual – http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm

Código de Processo Civil Novo – http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm

Código de Processo Penal – http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm

Ordenações Filipinas – <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/13p578.htm>.

Constituição de 1824 – http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm

Código Comercial de 1850 – http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10556-1850.htm

Regulamento 737 – http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm

Lei 1350/1866 – <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-1350-14-setembro-1866-554052-publicacaooriginal-72489-pl.html>.

Decreto nº 3.900 de 1867 – http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10556-1850.htm.

Código Civil de 1916 – http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm

Senado Federal – www.senado.gov.br

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – www.tjrj.jus.br

Edital para o XLV Concurso para ingresso na magistratura de carreira do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, publicado no Diário de Justiça em 03/04/2013. Disponível em www.tjrj.jus.br

II Seminário de Arbitragem Internacional da FIESP realizado em 27/05/2014, disponível em <http://www.fiesp.com.br/mobile/noticia/?id=153679>.

Tribunal de Justiça de São Paulo – www.tjsp.jus.br

Supremo Tribunal Federal – www.stf.jus.br

Justiça Federal de São Paulo – www.jfsp.jus.br

Tribunal Regional Federal da 3 Região – www.trf3.jus.br

Banco do Brasil – www.bb.com.br

Comissão das Nações Unidas para o Comércio Internacional – www.uncitral.org.

Resolução das Nações Unidas sobre a Lei Modelo de Arbitragem – <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/477/79/IMG/NR047779.pdf?OpenElement>

Centro Islâmico Internacional de Conciliação e Arbitragem – http://iicra.com/en/misc_pages/detail/4c76b6d187.

Centro Beth-Din da América, mantido pelo Conselho Rabínico –
<http://www.bethdin.org/organization-affiliations.asp> .

Instituto para Conciliação Cristã –
http://www.peacemaker.net/site/c.nuIWL7MOJtE/b.5367879/k.B0ED/Why_should_my_client_use_this_process.htm.

História dos "*Mercadores da Paz*" da Câmara de Comércio Internacional de Paris –
<http://www.iccwbo.org/about-icc/history/the-merchants-of-peace/>.

Estatísticas das arbitragens realizadas pela CCI – <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/> .

Lista de Comitês da CCI – <http://www.iccwbo.org/about-icc/policy-commissions/arbitration/>.

Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico –
<http://www.oecd.org/about/>.

International Bar Association – <http://www.ibanet.org>.

Pesquisa "*Corporate Choices in International Arbitration*" Queen Mary & PriceWaterhouseCoopers realizada em 2013 – <http://www.pwc.com/arbitrationstudy>

Código de Direito Canônico – www.vatican.va

Associação das Mulheres Islâmicas –
http://www.islamswomen.com/hijab/hijab_suppression_or_liberation.php.

Seções do Congresso Americano sobre o caso Jamie Jones –
<https://www.youtube.com/watch?v=Y6kiZIIMFto> .

Suposto histórico oculto pelo sigilo arbitral de acusações de estupro por funcionários da Halliburton, segundo Jamie Jones – <https://www.youtube.com/watch?v=Y6kiZIIMFto>.

Necessidade de igualdade entre as partes para proceder a arbitragem, segundo Jamie Jones na íntegra – <https://www.youtube.com/watch?v=Y6kiZIIMFto> .

Resolução 58/4 das Nações Unidas sobre Corrupção –
<http://www.un.org/en/events/anticorruptionday/>.

Tratado de Madri sobre Propriedade Intelectual – <http://www.wipo.int/madrid/en/> .

Convenção de Varsóvia sobre Transporte Aéreo –
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm .

Lista de países signatários da Convenção de Nova Iorque de 1958 –
<http://www.newyorkconvention.org/contracting-states/list-of-contracting-states>.

Convenção para a Solução de Conflitos entre Estados e Nacionais de Outros Estados de 14 de Outubro de 1966 – <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionValue=ShowDocument&language=English>.

Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais de 1995, promovida pela OECD – http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/BNDES_Transparente/combate_corrupcao_funcionarios_publicos_estrangeiros/convencao_ocde.html.

Leis Estrangeiras

Lei de Arbitragem da Nova Zelândia – <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1996/0099/latest/DLM403277.html>.

Lei de Arbitragem da Espanha em inglês – <http://www.mpr.gob.es/servicios/Paginas/index.aspx>.

Código de Processo Civil da França em inglês - http://www.iaiparis.com/lois_en.asp.

Estatuto de Direito Internacional Privado da Suíça em inglês – www.swissarbitration.org.

UK Bribery Act – http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf.

US Corrupt Practices Act – <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/fcpa-english.pdf>.

"Arbitration Fairness Act" – www.franken.senate.gov.

Filmes

SALADOFF, Susan. Hot Coffee: is Justice being served? HBO, 86 minutes, United States 2011.