



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO**

**NATÁLIA DA CRUZ OLIVEIRA**

**CONTORNOS DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NO USO DA  
ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**FORTALEZA**

**2016**

NATÁLIA DA CRUZ OLIVEIRA

CONTORNOS DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NO USO DA  
ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade Federal do Ceará, como requisito  
parcial à obtenção do título de Bacharel em  
Direito.

Orientador: Prof. Dr. William Paiva Marques  
Júnior.

FORTALEZA

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca da Faculdade de Direito

- 
- O48c      Oliveira, Natália da Cruz.  
            Contornos da aplicação do princípio da publicidade no uso da arbitragem pela administração pública / Natália da Cruz Oliveira. – 2016.  
            82 f. : 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2016.  
            Orientação: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior.
1. Princípio da publicidade. 2. Arbitragem (Direito administrativo). 3. Administração pública.  
I. Título.

NATÁLIA DA CRUZ OLIVEIRA

CONTORNOS DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NO USO DA  
ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade Federal do Ceará, como requisito  
parcial à obtenção do título de Bacharel em  
Direito.

Orientador: Prof. Dr. William Paiva Marques  
Júnior.

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Profa. Ma. Fernanda Cláudia Araújo da Silva  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Profa. Ma. Maria José Fontenelle Barreira  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

## AGRADECIMENTOS

"As coisas não caem do céu. É preciso ir buscá-las. Correr atrás, mergulhar fundo, voar alto. Muitas vezes, será necessário voltar ao ponto de partida e começar tudo de novo. As coisas, eu repito, não caem do céu. Mas quando, após haverem empenhado cérebro, nervos e coração, chegarem à vitória final, saboreiem o sucesso gota a gota. Sem medo, sem culpa e em paz. É uma delícia. Sem esquecer, no entanto, que ninguém é bom demais. Que ninguém é bom sozinho. E que, no fundo no fundo, por paradoxal que pareça, as coisas caem mesmo é do céu, e é preciso agradecer".

São sábias as palavras de Luís Roberto Barroso. Ninguém é suficientemente bom sozinho ao ponto de não precisar da ajuda, das críticas, das opiniões, dos ensinamentos, da atenção e do amor das outras pessoas para moldar sua personalidade, construir seus caminhos, levantar-se nas falhas, alcançar seus objetivos e sentir-se realizada após um longo período de empenho, compromisso e dedicação, como foram para mim os cinco anos na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e o período de elaboração desta monografia.

Agradeço, inicialmente, ao Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior, por ter aceitado o convite para atuar como orientador deste trabalho e por ter agido sempre com atenção, cuidado, paciência, gentileza e bastante respeito no decorrer de sua orientação, em todos os encontros e conversas que tivemos sobre o tema.

Agradeço aos professores participantes da banca examinadora pelo tempo, pelas valiosas colaborações e sugestões.

Agradeço às amigas da Faculdade de Direito, Amanda, Ana Luíza, Carol, Isabela, Isabelly e Natália, as quais viveram comigo todos os desafios e alegrias que a faculdade oferece, por todos os trabalhos, reflexões, conversas, ensinamentos e, principalmente, por terem tornado a FD um ambiente incrivelmente melhor com seus sorrisos e gestos de carinho diários.

Agradeço a todos os locais e pessoas com que eu estagiei por terem me permitido intensificar o meu aprendizado jurídico e me feito aprender lições de vida e de Direito que não são ensinadas em sala de aula. Obrigada à GFG Advocacia e aos advogados Flávia Carneiro, Guilherme Farias, Geíssa Cavalcante e Viviane de Pádua pelo meu primeiro estágio, impulsionador, quando o mundo do Direito ainda era um desconhecido e eu nem imaginava o quão grande e complexo ele é. Obrigada ao Sindicato dos Trabalhadores do Serviço Público do Estado do Ceará – SINTSEF e à Joyce Rangel Torres e ao Dr. Patrício Vieira por todos os

ensinamentos de Direito e por nutrirem um amor tão grande pelo que é justo, íntegro, honesto, digno e igualitário capaz de transbordar e atingir quem está em volta, como fez comigo. Obrigada à Consultoria Jurídica do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará – TJCE e aos amigos Mariana Mont’Alverne e Márcio Aguiar por todos os ensinamentos, incentivos, cuidado e muito carinho compartilhados no decorrer de nossa convivência, e, principalmente, por me mostrarem que o que é certo e justo ultrapassa todos os formalismos convencionados e deve ser buscado todos os dias pelas pessoas, incansavelmente. Obrigada à 1ª Vara da Justiça Federal do Ceará e à Rosane Valentim, Caroline Martins, Adriana Leal Maia e ao Dr. Luís Praxedes pelo enorme aprendizado jurídico e engrandecimento pessoal proporcionados e pela confiança, atenção e respeito nas reflexões diárias.

Agradeço às queridas amigas de longa data, Iara Bianca, Sara Farias e Fernanda Ripardo, e ao amigo Francisco Lins, por toda a ajuda, compreensão e paciência durante os meus estudos, que muitas vezes nos impossibilitaram de estar perto, mas que nunca nos afastaram, e especialmente por toda a alegria proporcionada nesses anos de amizade.

Agradeço ao meu irmão, Vinícius, por todo o entusiasmo, incentivo e carinho que contribuíram muitíssimo para que este trabalho conseguisse ser concluído a tempo. Agradeço à minha mãe, Rosa, aos meus padrinhos, Tia Eveline e Tio Aduato, e à Tia Socorro por toda a ajuda investida e por sempre confiarem em mim.

Agradeço a Deus pelo dom da vida, pela minha saúde, por me dar forças para superar as adversidades e me fazer querer seguir sempre em frente, cada vez melhor, fazendo e lutando pelo bem no mundo.

Agradeço intensamente ao meu grande amor Ladislau Duarte por toda a dedicação, paciência, amor e atenção depositados neste trabalho a cada leitura de capítulo, em cada conversa, críticas e sugestões. Obrigada por ter me encorajado quando eu quis desistir e por me segurar quando eu estava caindo, pelo apoio na Faculdade, nos estudos para a OAB e na elaboração da monografia. Eu poderia até conseguir sem você, mas não teria a menor graça. Sou feliz por ter um amor que ouve sem interromper, fala sem acusar, dá sem poupar, responde sem brigar, partilha sem fingir, desfruta sem reclamar, perdoa sem punir e ama por simplesmente amar.

Agradeço, por fim, a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação. Muito obrigada.

“As pessoas têm medo das mudanças. Eu  
tenho medo que as coisas nunca mudem.”  
(Chico Buarque)

“Amar e mudar as coisas me interessa mais.”  
(Belchior)

## RESUMO

A Lei nº 13.105/15 fez modificações na Arbitragem, possibilitando expressamente que a Administração Pública utilize esse instituto para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis e estabelecendo que nesse tipo de procedimento deve ser respeitado o princípio da publicidade. Outra lei, entretanto, se limitou a estipular que a arbitragem com ente da Administração Pública deve respeitar o princípio da publicidade, sem dar maiores detalhes de como deve ocorrer a obediência à publicidade, sem esclarecer quais condutas devam ser praticadas para que haja o devido atendimento ao princípio estabelecido. Ademais, os procedimentos arbitrais em geral costumam ser sigilosos. Nesse sentido, o presente trabalho analisa a aplicação do princípio da publicidade no uso da arbitragem pela Administração Pública, estudando o alcance e a intensidade da publicidade na via arbitral, isto é, sobre quais atos e pessoas o dever de publicidade deve recair, bem como a relação desse princípio com o sigilo na arbitragem. Para tanto, foi realizada análise bibliográfica a fim de se estudar esse princípio, verificar se o sigilo, elemento presente em muitos procedimentos arbitrais, é algo obrigatório na arbitragem e analisar sua presença nas arbitragens que envolvem a Administração. Foram analisados os regulamentos das principais instituições arbitrais brasileiras, o Diário Oficial da União, as páginas da *internet* dos entes e órgãos da Administração e também feitas pesquisas junto ao STF, STJ e TCU e análise legislativa para se perquirir a evolução do uso da arbitragem pela Administração. A partir de então, foi observado que o sigilo é uma faculdade que os sujeitos possuem na arbitragem, e não elemento obrigatório, de forma que a publicidade pode plenamente existir na arbitragem, e ainda que, no âmbito doméstico, a divulgação de informações relacionadas à utilização da arbitragem pela Administração ainda ocorre de forma muito tímida. A observância ao princípio da publicidade, entretanto, impõe que a maior quantidade de atos possível seja levada ao conhecimento público, compete também às instituições arbitrais e implica na abertura dessa a terceiros não diretamente relacionados ao conflito.

**Palavras-chave:** Arbitragem. Administração Pública. Princípio da publicidade.



## **ABSTRACT**

The Law 13.105/15 made changes in the Arbitration, allowing expressly the Public Administration use this institute to settle disputes concerning the property rights available and establishing that in this type of procedure should be respected the principle of publicity. Another law, however, only established that the arbitration that involves the Public Administration must respect the principle of publicity, without giving details on how the publicity should happen and what acts should be practiced to the principle is properly observed. Also the general procedures arbitrations usually are secret. Thus, this work analyzes the application of the principle of publicity in arbitration that involves the Public Administration, studying the reach and intensity of this principle in arbitration: on what acts and people the duty of publicity should fall and also the relation of publicity and the confidentiality in arbitration. For that were done an analysis books and the study of legal articles and academic works that talks about the principle of publicity and arbitration, with the goal to know better this principle, ensure that the secret is something required in arbitration and analyze the presence of secret in arbitrations involving Public Administration. Were analyzed the regulations of the main brazilian arbitral institutions, the official newspaper of the country, websites of Public Administration. Also were studied decisions of STF, STJ and TCU and done a legislative analysis to investigate the evolution of use of arbitration by the Public Administration. As a result it was observed that the secret is a faculty that people have in arbitration, and not a mandatory element, so the publicity can fully exist in arbitration. It was also observed that, at the domestic level, the dissemination of information about the use of arbitration by Public Administration is still very timid. The respect for the principle of publicity, however, requires the greatest amount of acts be lead to public knowledge, also competes to arbitral institutions and implies the opening of arbitration to third parties not directly related to conflict.

**Keywords:** Arbitration. Public Administration. Principle of publicity.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

AI	Agravo de Instrumento
CAM	Centro de Arbitragem e Mediação
CCBC	Câmara de Comércio Brasil-Canadá
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
LA	Lei de Arbitragem
MP	Ministério Público
MS	Mandado de Segurança
PL	Projeto de Lei
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
trad.	Tradutor
TCU	Tribunal de Contas da União
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	13
<b>2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE</b> .....	16
<b>2.1 A força normativa dos princípios</b> .....	16
<b>2.2 Princípio da Publicidade: considerações iniciais</b> .....	18
<i>2.2.1 A publicidade no Texto Constitucional</i> .....	20
<i>2.2.1.1 A publicidade no processo judicial</i> .....	21
<i>2.2.2 A publicidade da atividade administrativa</i> .....	22
<i>2.2.3 Publicidade interna e externa</i> .....	23
<b>2.3 A publicidade como requisito de eficácia dos atos administrativos</b> .....	24
<i>2.3.1 Publicidade, publicação e propaganda</i> .....	25
<b>2.4 Democracia e publicidade como forma de controle da Administração pelos cidadãos</b> .....	26
<i>2.4.1 Ciberdemocracia</i> .....	28
<b>2.5 Publicidade, transparência e dever/direito de informação</b> .....	30
<i>2.5.1 Lei nº 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação)</i> .....	31
<i>2.5.2 Exceções à publicidade</i> .....	33
<b>3 ARBITRAGEM: ASPECTOS GERAIS E OS ELEMENTOS DA CONFIDENCIALIDADE E PRIVACIDADE</b> .....	37
<b>3.1 Panorama da arbitragem</b> .....	38
<i>3.1.1 Arbitrabilidade</i> .....	38
<i>3.1.2 Convenção arbitral</i> .....	40
<i>3.1.3 Sentença arbitral</i> .....	41
<i>3.1.4 Arbitragem e Poder Judiciário</i> .....	42
<i>3.1.5 Vantagens e desvantagens da arbitragem</i> .....	42
<b>3.2 O sigilo na arbitragem</b> .....	46
<i>3.2.1 Confidencialidade e Privacidade</i> .....	47
<i>3.2.2 A confidencialidade na Lei nº 9.307/96</i> .....	50
<b>4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NAS ARBITRAGENS QUE ENVOLVEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b> .....	54
<b>4.1 Utilização da arbitragem pela Administração Pública</b> .....	54
<b>4.2 A publicidade nas arbitragens com a Administração Pública</b> .....	60
<i>4.2.1 O papel das instituições arbitrais</i> .....	67

<i>4.2.2 Participação de terceiros na arbitragem</i> .....	70
<i>4.2.3 O sigilo na arbitragem que envolve a Administração Pública</i> .....	75
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	77
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	81

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.129/2015, de 26 de maio de 2015, fez diversas alterações na Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem), no intuito de melhorar e ampliar a utilização da arbitragem como método de solução de controvérsias no Brasil.

Com as modificações ocasionadas pela Lei nº 13.129/2015 foi incluído o §1º no art. 1º da Lei de Arbitragem, contendo a previsão de que a Administração Pública direta e indireta pode se utilizar da via arbitral para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Essa regra pretendeu sanar as dúvidas em relação a arbitragens envolvendo a Administração Pública de modo geral.

Foi também inserido o §3º no art. 2º da Lei nº 9.307/96, determinando que a arbitragem que envolva a Administração Pública deve ser sempre de direito e respeitar o princípio da publicidade.

O princípio da publicidade importa na divulgação das condutas, de modo geral, praticadas pela Administração Pública direta e indireta, a fim de que haja o conhecimento e controle delas pela população, bem como para o início da produção de seus efeitos.

A publicidade, portanto, se contrapõe diretamente com o segredo, o oculto, o desconhecido e se relaciona diretamente com os deveres de transparência e de informação, além de ensejar a participação popular e dos órgãos de controle nos atos do Poder Público.

Ocorre que um dos grandes atrativos da arbitragem refere-se exatamente à possibilidade de sigilo em seu procedimento, impossibilitando a participação de outros indivíduos, estranhos de todo modo ao conflito, nos atos da arbitragem e restringindo a divulgação dos documentos, informações, decisões, sentença arbitral, entre outros, de maneira que eles sejam conhecidos apenas pelos diretamente envolvidos no procedimento.

A exigência da publicidade nas arbitragens que envolvem a Administração Pública faz surgir uma série de reflexões sobre como o princípio da publicidade pode se manifestar nos procedimentos arbitrais e quais as consequências de sua realização para a arbitragem, principalmente em face da presença do sigilo na via arbitral.

A situação ainda se agrava porque a Lei nº 13.129/15 se limita a estipular que a arbitragem com ente da Administração Pública deve respeitar o princípio da publicidade, sem dar maiores detalhes de como deve ocorrer a obediência à publicidade, isto é, sem esclarecer quais condutas devam ser praticadas para que haja o devido atendimento ao princípio estabelecido.

Ademais, não há ainda consenso entre os autores sobre se a publicidade de procedimentos arbitrais deve ser irrestrita - em regra, ou ter suas próprias peculiaridades, com a divulgação apenas de informações específicas e sem a possibilidade de participação de terceiros, por exemplo.

Também a maioria dos regulamentos das instituições arbitrais brasileiras não costuma dar espaço para a publicidade se manifestar nas arbitragens, estabelecendo usualmente a existência de confidencialidade e privacidade nos procedimentos arbitrais.

Nesse sentido, faz-se relevante a análise sobre a aplicação do princípio da publicidade na arbitragem, a fim de se apurar quais atos do procedimento arbitral devam ser divulgados ao público, como deve ocorrer a propagação de informações referentes a arbitragens que envolvam a Administração Pública, se o modo como ocorre atualmente é suficiente, não precisando de mudanças, dentre outros.

Assim, esse trabalho terá por objetivo estudar a aplicação do princípio da publicidade nas arbitragens que envolvam a Administração Pública, analisando qual a extensão e intensidade da publicidade na via arbitral, isto é, sobre quais atos e pessoas o dever de publicidade deve recair, bem como analisando a relação do princípio da publicidade com o sigilo na arbitragem.

Para tanto será adotado como método de pesquisa a análise bibliográfica, especialmente o estudo de artigos jurídicos, monografias, dissertações de mestrado e teses de doutorado que tratam do princípio da publicidade associado ao instituto da arbitragem como método de solução de controvérsias, a fim de verificar se o sigilo, elemento presente em muitos procedimentos arbitrais, é algo obrigatório na arbitragem e sua utilização na via arbitral face a norma constitucional de publicidade dos atos do Poder Público (art. 37 da Constituição Federal de 1988).

Ademais, serão analisados os regulamentos das principais instituições arbitrais brasileiras com o intuito de ser descobrir como estas normatizam o procedimento arbitral, se abordam a questão do sigilo ou não, se trazem alguma peculiaridade quando a arbitragem envolver a Administração Pública, entre outros.

Também serão realizadas pesquisas no Diário Oficial da União e nas páginas da *internet* dos entes e órgãos da Administração Pública com a finalidade de se averiguar como ocorre a publicidade das arbitragens que envolve o Poder Público.

Será feita, ainda, pesquisa jurisprudencial junto ao Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e ao Tribunal de Contas da União, bem como uma análise legislativa para se estudar a evolução da utilização da arbitragem pela Administração Pública.

Nesse sentido, será analisado o Projeto de Lei nº 7.108/14 que culminou na Lei nº 13.129/15, diploma legislativo que alterou a Lei nº 9.307/96, principal norma que regula a arbitragem no Brasil.

Assim, no primeiro capítulo será feita uma análise sobre o princípio da publicidade em todos os seus aspectos. Será abordado seu fundamento constitucional, suas características, formas de manifestação, bem como as situações excepcionais que afastam o dever de publicidade. Serão desenvolvidos também temas transversais ao princípio da publicidade, como os deveres de transparência e informação, o controle dos atos da Administração Pública, a relação entre publicidade e democracia, a ciberdemocracia e a diferença entre publicidade, propaganda e publicação. Em suma, aspectos importantes para a compreensão das discussões a respeito da aplicação da publicidade na arbitragem, que serão abordadas no terceiro capítulo.

No segundo capítulo, será feito um panorama sobre o instituto da arbitragem para o melhor entendimento sobre esse método de solução de controvérsias, elencando suas características, vantagens e desvantagens em relação à jurisdição estatal e a relação entre arbitragem e Poder Judiciário. Será dado ênfase ao estudo do sigilo na arbitragem, estudando o que fundamenta a sua existência, seus desdobramentos e consequências para arbitragem, além de se perquirir sobre a obrigatoriedade ou não do sigilo nos procedimentos arbitrais.

O último capítulo apresentará, inicialmente, um relato histórico da utilização da arbitragem pela Administração Pública, destacando as controvérsias e os posicionamentos da doutrina especializada, do Tribunal de Contas da União, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, e a evolução legislativa da matéria até se alcançar as recentes alterações na Lei de Arbitragem produzidas pela Lei nº 13.129/2015.

Em seguida, será observado que a alteração legislativa no sentido de expressamente permitir o uso da arbitragem pela Administração Pública não encerra os debates sobre a matéria, mas fomenta várias dúvidas e indagações sobre o tema a partir da inserção do respeito ao princípio da publicidade. Nesse sentido, serão analisados no decorrer do terceiro capítulo questionamentos como: 1) quais atos do procedimento arbitral devem se submeter a nova exigência da publicidade?; 2) será possível a intervenção do Ministério Público e dos Tribunais de Contas?; 3) em que medida os cidadãos poderão participar dos procedimentos arbitrais?; 4) será possível a intervenção de entidades associativas como *amicus curiae*?; 5) as instituições arbitrais também passam a observar o dever de publicidade?; 6) em que casos a publicidade poderá ser afastada?.

## 2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

A atuação da Administração Pública deve se pautar pela observância a certos princípios, além do cumprimento de regras, a fim de proporcionar a melhor gestão da coisa pública aos administrados.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) elencou no art. 37, *caput*, os princípios que devem reger a atuação da Administração Pública (princípios constitucionais administrativos), dentre os quais se inclui o princípio da publicidade, ademais dos princípios implícitos<sup>1</sup>.

Por muito tempo, os princípios não eram compreendidos como normas, capazes de regular as relações jurídicas e de ter seu cumprimento exigido. Eram entendidos apenas como diretrizes para concretizar a justiça, sendo praticamente nula a sua aplicabilidade.

O fato de estarem inseridos no Texto Constitucional também não se mostrava relevante, pois as constituições eram tratadas como meros documentos expositivos de normas programáticas, sem qualquer aplicabilidade ou obrigatoriedade quanto a efetivação de seus mandamentos.

Esse cenário mudou no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente, com o surgimento de um novo Direito Constitucional.

### 2.1 A força normativa dos princípios

O desenvolvimento do Neoconstitucionalismo foi o que rompeu com a antiga concepção de Constituição e conferiu força normativa às constituições, repercutindo, segundo Barroso (2007, p. 6) com a posição de que “(...) as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado”.

Barroso (2007) afirma que o novo Direito Constitucional possui como marco filosófico o pós-positivismo.<sup>2</sup> Esse, por sua vez, não representa a superação completa do

---

<sup>1</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, *publicidade* e eficiência e, também, ao seguinte: (...)” Além desses princípios expressos, é possível se afirmar que a Constituição Federal de 1988 implicitamente estabelece os princípios da razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público, entre outros.

<sup>2</sup> Convém mencionar que Luís Roberto Barroso, em artigo intitulado “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)” percorreu a trajetória do neoconstitucionalismo nas últimas décadas na Europa e no Brasil e elencou seus três marcos fundamentais: o histórico, o teórico e o filosófico. Segundo esse autor, o marco histórico na Europa foi o constitucionalismo do pós-guerra, enquanto que no Brasil foi a promulgação da Constituição de 1988 e o processo democrático proporcionado por ela. O marco teórico contemplou três transformações na aplicação do direito constitucional:



jusnaturalismo ou do positivismo, mas apresenta-se melhor como o fruto da união dos dois: “o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas” (BARROSO, 2007, p. 4-5).

O pós-positivismo foi, portanto, o facilitador do reconhecimento de normatividade aos princípios, na medida em que possibilitou a volta dos valores para o Direito, notadamente após a derrocada dos regimes ditatoriais implementados na Alemanha, na Itália e na América Latina, na primeira metade do século XX.

Se a concessão de normatividade aos princípios foi um grande salto para a sua exigibilidade, a inserção deles na constituição revelou-se como o seu ápice.

Com efeito, a permanência dos princípios no Texto Constitucional na era do Neoconstitucionalismo, isto é, nos tempos em que a constituição é vista como a norma suprema do ordenamento jurídico e em que todos os outros campos do Direito são estudados sob o olhar das disposições constitucionais, mostra-se fundamental para a importância e valorização dos princípios.

De acordo com a concepção de Canotilho (1993, p. 534):

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a “reserva do possível”, fáctica ou jurídica.

Os princípios traduzem-se como fundamento não só para a construção de um ordenamento jurídico coerente, mas também para o desenvolvimento regular desse ordenamento.

Bonavides (2004, p. 289-290) ao versar sobre a disposição dos princípios no texto constitucional destaca:

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para avaliação de todos os conteúdos constitucionais (e infraconstitucionais, acrescenta-se), os princípios desde sua constitucionalização, que é, ao mesmo passo, positivação no mais alto grau, recebem como instância máxima, categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na lei das leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, normas das normas.

---

1) o reconhecimento de força normativa à constituição; 2) a expansão da jurisdição constitucional e 3) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. O marco filosófico foi o nascimento pós-positivismo.

Destarte, os princípios postos na Constituição são, em verdade, a base desse próprio diploma legal e condicionam toda a atividade do Estado e de seus participantes.

Nesse sentido, o princípio da publicidade constitui-se como norma capaz de regular as relações jurídicas, cujo cumprimento pode ser exigido, e o fato de estar expresso na CF/88 garante maior força à sua observância pela Administração.

No entendimento de Silva (2005, p. 669) a publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, “porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo”.

Especificamente a respeito dos princípios constitucionais administrativos, Carvalho Filho (2015, p. 18) aponta que esses “são os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública”, funcionando como bússolas a guiar a conduta do Estado quando do exercício das atividades administrativas.

O princípio da publicidade abrange uma série de atividades por parte do Poder Público, além de se manifestar de diferentes formas e acarretar as mais diversas consequências, de modo que precisa ser analisado detidamente.

## **2.2 Princípio da Publicidade: considerações iniciais**

O Poder Público, aos poucos e principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a abandonar a era da omissão de seus atos e a iniciar a jornada de publicidade máxima de suas condutas.

Nesse sentido, discorre Odete Medauar (2004, p. 149-150):

A partir da década de 50, acentuando-se nos anos setenta, surge o empenho em alterar a tradição de ‘secreto’ predominante na atividade administrativa. A prevalência do ‘secreto’ na atividade administrativa mostra-se contrária ao caráter democrático do Estado. A Constituição de 1988 alinha-se a essa tendência de publicidade ampla a reger as atividades da Administração, invertendo a regra do segredo e do oculto que predominava. O princípio da publicidade vigora para todos os setores e todos os âmbitos da atividade administrativa.

De fato, a Constituição de 1988 ao proclamar a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, não poderia mais conviver com o segredo dos atos praticados pela Administração Pública como sendo uma atitude normal.

Nesse sentido, conferir publicidade a algo significa tornar público, isto é, de conhecimento de todos em geral. Assim, a publicidade se contrapõe diretamente com o segredo, o oculto, o desconhecido e, tendo sido alçada à qualidade de princípio, constitui-se como norma a ser cumprida.

O princípio da publicidade importa na divulgação das condutas, de modo geral, praticadas pela Administração Pública direta e indireta, a fim de que haja o conhecimento e controle delas pela população, bem como para o início da produção de seus efeitos.

Como bem observa Medauar (2003), o princípio da publicidade consegue inverter a verticalidade existente nas relações entre administração e administrados. Isso ocorre porque quando se trata do dever de informação, de conferir publicidade aos atos da Administração, é o cidadão que ocupa a posição superior na relação jurídica.

Destaque-se que a conduta de dar publicidade aos atos administrativos *lato sensu* não se configura como uma faculdade do gestor público, mas um dever jurídico.

No tocante a definição de dever jurídico, Silva (2014, p. 710), leciona que

O dever jurídico, dependa ou não da vontade humana, estabelece sempre um *vinculum juris*, de que se gera a necessidade jurídica de ser cumprido aquilo a que se é obrigado. Dessa forma, o dever jurídico tanto provém do contrato, para formular especialmente a obrigação criada pelo mútuo consentimento dos contratantes, como decorre do respeito pelos princípios elementares da equidade e da ordem jurídica, em virtude dos quais se firma a obrigação de não ofender direito alheio (*neminem laedere*).

Como dever jurídico, portanto, a publicidade se constitui como uma ordem, uma obrigação de quem quer que esteja na figura de administrador da coisa pública.

Mateus (2008) defende que o dever do administrador de expor sua atuação ao controle social, político e jurídico é inerente à própria relação de administração, uma vez que o administrador não age por sua vontade, mas segundo a finalidade legal prevista para sua atuação, já que exerce representação do verdadeiro titular do poder estatal, que é o administrado.

Destaque-se que, porque a publicidade se configura como um dever, o fato de não se garantir publicidade aos atos oficiais importa em ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração, conforme art. 11, IV da Lei nº 8.429/92.

Na opinião de Hely Lopes Meirelles (2012, p. 97) o dever de publicidade é amplíssimo, pois o autor afirma:

A publicidade, como princípio de administração pública (CF, art. 37, *caput*), abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamento das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes.

Nesse sentido, com exceção das hipóteses legalmente permitidas, a publicidade é observada quando é dado conhecimento ao administrado dos atos da Administração, desde os que estão em formação até já concluídos, independentemente da vontade do administrador.

### **2.2.1 A publicidade no Texto Constitucional**

O dever de conferir publicidade aos atos da Administração Pública não se exaure no comando do art. 37 da Constituição Federal. A CF/88 trata em diversos dispositivos a respeito da publicidade e do direito fundamental de acesso à informação estatal.

Com efeito, o art. 5º, XIV garante a todos o acesso à informação, “resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

O mesmo art. 5º, XXXIII assegura que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral”, ressalvadas aquelas cujo sigilo se faz imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Já o art. 5º, XXXIV prevê mecanismos de execução do acesso a informação, ao garantir o direito de peticionar aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder e a obtenção de certidões de repartições públicas.

Outro exemplo é o art. 5º, LXXII, que prevê a concessão de *habeas data* tanto para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, quanto para retificação de dados.

Destaque-se ainda que, embora o art. 37 da CF/88 assevere que a Administração Pública direta e indireta (autarquias, agências, fundações, empresas estatais) de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios devem obedecer ao princípio da publicidade, o alcance do princípio é maior.

Isso porque a publicidade alcança ainda as instituições privadas delegadas de serviços públicos (art. 37, §3º e art. 175, III da CF/88)<sup>3</sup> bem como as empresas estatais que exploram atividade econômica (173, §1, III e § 3º da CF/88)<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Art. 37 (...) §3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente (...)

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.

### 2.2.1.1 A publicidade no processo judicial

No que diz respeito ao Poder Judiciário, a Constituição Federal estatui regra específica quanto à publicidade de seus atos no art. 93, IX. De acordo com tal dispositivo, todos os todos os julgamentos dos órgãos do Judiciário, com exceção dos que possam atingir a intimidade dos envolvidos ou quando o interesse social assim o exigir, são públicos.

O Novo Código de Processo Civil também estabelece, no art. 189, que os atos processuais são públicos e elenca nos incisos as situações excepcionais em que tramitam em segredo de justiça os processos. Assim, a regra na via judicial é a publicidade.

Em verdade, o princípio da publicidade, no Poder Judiciário, funciona em dois diferentes níveis. No primeiro se desenvolve no sentido de publicidade ampla, absoluta ou externa em que a atuação do Estado-juiz é levada ao conhecimento de toda a sociedade, como fator de legitimação do exercício do poder. No segundo, como publicidade relativa, restrita ou interna em que se restringe o conhecimento dos atos processuais tão somente às partes e advogados.

Tem-se, portanto, que a publicidade interna do processo judicial, exige que as partes sejam informadas e possam acompanhar, bem como ter acesso, a todos os atos do processo e a todas as decisões.

De outro modo, a publicidade externa do processo judicial permite o conhecimento público dos atos processuais, possibilitando o acesso aos atos e decisões judiciais a qualquer cidadão.

Ademais, conforme observam Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2012, p. 279) publicidade externa está relacionada com “(...) a função pública exercida pelo Poder Judiciário e com o direito fundamental do povo, enquanto verdadeiro titular do poder, de fiscalizar a atuação do Estado”.

---

<sup>4</sup> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

### 2.2.2 A publicidade da atividade administrativa

Para que o princípio da publicidade seja bem efetivado ele deve alcançar toda a atividade administrativa, e não apenas os atos administrativos, que são apenas uma espécie do gênero “atos da Administração Pública”.

Com efeito, a doutrina costuma dividir os atos da Administração Pública em diversas categorias: atos políticos, atos materiais, atos de direito privado, atos administrativos, entre outros.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 199/200) de forma sucinta elenca as espécies de atos da Administração e as explicita:

Dentre os atos da Administração, incluem-se :

1. os atos de direito privado, como doação, permuta, compra e venda, locação;
2. os atos materiais da Administração, que não contêm manifestação de vontade, mas que envolvem apenas execução, como a demolição de uma casa, a apreensão de mercadoria, a realização de um serviço;
3. os chamados atos de conhecimento, opinião, juízo ou valor, que também não expressam uma vontade e que, portanto, também não podem produzir efeitos jurídicos ; é o caso dos atestados, certidões, pareceres, votos;
4. os atos políticos, que estão sujeitos a regime jurídico-constitucional;
5. os contratos;
6. os atos normativos da Administração, abrangendo decretos, portarias, resoluções, regimentos, de efeitos gerais e abstratos;
7. os atos administrativos propriamente ditos.

Ainda segundo Di Pietro (2014, p. 205), o ato administrativo propriamente dito se constitui como “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.”

Nesse sentido, considerar que somente os atos administrativos devem ser alvo do princípio da publicidade significa furtar os administrados do conhecimento de milhares de outros atos que a Administração realiza diariamente. É quase selecionar, sem um filtro justificável, a informação que se deseja que seja conhecida.

Destarte, condicionar o princípio da publicidade apenas ao ato administrativo é conferir uma desimportância sem tamanho à própria noção de publicidade e seus efeitos perante a sociedade.

Mateus (2008, p. 16) compartilha deste mesmo entendimento, pois para a autora:

Todas estas espécies de atos da administração estão sujeitas ao princípio da publicidade e, portanto, devem estar abertas ao controle social, por meio da garantia da publicidade. Não há que se indagar se tal ou qual ato deve ter forma pública, em função de exigência legal. A publicidade constitucionalmente prevista no art. 37 não é apenas um requisito de forma de alguns atos administrativos em sentido estrito. É uma obrigação constitucional para toda e qualquer atividade administrativa.

A publicidade, portanto, não é do ato, mas da atividade administrativa como um todo, a qual contempla todas as espécies, independentemente de qual seja a divisão doutrinária.

Para Justen Filho (2005), o ato administrativo perdeu relevância como instrumento de compreensão e organização do direito administrativo, ganhando força o conceito de “atividade”, e, desse modo, o que realmente tem relevância é o estudo da atuação administrativa de modo global. Em suas palavras:

O que se afirma no Estado pós-moderno é uma estrutura organizacional vocacionada a produzir atos em massa, não a promover atos isolados. Somente é possível compreender o Estado e a Administração Pública como um conjunto de instituições aptas a produzir atos em massa, para satisfazer grande quantidade de interesse e necessidades que parecem exauríveis. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 137-138)

Neste trabalho, por conseguinte, a publicidade se relaciona com os atos da Administração de forma ampla e não apenas com os atos administrativos. Apenas com a finalidade de evitar repetições se utilizam os termos “ato administrativo *lato sensu*”, “conduta administrativa” e “atividade administrativa” para se referir aos atos da Administração Pública.

### **2.2.3 Publicidade interna e externa**

Decerto a Administração pública deve obedecer ao princípio da publicidade, de modo que seus atos devem ser levados ao conhecimento da população.

O princípio da publicidade, entretanto, deve ser estudado sob dois prismas: publicidade interna e externa.

A publicidade interna é aquela dirigida aos integrantes do órgão ou da entidade e é sempre obrigatória. Já a publicidade externa é dirigida aos cidadãos em geral e por vezes poderá ser dispensada.

A publicidade interna está intrinsecamente relacionada com os atos internos, que são aqueles que produzem efeitos apenas dentro da própria Administração Pública e, exatamente por essa razão, não acarretam a necessidade de publicação oficial, bastando uma comunicação aos interessados. Nesse sentido, são exemplos de atos internos as ordens de serviço, uma portaria de remoção de um servidor, as circulares de que se valem as autoridades para transmitir ordens internas uniformes a seus subordinados.

Por outro lado, a publicidade externa relaciona-se com atos externos da Administração, isto é, com atos cujos efeitos não se restringem ao âmbito da repartição que o originou, mas se destinam tanto aos administrados, quanto à própria Administração Pública.

Tal publicidade tem por finalidade conferir eficácia aos atos da administração e possibilitar o controle do ato pela população que, a partir do conhecimento das condutas administrativas, pode interpor requerimento administrativo ou mesmo ajuizar ação popular, a depender do caso.

Ademais, o controle dos atos da Administração também pode ocorrer através de outros órgãos públicos, como o Ministério Público – que pode atuar manejando uma ação civil pública ou por meio de recomendações aos órgãos públicos – ou o Tribunal de Contas.

### **2.3 A publicidade como requisito de eficácia dos atos administrativos**

Nohara (2009, p. 43) ensina que “os atos jurídicos geralmente atingem a plena concretização depois de passar pelos planos da perfeição ou existência, da validade e da eficácia.”.

Di Pietro (2014, p. 235) explica a distinção entre os planos da existência e da validade:

Não se confundem perfeição e validade; a primeira diz respeito às etapas de formação do ato, exigidas por lei para que ele produza efeitos. Por exemplo, um ato que seja motivado, reduzido a escrito, assinado, publicado, está perfeito em sua formação, se a lei não contiver qualquer outra exigência. A validade diz respeito à conformidade do ato com a lei: a motivação deve referir-se a motivos reais, a autoridade que assina deve ser a competente, a publicação deve ser a forma exigida para divulgar o ato.

Por sua vez, a eficácia é entendida como a aptidão para produzir efeitos perante a sociedade.

Em que pese não haja unanimidade na doutrina no que concerne a enquadrar a publicidade como requisito de perfeição, existência ou validade, entende-se nesse trabalho que se trata de um requisito de eficácia.

Isso porque o ato administrativo pode conter todos os seus elementos<sup>5</sup> (plano da existência), bem como esses elementos estarem de acordo com lei (plano de validade), mas a população não ter conhecimento deste ato.

Um exemplo torna mais clara a compreensão: o gestor público competente, tendo observado os demais elementos do ato e estando todos eles em conformidade com a lei, assina

---

<sup>5</sup> A maioria dos autores costuma definir os elementos do ato administrativo como base no art. 2º da Lei nº 4.717/65 (Ação Popular), que estabelece que “são nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade”. Desse modo, elementos que compõem o ato administrativo são os seguintes: sujeito (competência), forma, motivo, finalidade e objeto.



determinado ato na repartição que proíbe o estacionamento em certa rua de segunda à sexta-feira, no período de 11 horas às 17 horas. Esse ato é plenamente perfeito e válido, contudo é desconhecido pela população e, desse modo, não opera efeitos perante ela.

Somente com a ampla publicidade do ato seria possível exigir o comportamento de não estacionar naquela rua dentro do horário estabelecido.

Assim, far-se-ia necessária, por exemplo, a publicação em diário oficial e a colocação de placas que informassem devidamente ao indivíduo a proibição de estacionar.

Nesse sentido é o entendimento de Meirelles (2012, p. 96) quando assevera:

A publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo, os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exequibilidade, quando a lei ou o regulamento a exige.

Sendo assim, mesmo com a regular expedição dos atos, os seus comandos só produziram efeitos perante a sociedade depois de garantida a sua publicidade. O ato existe e é válido, mas não consegue produzir seus efeitos pela falta de publicidade, de modo que não se constituiu plenamente.

Destaque-se, outrossim, que dizer que um ato administrativo carece de publicidade não é o mesmo que afirmar que o ato não foi publicado, pois publicidade e publicação não significam o mesmo, assim como nenhum dos dois se confunde com a propaganda.

### ***2.3.1 Publicidade, publicação e propaganda***

A publicidade de um ato administrativo não é sinônimo de sua publicação, de forma que esses dois institutos não podem ser confundidos.

Na verdade, a publicação é somente uma das hipóteses de publicidade, isto é, uma das formas pelas quais a publicidade é atendida.

É nesse sentido que Amaral (2010, p. 7) afirma que “a publicação, por si, não assegura a publicidade”, uma vez que a publicidade é mais abrangente e engloba em si a publicação oficial dos atos.

De igual modo publicidade e propaganda não tem o mesmo significado, pois a propaganda que faz uso a Administração Pública tem sentido de divulgação, de veiculação de dados e deve ser executada com caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela

não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, consoante o art. 37, § 1º da Constituição Federal de 1988.<sup>6</sup>

Mateus (2008, p. 13) sintetiza bem a distinção entre publicação, propaganda e publicidade ao analisar os três institutos sob a forma de círculos concêntricos e explica:

No primeiro e menor círculo, está o ato administrativo, coberto pela publicidade no sentido de publicação oficial, como requisito de validade e existência deste ato, quando a lei assim o exigir. Num segundo círculo, maior que o primeiro, estaria a propaganda oficial, segunda acepção do termo “publicidade”, usado pela Constituição para definir a divulgação de informações sobre programas e serviços relevantes. No maior dos três círculos, cobrindo os dois primeiros, está o princípio da publicidade, cobrindo toda a atividade estatal, acima dos atos administrativos isoladamente tomados, também acima da propaganda oficial, criando um dever para o administrador de agir às claras e dar conta de sua atuação, não apenas de atos isolados ou de atividades que escolheu divulgar. É um dever permanente, a ser executado sempre que houver exigência legal, mas também sempre que solicitado pelo cidadão.

A publicidade, portanto, pressupõe um maior conhecimento das ações do Estado pela sociedade, indo além da simples publicação oficial ou propagandas de governo.

#### **2.4 Democracia e publicidade como forma de controle da Administração pelos cidadãos**

A publicidade se constitui como fator de fundamental importância para o fortalecimento de uma democracia, na medida em que abre caminho para uma maior participação popular e incentiva o controle social dos atos do Poder Público.

Conforme destaca Mello (2010, p. 114), um governo democrático não suporta a existência de “ocultamentos aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida”.

Ao revés: a democracia pressupõe e exige a participação popular, que somente se concretiza quando o povo tem conhecimento das atitudes que serão ou estão sendo tomadas em seu nome e em prol do interesse da coletividade.

Para Bobbio (1986) todas as decisões e atos dos governantes devem ser conhecidos pelo povo, sendo essa premissa um dos eixos do regime democrático, o qual o autor define como “o governo direto do povo ou controlado pelo povo” e indaga “e como poderia ser controlado se se mantivesse escondido?”.

Ainda acerca de publicidade e democracia, explica Bobbio (1986, p. 87):

---

<sup>6</sup> Em que pese o art. 37, § 1º da CF/88 mencione que “A *publicidade* dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social”, o que o texto constitucional efetivamente pretendeu foi falar em “propaganda”. Assim faz-se imperiosa uma leitura desse dispositivo que entenda o termo publicidade foi utilizado no sentido de propaganda.

Mesmo quando o ideal da democracia direta foi abandonado como anacrônico, com o nascimento do grande estado territorial moderno (mas também o pequeno estado territorial não é mais um estado-cidade), e foi substituído pelo ideal da democracia representativa — já perfeitamente delineado, exatamente em polêmica com a democracia dos antigos, numa carta de Madison a seus interlocutores —, o caráter público do poder, entendido como não secreto, como aberto ao "público", permaneceu como um dos critérios fundamentais para distinguir o estado constitucional do estado absoluto e, assim, para assinalar o nascimento ou o renascimento do poder público em público.

Lopes (2008, p. 50) entende que “o princípio da publicidade é condição essencial para consolidação e manutenção do Estado Democrático”, porque a publicidade possibilita o controle do poder por parte dos cidadãos e é exatamente de cidadãos bem informados, isto é, em condições de avaliar as condutas da Administração Pública, que a democracia precisa para ser bem exercida.

Compartilhando do mesmo entendimento Sundfeld (2009, p. 178) assevera que “a ampla publicidade no aparelho estatal é princípio básico e essencial ao Estado Democrático de Direito, que favorece o indispensável controle, seja em favor de direito individual, seja para a tutela impessoal dos interesses públicos”.

Ainda analisando a relação entre democracia e publicidade, Lopes (2008, p. 49) observa que “a mentira e a omissão são, para o poder, elementos que permitem melhor controlar a população. Ao dissimular e ocultar retira-se do povo o saber que poderia gerar insatisfação e uma mudança em sua postura passiva”.

Ocorre que a população é que deve controlar as condutas administrativas (e pode fazer, por exemplo, denunciando denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União, nos termos do art. 74, § 2º da CF/88), afinal todo o poder emana do povo. E se a mentira e a omissão obstruem o exercício da democracia, permitindo que o povo seja controlado, é certo que a verdade e a transparência possibilitam o controle do governo pela população.

Nesse sentido, Mello (2010, p. 85) destaca que “o princípio da publicidade impõe a transparência na atividade administrativa exatamente para que os administrados possam conferir se está sendo bem ou mal conduzida” e a partir daí poder controlar as atitudes da administração.

A real observância do princípio da publicidade como a regra possibilita a construção de uma sociedade mais interessada e participante nas condutas do Poder Público.

Bentham (2011, p. 81) defende que é imprescindível que os governados conheçam as condutas de seus governantes. De acordo com o autor:

Sob a orientação da publicidade, nada pode ser mais fácil. O público é colocado numa situação tal a ponto de poder formar uma opinião esclarecida, e o curso desta opinião é facilmente marcado. Sob o regime contrário, o que pode ser possível conhecer com certeza? O público continuará sempre falando e julgando acerca de tudo; ele julga, porém, sem informação, e mesmo fazendo uso de falsa informação; sua opinião, não estando fundamentada em fatos, é inteiramente diferente daquilo que deveria ser, do que seria, caso fosse fundada na verdade. (BENTHAM, 2011, p. 281)

Para o filósofo inglês, portanto, a transparência do governo com os cidadãos é o que proporciona o nascimento de um pensamento racional e crítico sobre as atitudes da Administração.

Por outro lado, o Poder Público só pode saber se a população está satisfeita ou não com as suas condutas se essa própria Administração for transparente com os administrados e revelar a todos, como regra, os seus atos e decisões.

A publicidade possibilita um caminho com fluxo em dois sentidos: do Estado para o cidadão e do cidadão para o Estado.

Entende-se por cidadão, neste trabalho, todos os administrados, isto é, todos aqueles a quem o Estado tem o dever de garantir os direitos fundamentais e a proteção necessária para se viver uma vida digna, inclusive com direito de participar no governo e de ser ouvido pela representação política. Tem-se o conceito de cidadão, portanto, como algo mais amplo do que apenas o indivíduo que é titular dos direitos políticos de votar e ser votado.

A partir do momento que o Estado cumpre o seu papel de devidamente informar os cidadãos sobre as suas condutas, nasce a possibilidade de os indivíduos participarem (se importarem, criticarem, elogiarem, exigirem mudanças, entre outros) com mais intensidade das ações da Administração Pública e, através dos mecanismos postos à utilização, modificar a conduta do Poder Público para que se aproxime do real interesse da coletividade.

Em verdade, somente quando a publicidade consegue operar nessas duas vias é que há real exercício da democracia e boa administração da *res publica*.

#### **2.4.1 Ciberdemocracia**

Na relação entre publicidade e democracia, é de destacar o surgimento do que se denomina ciberdemocracia. Sobre esta, Freire (2014, p. 50) leciona:

A ciberdemocracia consiste na transformação da democracia pelo uso de ferramentas e instrumentos da internet que ampliam a capacidade de expressão, manifestação e informação dos cidadãos, é, sobretudo, uma forma de democracia que relativiza os obstáculos à participação que emergiram com a representação.

A ciberdemocracia é, pois, consequência da facilidade de acesso à informação proporcionada pelo nascimento das novas tecnologias e ferramentas na *internet*.

O ambiente virtual, cada vez mais, se constitui como uma forma de interação e participação da sociedade na esfera pública, seja na busca de informações ou na fiscalização dos atos da Administração.

De fato, a *internet* está reinventando o fazer democrático, na medida em que proporciona o surgimento de ferramentas eficazes de participação popular, inclusive no que diz respeito à possibilidade de o cidadão, utilizando-se de espaços virtuais, colaborar com o Poder Público e acompanhar suas ações.

A *internet* ganha ainda destaque em relação aos outros meios de propagação de informações por permitir uma comunicação em tempo real entre vários interlocutores, de modo que logo que as ações são tomadas mostra-se possível levar ao conhecimento dos cidadãos.

Além disso, a resposta da sociedade às ações da Administração, no sentido de aprová-las, rejeitá-las ou de emitir sugestões para melhorá-la, também pode ocorrer quase que instantaneamente, o que fortalece a interação com o Poder Público e o exercício da democracia.

Nesse sentido, observa Freire (2014, p.54):

A grande diferença e potência da ciberdemocracia se encontra na capacidade de acumular informações, opiniões, interesses diversos e disponibilizar com acesso imediato e sem interferências a todos, esse espaço constitui um novo espaço público, o *commons*. Os novos territórios advindos da tessitura do uso da internet com os lugares, ou seja a virtualização imbricada ao espaço, ao lugar, ao cotidiano de forma mais radical, potencializa a internet em ferramenta transformadora.

Tem-se, portanto, que a ciberdemocracia promove a transparência das informações em um nível extremamente alto, exatamente por contar com recursos das tecnologias que promovem a ubiquidade e imediaticidade, a rápida e contínua transferência de informações e a consolidação de um grande banco de dados de informações públicas.

A partir do momento que os cidadãos conseguem obter as informações referentes às condutas do Poder Público através dos portais do Governo na *internet* - *sítios eletrônicos oficiais*, *páginas do facebook* - seja na esfera executiva, legislativa, judiciária, nacional, estadual ou municipal, passam a ser capazes de exigir mudanças de comportamentos, de manejar os instrumentos jurídicos adequados e de criticar de forma fundamentada os atos administrativos.

Trata-se de uma aproximação entre cidadãos e seus representantes que viabiliza a melhor gestão da coisa pública.

Daí porque se mostra imperioso que o Poder Público proporcione à sociedade a obtenção de dados e informações de seus atos de forma fácil e simples através da *internet*. Não pode o Estado atuar como se outros meios de informação, mais atrativos e efetivos que o Diário Oficial, não existissem, ao revés, deve manter-se atualizado, acompanhando o ritmo da evolução tecnológica, de forma a possibilitar cada vez mais a participação dos cidadãos.

## **2.5 Publicidade, transparência e dever/direito de informação**

Parte dos doutrinadores denomina o princípio da publicidade como princípio da transparência ou o identificam com o dever de transparência.

Nesse sentido, Mello (2010, p. 114) afirma que o princípio da publicidade consagra "o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos".

Martins Júnior (2012) por outro lado, defende ser a publicidade um subprincípio da transparência administrativa, a qual comporta a motivação, a participação popular e a publicidade.

Ser transparente em relação às condutas significa ser claro, não esconder segredos ou omitir fatos; permitir que os indivíduos conheçam com clareza o ato praticado ou em formação.

Compreende-se aqui que o princípio da publicidade implica no dever de transparência, ou seja, a transparência é consequência da boa observância do princípio da publicidade.

O Poder Público, portanto, em cumprimento ao princípio da publicidade deve sempre buscar a máxima transparência de seus atos; deve agir com transparência perante seus administrados, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo.

Tem-se também que o dever de informação, consagrado no art. 5º, XXXIII da CF/88 é um desdobramento do princípio da publicidade, vez que este possui como fator principal o objetivo de divulgar as ações realizadas pela Administração Pública em favor do interesse social.

A aplicação do princípio da publicidade possibilita exatamente o acesso à informação pelos cidadãos, que se constitui como um dever perante a Administração Pública e um direito perante a sociedade.

Não há como existir direito de informação sem obediência ao princípio da publicidade nem o contrário; publicidade e informação percorrem em conjunto o caminho da transparência das condutas administrativas.

A informação, notadamente no século XXI, é instrumento de poder que o povo tem e quando esta é negada ao cidadão há afronta, inicialmente, ao princípio da publicidade e, mais adiante, ao próprio interesse público.

Noutro sentido, conforme observam Sérgio e Daniela Cademartori (2011) o segredo também é instrumento de poder, mas do governo, que o utiliza como prática de dominação política da sociedade quando se oculta (não mostra o que faz) perante esta, de modo que o sigilo da Administração deve ser ao máximo evitado.

Destaque-se, ainda, que quando as informações não são veiculadas, ou são transmitidas de maneira incorreta ou incompletas, o cidadão tem seu direito violado e a partir daí pode se valer de instrumentos constitucionais para garantir seu acesso à informação, como o mandado de segurança, estampado no art. 5º, LXIX<sup>7</sup> da CF/88 e o *habeas data*, exposto no art. 5º, LXXII<sup>8</sup> da CF/88.

### **2.5.1 Lei nº 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação)**

De acordo com o entendimento de Carvalho Filho (2015) a Lei nº 12.527/11 veio para dar concretude aos mandamentos constitucionais que tratam sobre o direito à informação.

De fato, a Lei nº 12.527/11 regula o acesso à informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da CF/88, além de ter revogado algumas leis e dar outras providências.

A referida lei é regulamentada pelo Decreto nº 7.724/12 e possui incidência sobre a Administração direta, indireta, entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes federativos e, no que for cabível, sobre as entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos similares, de acordo com os arts. 1º e 2º.

---

<sup>7</sup> Art. 5º (...) LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

<sup>8</sup> Art. 5º (...) LXXII - conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

Consoante o art. 3º, os procedimentos previstos na Lei nº 12.527/11 “destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública” e com observância de diretrizes fixadas pela própria lei.

Um das dessas diretrizes referem-se exatamente à “observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção” (art. 3º, I) e ao “fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública” (art. 3º, IV).

É inegável o fato de que este diploma legal busca efetivar o princípio constitucional da publicidade, na medida em que objetiva a maior transparência das atividades da Administração Pública.

No intuito de facilitar a garantia à informação, a Lei nº 12.527/11 ordena que esta seja prestada “mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão” (art. 5º).

Tecendo comentários acerca da Lei nº 12.527/11, Carvalho Filho (2015, p. 27-28) explica sobre as transparências passiva e ativa:

No sistema da Lei de Acesso, foram contempladas duas formas de publicidade. A primeira foi denominada de *transparência ativa*, marcada pelo fato de que as informações são transmitidas *ex officio* pela Administração, inclusive pela referência nos respectivos sítios eletrônicos. A segunda chama-se *transparência passiva*, caracterizando-se pelo procedimento em que o interessado formula sua postulação ao órgão que detém a informação.

A Lei de Acesso à Informação por si mesma é clara e detalha bem o todo o procedimento de acesso à informação, no capítulo III, desde o pedido de acesso até os recursos eventualmente existentes.

Chama atenção o texto do art. 9º da Lei nº 12.527/11 por prever a criação de serviço de informações ao cidadão e a realização de audiências ou consultas públicas como formas a ser assegurada a informação:

Art. 9º O acesso a informações públicas será assegurado mediante:  
I - criação de serviço de informações ao cidadão, nos órgãos e entidades do poder público, em local com condições apropriadas para:  
a) atender e orientar o público quanto ao acesso a informações;  
b) informar sobre a tramitação de documentos nas suas respectivas unidades;  
c) protocolizar documentos e requerimentos de acesso a informações; e  
II - realização de audiências ou consultas públicas, incentivo à participação popular ou a outras formas de divulgação.

Em verdade, todo o texto legal é bem elaborado, a fim de que a prestação de informações seja a mais efetiva possível, garantindo-se ao indivíduo o direito de obter as



informações que deseja sem enfrentar burocracia e sem a necessidade de motivação específica para tanto.

A Lei de Acesso à Informação, visando ainda fortificar a garantia de acesso à informação, previu sanções disciplinares a servidores que lhe ofendam as disposições (art. 33) e também isentou qualquer servidor de responsabilidade civil, penal ou administrativa pela iniciativa de cientificar as autoridades superiores a respeito de fato que tenha implicado a prática de crimes ou atos de improbidade, de que tenha conhecimento, mesmo que este decorra do exercício de cargo, emprego ou função (art. 44).

A Lei nº 12.527/11 também prevê algumas restrições de acesso à informação, que se revelam importantes para a segurança da sociedade ou do Estado.

### ***2.5.2 Exceções à publicidade***

O princípio da publicidade, como qualquer princípio, não é absoluto e irrestrito, de modo que pode ser mitigado quando, num caso concreto, colidir com outros interesses.

Os princípios não podem ser mesmo tidos como absolutos, pois, como normas, pertencem a um ordenamento jurídico e devem com ele estar em harmonia.

De fato, o sistema jurídico é informado não por apenas um princípio, mas pela ponderação de vários deles, não podendo existir a prevalência absoluta de um princípio sobre os demais, sob risco de afronta à própria essência de ordenamento jurídico.

Ademais, conforme destaca Carvalho Filho (2015), o princípio da publicidade não pode deixar de ser harmonizado com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, caso contrário práticas abusivas serão exigidas da Administração.

Assim sendo, embora a publicidade dos atos constitua-se como a regra (e seria completamente descabido se, num governo democrático, o segredo se constituísse como a regra e a publicidade das informações como a exceção), o sistema jurídico impõe algumas exceções, tendo em vista os eventuais riscos que podem ser causadas diante da divulgação de certas informações.

Nesse sentido, a própria Constituição Federal de 1988, no art. 5º, XXXIII, resguarda o sigilo de informações quando se revela indispensável à segurança da sociedade e do Estado, hipóteses que mostram amplas, indeterminadas e que, exatamente por essa razão, devem ser minuciosamente analisadas antes de sua realização, sob pena de cometimento de arbitrariedades.

O inciso LX do art. 5º também autoriza à lei “restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social assim o exigirem”.

De igual modo o art. 93, IX da CF/88, que impõe publicidade de todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, autoriza a lei a “limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes” para preservação do direito à intimidade. Também o art. 189, I do Novo Código de Processo Civil estabelece que os atos processuais são públicos, todavia, tramitam em segredo de justiça os processos em que o exija o interesse público ou social.

Percebe-se que a CF/88 protege o direito à intimidade do interessado e a segurança da sociedade e do Estado diante de certos casos, considerando-os prevalentes sobre o princípio do interesse público à informação. Em outras palavras, a própria Constituição previu os conflitos de princípios e enunciou a ponderação entre eles.

De forma similar faz a Lei nº 12.527/11 ao estabelecer restrições de acesso à informação, notadamente em seu art. 23, a seguir colacionado para melhor compreensão:

Art. 23. 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 estratégicos 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.

Tais informações sigilosas, “observado o seu teor e em razão de sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado”, são classificadas em três grupos: ultrassecretas, secretas e reservadas, as quais possuem prazo máximo de restrição de até vinte e cinco, quinze e cinco anos, respectivamente, a partir da produção do dado a ser informado, nos termos do art. 24, caput e § 1º da Lei de Informação.

Destaque-se que, conforme art. 28, a classificação da informação em qualquer dos três grupos deve ser formalizada em decisão que contenha, no mínimo, o assunto sobre o qual versa a informação (inc. I), o fundamento da classificação (inc. II), indicação do prazo de

sigilo, contado em anos, meses ou dias, ou do evento que defina o seu termo final (inc. III) e a identificação da autoridade que a classificou (inc. IV).

A classificação das informações deve ser reavaliada pela autoridade competente, por provocação ou de ofício, com vistas à sua desclassificação ou à redução do prazo de sigilo, nos termos e prazos previstos em regulamento (art. 29).

Ademais, a Lei nº 12.527/11 preceitua que o acesso, a divulgação e o tratamento de informação sigilosa devem ser restritos a pessoas que tenham necessidade de conhecê-la, credenciadas na forma do regulamento, “sem prejuízo das atribuições dos agentes públicos autorizados por lei”, nos termos do art. 25, §1º.

Frise-se que se tratam de restrições à informação e não de segredos, ocultamentos absolutos, o que justifica o mandamento do art. 24, § 4º de que, após transcorrido o prazo de classificação ou alcançado o evento que defina o seu termo final, a informação deve se tornar, automaticamente, de acesso público.

Nesse sentido, a Lei nº 12.527/11 também prevê, no art. 30, que anualmente deve ser publicado em sítio à disposição na internet e destinado à veiculação de dados e informações administrativas o rol das informações que tenham sido desclassificadas nos últimos doze meses, o de documentos classificados em cada grau de sigilo, com identificação para referência futura e o relatório estatístico contendo a quantidade de pedidos de informação recebidos, atendidos e indeferidos, bem como informações genéricas sobre os solicitantes.

É de se questionar, entretanto, a duração dos prazos estabelecidos pela Lei de Acesso à Informação como necessários ao sigilo da informação (até 25, 15 ou cinco anos, a depender do caso).

Nesse sentido, Sérgio e Daniela Cademartori (2011, p. 340), criticam a edição de normas protetivas da classificação documental com prazos cada vez mais longos de desclassificação, afirmando que “esse é um obstáculo que deverá ser derrubado como condição para que a sociedade conheça a sua história e, conhecendo-a, possa participar do processo democrático de forma efetiva”.

De qualquer modo, a transparência apresenta-se hoje como imposição do Estado Democrático de Direito e a Lei nº 12.527/11 representa um avanço significativo no direito/dever de informação, notadamente por ter a observância da publicidade como preceito geral e o sigilo como exceção (art. 3º, I) e por pretender fomentar o desenvolvimento da cultura de transparência na Administração Pública (art. 3º, IV).

De fato, o que a Lei de Acesso à Informação se propõe a fazer é desenvolver na Administração Pública e demais entidades privadas prestadoras de serviço público e

controladas pelos entes federativos uma cultura de transparência, de cumprimento do princípio da publicidade.

Com efeito, o que não é se pode mesmo admitir é que a Administração se comporte como se um particular fosse, escondendo as informações sobre seus atos, envolvendo-se em procedimentos imunes a qualquer publicidade e controle.

Sob esse prisma, deve ser analisado com cuidado o uso da arbitragem pela Administração Pública como meio de resolução de controvérsias, pois a via arbitral costuma se desenvolver com a presença de confidencialidade, o que pode configurar uma afronta ao princípio da publicidade.

Faz-se imperioso, portanto, estudar o sigilo na arbitragem, avaliando se nos procedimentos arbitrais que envolvem o Poder Público a confidencialidade pode existir, convivendo com o princípio da publicidade, ou se deve ser suprimida, por significar um obstáculo ao dever de transparência e a possibilidade de controle dos atos da Administração.

### 3 ARBITRAGEM: ASPECTOS GERAIS E OS ELEMENTOS DA CONFIDENCIALIDADE E PRIVACIDADE

Há muito se discute sobre as deficiências do Poder Judiciário, no sentido de que este, muitas vezes, não consegue atender de modo satisfatório os anseios dos que o procuram para solucionar certa controvérsia ou ter garantido determinado direito.

Não há uma única razão para isso, mas vários motivos, entre eles estão: quantidade exorbitante de processos que são diariamente propostos no Judiciário, além dos já em curso; defasado número de servidores (técnicos, analistas, oficiais de justiça, juízes) para acolher a esta grande demanda de forma eficaz; limitado conhecimento para lidar com causas complexas que exijam qualificação específica, mais atenção e tempo de análise sobre um mesmo processo; pouca contribuição das partes envolvidas (principalmente quando a demora do processo repercute em benefício para uma das partes), dentre outros fatores.

Um dos principais obstáculos ao funcionamento eficiente do Poder Judiciário, no entanto, deriva do pensamento ainda enraizado na sociedade de que os conflitos devem necessariamente perpassar pelo crivo do Judiciário para serem solucionados. Assim, muitas demandas que lá estão em verdade poderiam ser resolvidas de outra maneira, sem a intervenção obrigatória do Estado.

Neste cenário, faz-se imprescindível o incentivo e a utilização de métodos alternativos de solução de litígios, principalmente pelo Estado, que é um dos maiores litigantes da atualidade. Meios alternativos<sup>9</sup> à via judicial, a qual deve ser acionada apenas se os outros caminhos não obtiverem êxito ou se o conflito não puder ser resolvido sem a intervenção estatal.

Para tanto, existem, por exemplo, a conciliação, a mediação e a arbitragem. Nas duas primeiras, métodos autocompositivos, o conflito é solucionado pelas próprias partes envolvidas, sem a presença de um terceiro imparcial que impõe sua decisão, e na última, assim como na via judicial, métodos heterocompositivos, um terceiro é quem resolve impositivamente o litígio.

---

<sup>9</sup> Numa concepção mais moderna, os doutrinadores tratam de métodos *adequados* de solução de controvérsias, à medida que se compreende que há diversas modalidades de conflitos e que para cada tipo de litígio há um método de solução mais adequado para resolvê-lo. Dessa maneira, tem-se que nem todas as controvérsias precisam, necessariamente, serem analisadas por um juiz. De igual modo, existem conflitos que, por suas peculiaridades, não conseguem ser solucionados por outras vias, como a conciliação ou a mediação.

A utilização da arbitragem pela Administração Pública como método de resolução de controvérsias já enfrentou diversos obstáculos, como a falta de expressa autorização legal e a contrariedade à princípios básicos do direito público.

Com a modificação da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) em 2015 pela Lei nº 13.129/15, entretanto, um dos maiores desafios atualmente é a observância do princípio da publicidade na via arbitral, principalmente porque o sigilo geralmente está presente nos procedimentos arbitrais.

Diante de tal cenário, mostra-se fundamental um estudo sobre a confidencialidade na arbitragem. Antes, porém, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca da arbitragem para melhor compreensão desse instituto.

### **3.1 Panorama da arbitragem**

A arbitragem é um método de solução de litígios em que os próprios envolvidos elegem outro indivíduo para solucionar o conflito existente.

Nesse sentido, explica Amaral (2012, p. 33):

A arbitragem constitui meio alternativo e facultativo de solução de controvérsias, por meio do qual as partes – no âmbito da autonomia da vontade – investem um ou mais particulares de poderes para solucionar litígio que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis, cuja decisão se equipara à judicial e se reveste da garantia constitucional da coisa julgada material (CF/88, art. 5º, XXXVI)

A arbitragem é, portanto, um meio heterocompositivo de resolução de controvérsias, na medida em que um terceiro impõe a solução para o conflito, igualmente ao procedimento judicial. Difere, contudo, da via estatal porque o árbitro – ou a instituição arbitral -, ao contrário do juiz, é previamente eleito pelas partes litigantes.

Também diferentemente do processo judicial, a arbitragem não pode ser utilizada para resolver qualquer tipo de demanda, nem pode ser usada por toda pessoa, devendo antes a matéria e o indivíduo conflituosos passarem pelo crivo da arbitrabilidade.

#### ***3.1.1 Arbitrabilidade***

A arbitrabilidade é a análise das condições do conflito que permite afirmar se a controvérsia pode ou não se submeter à arbitragem. É espécie de estudo de admissibilidade do litígio à arbitragem. Nesse contexto, a arbitrabilidade é estudada sob duas perspectivas: subjetiva e objetiva.

A arbitrabilidade subjetiva refere-se a quem pode se submeter à arbitragem para ter resolvido seu conflito.

Nos termos da Lei de Arbitragem - LA, as pessoas capazes de contratar podem fazer uso da arbitragem. A capacidade exigida é a capacidade civil, necessária para a celebração de um negócio jurídico.

O Estado é pessoa capaz de contratar (e realiza diariamente diversos contratos), porém a ideia de que o Poder Público não poderia utilizar-se da arbitragem para resolver as controvérsias decorrentes de seus contratos perdurou por muito tempo.

Com efeito, somente após as alterações trazidas pela Lei nº 13.129 de 2015, a Lei de Arbitragem passou a expressamente permitir que a Administração Pública direta e indireta utilize a arbitragem (art. 1º, § 1º da LA), embora outras legislações já sinalizassem nesse sentido, como a Lei de Concessões Públicas (Lei nº 8.987/85) e a Lei das PPP's (Lei nº 11.079/04).

Por sua vez, a arbitrabilidade objetiva diz respeito a qual tipo de matéria pode ser julgada em sede arbitral.

Nesse sentido, a Lei de Arbitragem, no art. 1º, traz a exigência de que o objeto do litígio posto em discussão seja relativo a direitos patrimoniais disponíveis.<sup>10</sup>

Tem-se, assim, que nem todo tipo de conflito pode ser levado à arbitragem, pois esse mecanismo somente pode cuidar de litígios inerentes a direitos patrimoniais disponíveis.

Analisando o conceito de disponibilidade, Carmona (2004, p. 56) leciona que “(...) um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência”.

Do mesmo modo, Salles (2011) entende que indisponíveis são os direitos que além não se submeterem exclusivamente à vontade das partes, possuem diferenciada proteção institucional a bem de sua efetividade.

Assim, inicialmente a disponibilidade de direitos se relaciona com a suscetibilidade de um bem ou direito ser livremente negociado.

Em relação à Administração Pública, ao contrário do que por muito tempo se defendeu, nem todos os direitos são indisponíveis.

Com efeito, aqueles inerentes às atividades de cunho gerencial e que se relacionam com aspectos contratuais podem ser considerados disponíveis, isto é, negociáveis, sem que haja afronta ao interesse público.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> De igual modo, o Código Civil de 2002, no art. 852, permite a instituição do compromisso judicial ou extrajudicial para resolver litígios entre pessoas que podem contratar, vedando, contudo, o compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

Além do aspecto da “negociabilidade”, a disponibilidade também é ser analisada como a faculdade de a controvérsia não ser submetida à justiça estatal, isto é, a possibilidade de as partes terem o litígio resolvido não pelo judiciário, mas sim por árbitros, escolhidos pelas próprias partes ou sob seus critérios.

Por esse prisma, a disponibilidade vincula-se à capacidade de dispensar a intervenção da justiça estatal para solução do conflito.

Nesse sentido, tem-se o “princípio da não necessidade de intervenção jurisdicional”, desenvolvido por Eduardo Talamini (2005a), segundo o qual nem todos os litígios precisam obrigatoriamente ser submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

No tocante à patrimonialidade, tem-se que os direitos patrimoniais são aqueles passíveis de valoração pecuniária ou dos quais é possível extrair-se alguma utilidade econômica. O requisito é atendido, portanto, quando o objeto do interesse em litígio se reveste de caráter econômico.

Nesse sentido, mostra-se plenamente possível o uso da arbitragem pela Administração Pública para resolver questões atinentes a reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos e inexecução contratual, por exemplo.

Ressalte-se, outrossim, que para ser submetida à arbitragem a demanda deve versar sobre direitos disponíveis e, ao mesmo tempo, patrimoniais, não sendo suficiente o atendimento a apenas um dos requisitos.

### ***3.1.2 Convenção arbitral***

Ultrapassado o exame da arbitrabilidade, as partes litigiosas que desejam ter seu conflito solucionado pela via arbitral devem firmar convenção arbitral.

A convenção arbitral é o ato jurídico privado que permite a instauração da arbitragem, ou seja, é o acordo das partes em submeter seus litígios à arbitragem, e pode se manifestar de duas formas: cláusula compromissória (ou arbitral) ou compromisso arbitral.

A convenção é, pois, o gênero do qual se extraem as duas espécies supramencionadas, as quais se distinguem pelo momento em que a convenção é negociada.

Nesse sentido, a cláusula compromissória é parte integrante de um determinado contrato, estabelecendo a convenção antes do surgimento do litígio entre as partes. Desse

---

<sup>11</sup> Para uma análise mais detalhada sobre a disponibilidade de direitos e o interesse público a ser perseguido pela Administração Pública confira-se a obra “Arbitragem e poder público”, coordenada por Cesar A. Guimarães Pereira e Eduardo Talamini.



modo, antes mesmo da existência do conflito, os envolvidos já acordam que irão resolver eventual controvérsia através da arbitragem.

Já o compromisso arbitral é o instrumento pelo qual as partes, após o nascimento do conflito, convencionam a arbitragem como método de solução do litígio, isto é, os envolvidos somente acordam em resolver seu conflito por meio de arbitragem depois que o conflito nasce.

### ***3.1.3 Sentença arbitral***

Instaurada a arbitragem, as partes desejam que o árbitro expresse o comando que decidirá o litígio, isto é, que profira a sentença arbitral.

A Lei de Arbitragem inaugurou no sistema jurídico brasileiro a expressão “sentença arbitral”, pois até então a decisão proferida pelos árbitros era denominada “laudo arbitral”, reservando-se a nomenclatura “sentença” apenas para a esfera judicial.

A LA também inovou ao pôr fim a necessidade de homologação das decisões arbitrais pelo Poder Judiciário, conferindo maior segurança e celeridade à arbitragem.

Além de não precisar de homologação pelo Judiciário, a sentença arbitral não se sujeita a recursos, contudo, as partes podem interpor uma espécie de embargos de declaração, para correção de erros materiais, esclarecimento de alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral ou pronunciamento sobre omissões.

Caso o árbitro não decida todos os pedidos submetidos à arbitragem na sentença proferida, os envolvidos também podem ingressar em juízo para requerer a complementação da sentença arbitral.

Podem, ainda, as partes pleitearem ao Judiciário a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos na LA, por exemplo, se for nula a convenção de arbitragem; se emanada por quem não podia ser árbitro ou proferida fora dos limites da convenção de arbitragem (art. 32, I, II e IV, respectivamente).

Se o Poder Judiciário declarar a nulidade da sentença arbitral a depender do caso o árbitro ou o tribunal deve proferir nova sentença.

Ademais, a sentença do árbitro deve ser proferida no prazo acordado pelas partes e caso essas nada tenham convencionado o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. Destaque-se, outrossim, que a sentença arbitral se constitui como título executivo judicial, nos termos do art. 23 da LA e do art. 515, VII do CPC/15, de modo que não precisa ser homologada pelo Poder Judiciário para ter validade.

### **3.1.4 Arbitragem e Poder Judiciário**

Ao contrário do que pode parecer, a arbitragem não é a solução para os problemas do Poder Judiciário, nem tem o objetivo de extinguir a prestação jurisdicional estatal.

Isso porque a arbitragem está apta a resolver apenas determinadas categorias de litígios e não qualquer tipo de conflito.

É dizer: a arbitragem só é adequada para uma fração dos conflitos existentes, precisamente aqueles que versam sobre direitos patrimoniais disponíveis, de modo que as outras controvérsias ainda poderão ser objeto do Poder Judiciário, caso não consigam ou não possam ser solucionados por outros caminhos (conciliação, mediação, dentre outros).

Em verdade, muitas vezes, a arbitragem necessita do auxílio do Poder Judiciário. E precisa de um Judiciário sadio e em bom funcionamento.

Nesse sentido, esclarece Amaral (2012, p. 29):

A crise do sistema judicial é prejudicial à arbitragem (...) na medida em que a ausência de poder de *imperium* pelo árbitro e o eventual ajuizamento de ação anulatória da sentença arbitral exigirão um Judiciário eficiente para resolver essas situações de forma adequada.

Com efeito, embora o desejável seja que as partes obedeçam espontaneamente a sentença arbitral, afinal a arbitragem foi consensualmente eleita por elas, caso haja descumprimento da decisão somente o Judiciário pode executar o comando contido na sentença arbitral, valendo-se de força, se necessário.

Faz-se imperiosa a intervenção judicial também em casos como o de sentença arbitral nula, em que compete ao Judiciário declarar a nulidade e determinar a elaboração de nova sentença, ou incompleta, em que o comando judicial é para a complementação.

Em resumo: uma eventual deficiência do Poder Judiciário prejudica as atividades regulares da arbitragem, impedindo, ainda, uma adequada resolução do litígio.

Destarte, arbitragem e processo judicial não são conflitantes; não podem estar (e não estão) em conflito ou competição. Ao revés, devem essas duas vias, na medida do possível, caminharem juntas e servirem de auxílio uma para a outra para garantirem maior efetividade à resolução dos litígios.

### **3.1.5 Vantagens e desvantagens da arbitragem**

A arbitragem precisa ser de alguma maneira atraente a ponto de os indivíduos desejarem fazer uso dela, isto é, faz-se necessário que a arbitragem, como via de solução de

conflitos, traga benefícios às partes que não existem, ou existem sob menor grau, nas outras formas de resolução de controvérsias.

Dito de outro modo, o procedimento arbitral deve possuir benefícios que justifiquem as pessoas, físicas ou jurídicas, optarem por ele ao invés de irem ao Poder Judiciário, por exemplo.

De modo geral os doutrinadores apontam como benefícios da arbitragem: a possibilidade de escolha dos árbitros, a especialização no tema do litígio, a possibilidade de escolha da lei a ser aplicada e de julgamento por equidade, a celeridade, a flexibilidade do procedimento, o custo e a confidencialidade.

Por outro lado, o custo da arbitragem também pode ser apontado como uma desvantagem, assim como a inexistência de prerrogativas da Fazenda Pública (sob a ótica da Administração).

Em relação à possibilidade de escolha dos árbitros, tem-se que na arbitragem as partes podem escolher o árbitro, ou árbitros, (sempre em número ímpar, nos termos do art. 13, §1º da Lei nº 9.307/96), que irá julgar a causa, de modo que elas podem eleger alguém em que confiem e sentem segurança para resolução do litígio.

A possibilidade de escolha do julgador proporciona aos envolvidos a eleição de alguém com conhecimento específico/técnico da matéria, capaz de decidir o conflito da forma mais adequada.

Normalmente as partes, de comum acordo, elegem um árbitro para resolver o conflito, ou então cada parte escolhe um árbitro e o terceiro é indicado pelos árbitros eleitos pelas partes, ou ainda, no caso de contratação de Tribunal/Câmara arbitral, essa escolhe o terceiro árbitro.

Importa destacar que, conforme observa Amaral (2012) a possibilidade de escolha do árbitro pelas partes não acarreta a sua parcialidade, isto é, a função do árbitro não é defender o interesse da parte que o indicou, mas conduzir o procedimento com competência, imparcialidade e independência, assegurando um julgamento justo e adequado.

No tocante ao benefício da celeridade, o procedimento arbitral costuma ser mais rápido do que o processo judicial porque este comporta a presença de vários recursos, o que não existe na via arbitral, além da tradicional lentidão no julgamento das demandas.

Em verdade, o próprio fato de as partes poderem escolher um árbitro com conhecimento específico/técnico da matéria litigiosa proporciona uma maior celeridade no desenvolvimento da arbitragem.

Ademais, destaca-se ainda o fato de que, em regra, as partes podem estipular um prazo para que a sentença arbitral seja proferida, ou seja, podem praticamente ditar o tempo de duração da arbitragem que obviamente, será maior ou menor a depender da complexidade da matéria. Caso as partes não convençionem, o prazo para apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro, nos termos do art. 23 da Lei de Arbitragem – LA.

Quanto à vantagem da flexibilidade, tem-se que essa opera no fato de que as próprias partes podem decidir o curso do procedimento, ou permitir que o árbitro/tribunal decida, ou ainda eleger o procedimento de alguma instituição, nos termos do art. 21 da LA.

A flexibilidade, portanto, distingue bastante a arbitragem do processo judicial, uma vez que neste, na maioria das vezes, as partes não possuem liberalidade para decidir sobre o procedimento a ser seguido (prazos, recursos); na via judicial a regra é a indisponibilidade do processo.

Observe-se que caso as partes não alcancem um consenso quanto ao procedimento, caberá ao árbitro ou tribunal arbitral decidir a esse respeito (art. 21, §1º da LA)

Destaque-se, outrossim, que embora seja possível essa maleabilidade do procedimento arbitral, este deve sempre observar o princípio constitucional do devido processo legal, sob pena de anulação da sentença arbitral.

A arbitragem também permite que as partes escolham as regras que serão aplicadas para resolver o seu litígio, bem como se a arbitragem será de direito ou por equidade (art. 2º da LA).

Nesse sentido, os envolvidos podem escolher tanto a lei material aplicável para a resolução do litígio, como a lei processual que regerá o procedimento, bem como optar pelo julgamento do conflito por equidade.

Quando a Administração Pública, no entanto, for uma das partes da arbitragem o julgamento por equidade não pode ocorrer, em respeito ao princípio da legalidade, insculpido no art. 37, *caput*, da CF/88.

Em relação ao custo da arbitragem, esse nem sempre se constitui como uma vantagem a respaldar a sua escolha como método de resolução de conflito. Em verdade, dependendo das partes, o custo pode se configurar como uma desvantagem.

Isso porque as despesas judiciais, algumas vezes, mostram-se insignificantes diante dos custos com a remuneração de árbitros, pagamento de instituição arbitral, entre outros, que costumam tornar a arbitragem cara.

Em consulta à tabela de custas e honorários da Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo, nota-se que uma arbitragem administrada por tal instituição, conduzida por três árbitros e com valor da causa de até cem mil reais, não sairá por menos de R\$ 43.000,00 (quarenta e três mil reais).<sup>12</sup>

Por outro lado, as demais peculiaridades da arbitragem podem compensar o alto preço e criar uma boa relação custo-benefício para os envolvidos.

A ausência das prerrogativas processuais que a Fazenda Pública possui no processo judicial, como a contagem de prazo em dobro e as hipóteses de remessa necessária, também pode se configurar com uma desvantagem (sob o ponto de vista da Administração Pública), pois esses privilégios não se aplicam na via arbitral.

Por outro lado, sob a perspectiva do particular, a falta de prerrogativas estatais traduz-se como uma vantagem, pois na da arbitragem o Estado e o particular estarão no mesmo patamar.

Outra vantagem da arbitragem é em relação à confidencialidade. Esta se refere à possibilidade de as partes, consensualmente, restringirem a publicidade da arbitragem, ou seja, a existência da arbitragem, o procedimento, o custo, os documentos e informações, a sentença arbitral, entre outros, podem não ser alcançados pela publicidade se os envolvidos na arbitragem assim o desejarem.

Em verdade, a Lei de Arbitragem não contém dispositivo que, expressamente, regule a possibilidade de confidencialidade. O que a LA prevê é apenas que no desempenho de suas funções o árbitro deve agir com discricção (art. 13, § 6º).

Todavia, mesmo não regulamentada legalmente no Brasil, a confidencialidade na arbitragem é um costume internacionalmente reconhecido e demasiadamente reivindicado por quem utiliza a via arbitral.

Nesse sentido, as câmaras e tribunais arbitrais brasileiros e internacionais costumam apontar a confidencialidade como uma das maiores vantagens da arbitragem.

Quando a arbitragem se desenvolve entre dois particulares não há obstáculos para que a confidencialidade prospere, pois o procedimento arbitral como um todo e a sentença produzem efeitos somente entre os particulares, os quais livre e consensualmente optaram pela arbitragem e pela presença da confidencialidade.

Todavia, quando a Administração Pública é parte na arbitragem é preciso analisar mais a fundo o elemento da confidencialidade, a fim de se descobrir se ele pode ser

---

<sup>12</sup> Disponível em: <<http://www.camaradearbitragemsp.org.br/index.php/pt-BR/tabela-de-custas/4-principal/principal/129-tabela-de-custas-2013>> Acesso em: 14 fev. 2016.

harmonizado com o princípio da publicidade, norteador das condutas do Poder Público, ou se deve ser eliminado nesse tipo de arbitragem.

### 3.2 O sigilo na arbitragem

Um dos grandes atrativos da arbitragem refere-se à possibilidade de confidencialidade de seu procedimento.

Com efeito, a confidencialidade é elemento internacionalmente conhecido e valorizado pelas partes que elegem a arbitragem como método para resolução de conflitos. Nesse sentido Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional – UNCITRAL afirmou em suas *Notes on Organizing Arbitral Proceedings* que “é amplamente visto que a confidencialidade é uma das vantagens e recursos úteis da arbitragem” (tradução livre)<sup>13</sup>.

As instituições arbitrais também costumam destacar em seus regulamentos a confidencialidade como uma das vantagens do processo arbitral frente ao estatal. É o que fazem, por exemplo, a Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo (item 6.2)<sup>14</sup> e do Centro de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio (item 18.1)<sup>15</sup>.

Tem-se que, no âmbito privado, os indivíduos e as empresas precisam resolver litígios atinentes a segredos de negócios - que envolvem questões de estratégia de mercado, de clientes, de tecnologia, de sistemas, fórmulas de produtos, entre outros - de forma sigilosa.

Isso porque se esses assuntos forem amplamente divulgados podem ser conhecidos pelas empresas concorrentes e, eventualmente, arruinar os negócios da que resolveu fazer uso da arbitragem.

Nesse sentido, afirma Salles (2011, p. 55):

A preferência por procedimentos sigilosos é facilmente compreensível. Visam a preservar as partes e seus interesses do conhecimento público. A existência de uma disputa e a divulgação de suas peculiaridades pode atingir a reputação de uma pessoa ou empresa e prejudicar-lhe os negócios. Convém, portanto, mantê-la fora do conhecimento geral, impedir que uma desavença, muitas vezes pontual, tenha repercussão negativa sobre o interesse das partes. Por todas essas razões a confidencialidade tem prevalecido nas práticas arbitrais (...).

---

<sup>13</sup> No original: It is widely viewed that confidentiality is one of the advantageous and helpful features of arbitration.

<sup>14</sup> “6.2 O processo arbitral é sigiloso e confidencial sendo vedado às partes, aos árbitros, aos membros da Câmara e às pessoas que tenham participado no referido processo, divulgar informações a ele relacionadas.”

<sup>15</sup> “18.1 Salvo acordo entre as Partes ou decisão do Tribunal Arbitral em sentido contrário, o procedimento arbitral é sigiloso, sendo vedado a todos os membros do Centro de Arbitragem e Mediação AMCHAM, aos árbitros, às Partes e a quaisquer outros eventualmente envolvidos divulgar quaisquer informações a ele relacionadas, salvo mediante autorização escrita de todas as Partes.

No mundo dos negócios, portanto, o segredo traduz-se como uma necessidade para a manutenção das informações, vez que as notícias e dados sobre produtos, pesquisas, possibilidade de mercado, entre outros, provavelmente seriam utilizadas pelos concorrentes se estes pudessem ter acesso a tais dados, principalmente nos tempos atuais, em que a variedade e a facilidade dos meios de comunicação fazem com que as informações se espalhem cada vez mais rápido e, conseqüentemente, os efeitos, bons ou maus, dessas notícias podem ser sentidos quase que instantaneamente.

Assim, sem dúvidas, a confidencialidade proporcionada pela arbitragem é um fator bastante relevante na escolha desse método de solução de controvérsias, além dos outros benefícios da via arbitral, como a celeridade e a possibilidade de escolha do árbitro.

Por outro lado, a via judicial não consegue proporcionar às empresas e aos indivíduos o sigilo desejado no trato de suas controvérsias, pois na jurisdição estatal prevalece a publicidade do procedimento e das decisões.

Embora o sigilo seja extremamente comum na via arbitral, principalmente quando o conflito envolve apenas particulares, muitas discussões ainda são travadas acerca desse elemento, no sentido de se definir o que exatamente significa a confidencialidade na arbitragem: se é elemento essencial desse instituto, sem o qual a arbitragem não se configura, ou se é apenas uma vantagem posta à disposição das partes, mas que não necessariamente precisa estar presente.

As conclusões de tais discussões mostram-se importante para o uso da arbitragem pela Administração Pública e o conseqüente respeito ao princípio da publicidade, pois, ao menos à primeira vista, confidencialidade e publicidade parecem não conseguir conviver.

Outrossim, mostra-se necessário identificar, além da obrigatoriedade ou não da confidencialidade na arbitragem, o seu alcance, isto é, descobrir sobre quais atos e pessoas ela tem ingerência no procedimento arbitral. Nesse sentido, a doutrina especializada costuma distinguir confidencialidade e privacidade.

### ***3.2.1 Confidencialidade e Privacidade***

Na arbitragem, confidencialidade e privacidade não têm o mesmo significado, embora elas tenham sido tratadas como sinônimos neste trabalho até o presente momento.

Com efeito, a privacidade atinge terceiros, estranhos à arbitragem, impedindo que desta eles participem, enquanto que a confidencialidade tem alcance sobre os próprios envolvidos na arbitragem.

Sobre esta distinção, Pinto (2005, p. 29-30) leciona:

Já tivemos a oportunidade de analisar o conceito de confidencialidade como sendo a obrigação imposta às partes e aos árbitros e, em alguns casos, mencionados em regulamentos de instituições arbitrais, a terceiros que participem, de alguma maneira, direta ou indiretamente, de procedimentos arbitrais, de não divulgar ou publicar quaisquer dados, informações e quaisquer outros detalhes que tenham tomado conhecimento no curso daqueles. A privacidade, no entanto, refere-se à condução do próprio procedimento arbitral e à realização de seus atos. Em razão da privacidade conferida ao procedimento arbitral, dele somente poderão participar as partes, seus procuradores, os árbitros e aqueles que, por deliberação das partes e do tribunal arbitral, venham a ser chamados para dele participar. Em suma, a privacidade impede que estranhos ao procedimento dele participem ou assistam a quaisquer sessões do tribunal arbitral, diferentemente do que ocorre no processo judicial que é, por natureza e salvo exceções, público.

No mesmo sentido compreende Lemes (2004, p. 17):

A privacidade está relacionada com o local em que a arbitragem é processada e quanto à matéria discutida, no sentido de não permitir a presença de pessoas estranhas nas audiências. Por sua vez, o sigilo (confidencialidade), refere-se à sentença arbitral e aos documentos apresentados no processo, vinculando as pessoas que gerenciaram o processo, os árbitros, procuradores e até as partes.

Têm-se, portanto, que a privacidade é fator que impossibilita a participação de outros indivíduos, estranhos de todo modo ao conflito, nos atos da arbitragem, impedindo que estes assistam às audiências, que obtenham cópias dos autos na instituição arbitral, que questionem as partes e os árbitros a respeito dos atos praticados.

Já a confidencialidade é elemento que restringe a divulgação dos documentos, informações, decisões, sentença arbitral, entre outros, de maneira que eles sejam conhecidos apenas pelos envolvidos na arbitragem.

Seguindo esse raciocínio, Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2012) defendem que a confidencialidade é um dever imposto aos sujeitos da arbitragem (partes, árbitros, instituição arbitral, peritos, testemunhas) em relação a eles mesmos de guardar sigilo em relação às informações que obtiveram por estarem participando da arbitragem. Por sua vez, a privacidade é um direito das partes de manter estranhos distantes do conflito submetido à arbitragem, o que caracteriza a arbitragem como procedimento particular e privado.

Outrossim, sustentam os mesmos autores (2012, p. 234) que “(...) a privacidade decorre do caráter naturalmente particular e privado da arbitragem, da qual estranhos obviamente não fazem parte”, enquanto que “(...) a confidencialidade deriva de previsão legal ou convencional, a depender do que dispuser o ordenamento jurídico aplicável”.

A doutrina especializada costuma afirmar que a privacidade é inerente à arbitragem.

A denominação “inerente” pode conduzir a dois distintos entendimentos. No primeiro, ser inerente significa essencial, de modo que se afirmar que a privacidade é inerente



à arbitragem é dizer que sem ela a arbitragem não existe, ou seja, que a privacidade é obrigatória na via arbitral.

No outro entendimento, ser inerente significa estar presente implicitamente, sem que seja necessária lei ou convenção das partes dispendo sobre a privacidade.

De acordo, portanto, com o segundo significado de “inerente”, ausente qualquer disposição em contrário, a privacidade se configura como a regra na arbitragem, a qual se aplica automaticamente.

É sob a segunda acepção de “inerente” que a doutrina especializada caracteriza a privacidade na arbitragem.

Nessa esteira de pensamento, a privacidade é inerente à arbitragem, no sentido de que se aplica automaticamente ao procedimento.

Esclarecem Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2012, p. 260):

Em nosso sentir, a privacidade é conceito inerente à arbitragem, razão pela qual incide implicitamente em qualquer processo arbitral, salvo disposição expressa em sentido contrário das partes ou da lei aplicável à arbitragem. Na omissão das partes e da lei, há a natural aplicação da regra de privacidade.

Assim, quando as partes ou a lei não dispuserem o contrário, a privacidade estará presente na arbitragem, automaticamente.

Não se trata, portanto, de a privacidade ser obrigatória na arbitragem, de forma que sem ela o instituto não se configura, isto é, que sem privacidade a arbitragem não existe por não ser possível um procedimento arbitral com a participação de terceiros, estranhos de todo modo à controvérsia.

Trata-se de a privacidade ser uma regra implícita, decorrente do caráter particular da arbitragem, que somente não estará presente se a lei ou as partes determinarem o contrário.

Destarte, não se mostra acertado o entendimento de autores como Oliveira e Figueiroa (2015) de que a publicidade está em oposição somente à confidencialidade e não exatamente à privacidade.

Na realidade, além de se contrapor à confidencialidade – à medida que esta impede a divulgação de dados e informações relacionados à arbitragem – a publicidade também se contrapõe à privacidade, pois esta afasta a possibilidade de terceiros conhecerem ou participarem do processo arbitral, o que pode ser necessário quando a Administração Pública faz uso da arbitragem.

Outrossim, o posicionamento de Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2012) de que a confidencialidade é um dever dos sujeitos da arbitragem e que depende de previsão legal ou convencional expressa para existir, merece algumas reflexões.

Isso porque a confidencialidade não pode ser analisada apenas sob uma perspectiva, mas deve ser estudada sob o ponto de vista das partes, dos árbitros, da instituição arbitral, entre outros.

Nesse viés, faz-se importante analisar a confidencialidade diante das disposições da Lei nº 9.307/96.

### ***3.2.2 A confidencialidade na Lei nº 9.307/96***

Estabelece o § 6º do art. 13 da Lei de Arbitragem que “no desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”.

A partir do dever de discrição atribuído ao árbitro, parte dos doutrinadores sustenta que a Lei de Arbitragem impõe aos árbitros o dever de confidencialidade, de modo que estes devem resguardar as informações e documentos que tiveram acesso através da arbitragem, bem como devem manter sigilo quanto às decisões e sentença proferidas.

O entendimento de que a Lei de Arbitragem institui a confidencialidade aos árbitros como um dever, contudo, não parece o mais correto.

Decerto a discrição imposta aos árbitros inspira um comportamento sensato, reservado por parte destes, que pode até mesmo caminhar para um sigilo quanto às informações do procedimento arbitral, a depender do caso.

Todavia, afirmar que discrição significa confidencialidade parece um pouco exacerbado, mesmo que um não seja empecilho para o outro.

Exatamente por não estar prevista expressamente na LA, autores como Salles defendem que o que existe, em verdade, é uma “tendência à confidencialidade” e não propriamente um dever.

O procedimento arbitral tende a ser confidencial pelos interesses que estão em litígio e pela flexibilidade que as partes possuem em acordar muitas das regras da arbitragem.

Destaque-se que a previsão do art. 13, § 6º da Lei de Arbitragem tem incidência somente sobre os árbitros, não havendo regulamentação na LA referente às instituições arbitrais ou às partes propriamente ditas.

Quanto às instituições arbitrais, no entanto, deve se estender o dever de discrição e, eventualmente, de confidencialidade, uma vez que elas exercem funções equiparadas as do

árbitro, além de não fazer sentido resguardar somente os árbitros quanto às informações e dados obtidos na arbitragem. Nesse viés, a LA disse menos do que deveria ter dito.

Em relação às partes e auxiliares (peritos, testemunhas), do mesmo modo que a Lei de Arbitragem brasileira não estabelece expressamente a confidencialidade, também não a proíbe, possibilitando que os sujeitos assim disponham se for adequado e necessário ao caso na sua perspectiva.

A confidencialidade é, portanto, uma faculdade que as partes têm quando optam pelo procedimento arbitral, mostrando-se necessário que ela seja expressamente convencionada, uma vez que não há obrigação legal nesse sentido.

Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2012, p. 260) também defendem que a confidencialidade depende de acordo entre as partes:

Como se trata de restrição de direitos, a confidencialidade em relação às partes e aos terceiros partícipes somente pode ser exigida em decorrência do mais puro exercício da autonomia privada que marca a arbitragem, isto é, somente pode ser exigida a partir de expressa previsão convencional.

Aliás, nessa linha são os regulamentos de muitas instituições arbitrais quando após afirmarem o caráter sigiloso, confidencial da arbitragem, ressalvam que as partes poderão dispor de forma diversa, se for da sua vontade.<sup>16</sup>

Ressalte-se, outrossim, que a confidencialidade, quando convencionada, se estende ainda ao período pós-arbitragem, pois os sujeitos não podem se utilizar das informações colhidas durante a arbitragem em atividades diversas dela.

Nesse sentido, tem-se que a Lei de Arbitragem não impõe a confidencialidade aos árbitros, à instituição arbitral, às partes ou aos auxiliares (peritos, testemunhas), dependendo esta de expressa previsão convencional dos envolvidos para ser aplicada na arbitragem.

A confidencialidade não é elemento intrínseco à arbitragem. A ausência de convenção das partes sobre ela não impõe a sua existência e a arbitragem não precisa da confidencialidade para se constituir.

Ademais, a privacidade também não se apresenta como elemento obrigatório da arbitragem, pois os sujeitos ou a lei podem determinar a sua não inserção no procedimento arbitral.

---

<sup>16</sup> Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, item 14.1: “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.”

Em verdade, a confidencialidade e a privacidade são faculdades que os sujeitos possuem no procedimento arbitral, inclusive bastante utilizadas diante da natureza dos litígios levados à via arbitral.

Assim, em que pese a privacidade e a confidencialidade representem ativos valiosos para a arbitragem em geral, esses dois elementos não impossibilitam que a publicidade opere na via arbitral, pois não precisam necessariamente estar presentes na arbitragem.

A legislação ou as partes podem eliminar confidencialidade e a privacidade, sem que isso desnaturalize a arbitragem.

Outrossim, atualmente já se percebe uma evolução na tendência de flexibilizar esses elementos, sem que o instituto da arbitragem seja desqualificado, em prol da transparência nos procedimentos arbitrais.

Isso porque uma maior transparência da arbitragem além de proporcionar um maior alcance das decisões proferidas – o que pode ser vantajoso para as partes e até mesmo para os árbitros, também possibilita a responsividade (*accountability*) das instituições e agentes públicos no uso da via arbitral.

Sobre o tema, detalham Oliveira e Figueiroa (2015, p.2):

Em franca evolução, todavia, uma tendência de modulação dos efeitos da confidencialidade na arbitragem em geral. As preocupações internacionais com a regra da confidencialidade identificaram uma necessidade de aprimoramento do próprio instituto da arbitragem, enquanto mecanismo litigioso de resolução de conflitos. Pugna-se por maior transparência em prol da comunidade arbitral, de modo a conferir maior *accountability* aos tribunais arbitrais e legitimidade nas decisões arbitrais concomitantemente à expansão do conhecimento dos efeitos da arbitragem, possibilitando, por consequência, a entrada de novos *players*. Na medida em que os objetivos da transparência vêm sendo paulatinamente absorvidos dentro desta nova agenda internacional, são notados efeitos positivos nos procedimentos, ao promover maior confiança para as instituições arbitrais, árbitros e inclusive às partes que submeteriam o seu litígio a este procedimento. Mais do que isso, os alcances desta abertura do conteúdo das decisões ensejam a criação de banco de dados de sentenças arbitrais. Questiona-se, todavia, se a função destes precedentes poderia vincular uma decisão. Certamente não é este o escopo, mas sim garantir mais segurança ao árbitro, de modo a orientá-lo no momento da decisão: portanto, uma finalidade “terapêutica”.

Destarte, um procedimento arbitral pode plenamente existir sem a presença da confidencialidade e da privacidade, se desenvolvendo sob a ótica da publicidade e da transparência.

Em relação às arbitragens que envolvam o Poder Público, a observância à publicidade deve acontecer ainda com mais força, pois não se trata de uma opção da Administração.

Com efeito, quando a Administração Pública é parte em um procedimento arbitral a escolha pelo sigilo não pode ocorrer tão livremente como nas arbitragens eminentemente privadas, em razão do dever constitucional de observância ao princípio da publicidade (art. 37, *caput* da CF/88) e, conseqüentemente, dos deveres de informação e transparência, aos quais a Administração se sujeita.

Inegável que a publicidade se constitui como fator de fundamental importância no âmbito administrativo, vez que confere eficácia aos atos da Administração, possibilita uma maior participação popular nas condutas do Estado e incentiva o controle social dos atos do Poder Público.

De todo modo, a implementação da publicidade nos procedimentos arbitrais em que o Poder Público é parte tem diversos desafios de ordem prática pela frente, notadamente no sentido de se conhecer a extensão e a intensidade da publicidade.

## **4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NAS ARBITRAGENS QUE ENVOLVEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

O uso da arbitragem pela Administração Pública para dirimir as controvérsias decorrentes de seus contratos foi, e ainda é, bastante discutida por diversas razões, seja no âmbito do Tribunal de Contas da União, do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, da doutrina especializada ou da análise da legislação sobre arbitragem.

A Lei nº 9.307/96, atualmente, prevê no art. 1º, §1º que a Administração Pública direta e indireta pode se utilizar da arbitragem para resolver conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, contudo, nem sempre houve essa autorização expressa na Lei de Arbitragem.

Assim, antes da análise da publicidade na arbitragem, mostra-se necessário um relato sobre o uso da via arbitral pela Administração Pública como método de resolução de seus conflitos.

### **4.1 Utilização da arbitragem pela Administração Pública**

O texto original da Lei nº 9.307/96 apenas estabelecia, no art. 1º, que as pessoas capazes de contratar poderiam se valer da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, sem mencionar, explicitamente que a Administração Pública também poderia usar a arbitragem.

Tal disposição dava margem para entendimentos favoráveis e contrários ao uso da arbitragem pela Administração. Os que se mostravam contrários ao uso da arbitragem, assim o eram, resumidamente, sob a justificativa de afronta aos princípios da legalidade, da indisponibilidade do interesse público e da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Esses obstáculos foram aos poucos sendo superados pelos doutrinadores, pelos posicionamentos do STF, STJ, TCU e também pela evolução legislativa da matéria.

O caminho foi difícil até se alcançar o comando descrito no art. 1º, §1º da LA, porém mesmo antes do advento da LA em 1996, outros dispositivos legais, embora enfrentando oposições, já faziam alusão ao uso da arbitragem pela Administração.

Com efeito, em 1986 o Decreto-lei nº 2.300, que dispunha sobre as licitações e contratos da Administração Federal antes da edição da Lei nº 8.666/93, após as alterações feitas pelo Decreto-lei nº 2.348/87, passou a permitir no art. 45, parágrafo único, a adoção do juízo arbitral nos contratos celebrados pela União Federal ou suas autarquias com pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras.

O Tribunal de Contas da União, entretanto, entendia que no âmbito nacional o uso da arbitragem pela Administração era inaceitável, pelas razões supramencionadas, notadamente pela ausência de autorização legal.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal já à época se posicionava favorável ao uso da arbitragem pela Administração. No julgamento do Agravo de Instrumento nº 52.181 em 1973, por exemplo, o STF confirmou a decisão prolatada pelo então Tribunal Federal de Recursos, que afirmou a admissibilidade da arbitragem e decidiu pela legalidade do juízo arbitral, inclusive nas causas contra a Fazenda Pública<sup>17</sup>.

O litígio discutido nesse Agravo ficou conhecido como “Caso Lage” e se referia à incorporação, ocorrida em 1942, sob estado de guerra, dos bens das Organizações Lage e do espólio de Henrique Lage, tendo passado ao patrimônio da União as empresas de navegação, estaleiros e portos desses particulares.

Salles (2011, p. 227-228) realiza, de forma sucinta, a narrativa fática do Caso Lage até o seu ingresso no STF:

Em meio às dificuldades para fixação dos valores devidos a título de indenização devida por essa incorporação, surgiu a proposta de a pendência ser solucionada por meio da arbitragem. Após sua aceitação pelo Ministro da Fazenda e parecer favorável do Consultor-Geral da República, o Presidente da República, por meio de decreto-lei – que à época tinha a mesma validade, eficácia e hierarquia de uma lei ordinária –, tornou definitiva a incorporação dos bens dos particulares e determinou que a indenização correspondente fosse fixada por meio de um juízo arbitral, consistente em um painel de três árbitros, indicados pelas partes, que decidiriam em única instância, sendo inadmissíveis recursos e a sentença executável sem necessidade de homologação. Proferida a sentença arbitral no início de 1948, fixando os valores devidos a título de indenização, a aprovação de abertura de créditos orçamentários para realizar o pagamento estava em trâmite no Congresso Nacional, quando, em 1952, sob novo governo, parecer do Procurador-Geral da Fazenda Nacional levantou a inconstitucionalidade do juízo arbitral, levando à abertura de créditos a ser rejeitada no Legislativo. O caso acabou sendo decidido pelo STF em 1973, por meio de recursos extraordinários e agravo de instrumento interpostos em ação, ajuizada pelos interessados em 1955, com pedido de pagamento da indenização fixada na sentença arbitral.

---

<sup>17</sup> Confira-se a ementa da referida decisão: INCORPORAÇÃO, BENS E DIREITOS DAS EMPRESAS ORGANIZAÇÃO LAGE E DO ESPOLIO DE HENRIQUE LAGE. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE. JUROS DA MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. 1. LEGALIDADE DO JUÍZO ARBITRAL, QUE O NOSSO DIREITO SEMPRE ADMITIU E CONSAGROU, ATÉ MESMO NAS CAUSAS CONTRA A FAZENDA. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. LEGITIMIDADE DA CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE DE SENTENÇA ARBITRAL, QUE NÃO OFENDE A NORMA CONSTITUCIONAL. 3. JUROS DE MORA CONCEDIDOS, PELO ACÓRDÃO AGRAVADO, NA FORMA DA LEI, OU SEJA, A PARTIR DA PROPOSTURA DA AÇÃO. RAZOAVEL INTERPRETAÇÃO DA SITUAÇÃO DOS AUTOS E DA LEI N. 4.414, DE 1964. 4. CORREÇÃO MONETÁRIA CONCEDIDA, PELO TRIBUNAL A QUO, A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DA LEI N. 4.686, DE 21.6.65. DECISÃO CORRETA. 5. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGOU PROVIMENTO. (AI 52181, Relator: Min. BILAC PINTO, Tribunal Pleno, julgado em 14/11/1973, DJ 15-02-1974)

Em 1993, foi publicada a Lei nº 8.666, a qual revogou o Decreto-lei nº 2.300/86 e não reproduziu a permissão da arbitragem contida no Decreto, levando a crer que no âmbito administrativo essa estaria abolida, embora existissem entendimentos doutrinários em sentido oposto.

Ainda em 1993, numa consulta do Ministério das Minas e Energia sobre a utilização de arbitragem em contratos de fornecimento de materiais e de mão de obra da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – CHESF, vinculada àquele ministério, o TCU proferiu a Decisão nº 286, na qual se mostrou fortemente contrário ao uso de arbitragem pela Administração. Nos termos da decisão:

(...) o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da indisponibilidade do interesse público, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros).

Em 1995 foi editada a Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Referida lei, desde sua publicação originária, possui previsão de que a cláusula relativa ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais é espécie de cláusula essencial ao contrato de concessão (art. 23, XV).

Sobre esse ponto a doutrina e o TCU passaram a divergir. Os autores defendiam que, embora a Lei nº 8.987/95 se referisse ao modo amigável de solução das divergências, numa interpretação extensiva do dispositivo a arbitragem estaria incluída; já o Tribunal de Contas não compartilhava desse entendimento e sustentava que “(...) a definição de foro e modos amigáveis nada tem a ver com a resolução de conflitos via arbitragem”, nos termos do Acórdão nº 584/03, Relator: Ministro Ubiratan Aguiar, data da sessão: 10/04/2003.

O impasse da Lei nº 8.987/95 somente se resolveu em 2005 com a inclusão do art. 23-A na Lei de Concessões pela Lei nº 11.196/05. O aludido artigo estabelece que os contratos de concessão podem “(...) prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

É de se ressaltar, entretanto, que nem todas as decisões da Corte de Contas assumiam uma posição tão forte contra a utilização da arbitragem. Na Decisão nº 188/95, em revisão à Decisão nº 763/94, referente à concessão para exploração da Ponte Rio-Niterói, o TCU firmou posição apenas no sentido de não incluir, na parte da arbitragem, cláusulas que não observem o princípio da legalidade e a indisponibilidade do interesse público, deixando,



portanto, aberta a possibilidade, em tese, de utilização da arbitragem, desde que respeitados os limites estabelecidos.

Em 1996 foi editada a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), instrumento que disciplina as normas gerais desse método de resolução de controvérsias e que teve sua constitucionalidade declarada em 2001 pelo STF, afastando qualquer dúvida quanto à constitucionalidade de os particulares convencionarem a solução de seus litígios por meio da arbitragem.<sup>18</sup> Nessa decisão da Suprema Corte, todavia, não foi discutida a possibilidade de uso da arbitragem pela Administração.

A publicação da LA, contudo, não foi suficiente para que a arbitragem fosse plenamente admitida no âmbito da Administração Pública. Ainda era forte o posicionamento de que a arbitragem ameaçava os princípios da indisponibilidade do interesse público e da inafastabilidade do controle jurisdicional, de modo que da leitura do art. 1º da LA não se poderia incluir o Estado como pessoa apta a utilizar esse método.

Em 2004 foi publicada a Lei nº 11.079/04, que trata sobre as parcerias público-privadas (PPP), permitindo a adoção da arbitragem como método para solucionar as controvérsias advindas das relações entre as partes, nos termos do art. 11, III:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

(...)

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Destaque-se que, tanto a Lei das Concessões Públicas (Lei nº 8.987/85) como a Lei das PPP's (Lei nº 11.079/04), passaram a atender ao requisito elencado pelo TCU como necessário para que a Administração faça uso da arbitragem, qual seja, a autorização legal.

Superado o obstáculo da autorização legal, no entanto, parte da Corte de Contas ainda se mostrava duvidosa com relação a quais matérias poderiam ou não estar submetidas à arbitragem. Muitas decisões demonstram o receio do TCU com a arbitragem em razão da indisponibilidade dos direitos relativos ao poder público e do interesse público em geral (p. ex. Acórdãos nº 1.271/05, nº 537/06, nº 1.099/06 e nº 2.573/12).

---

<sup>18</sup> Nessa oportunidade o STF apreciava o Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5206-7 (contra a negativa de homologação de sentença arbitral espanhola) em que se questionava a constitucionalidade da Lei nº 9.307/96 de forma incidental. O julgamento do Supremo, além de reafirmar a Lei de Arbitragem, decidiu pelo reconhecimento da sentença estrangeira, permitindo sua execução em território nacional.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, decidindo sobre a arbitragem em contratos administrativos, por muitas vezes reconheceu a validade de sua utilização (REsp nº 612.439-RS e REsp nº 606.345-RS, p. ex).

No julgamento do Mandado de Segurança nº 11.308-DF, por exemplo, o STJ fez um estudo completo sobre a utilização da arbitragem pela Administração Pública e superou a impossibilidade de uso do instituto baseado no argumento de indisponibilidade de interesse público, nos seguintes termos:

Não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como "disponíveis", porquanto de natureza contratual ou privada. (...) a arbitragem se presta a dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, o que não significa dizer disponibilidade do interesse público, pois não há qualquer relação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade de interesse público. Assim, tratar de direitos disponíveis, ou seja, de direitos patrimoniais, significa valer-se da possibilidade de transferi-los a terceiros, porquanto alienáveis. Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo. (STJ, MS 11.308/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 09/04/2008)

Vencendo ainda o obstáculo de que a Administração Pública não poderia usar a arbitragem em razão da inafastabilidade do controle jurisdicional, o STJ afirmou:

É cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, mas ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o "risco" de serem derrotadas na arbitragem. (...) Destarte, uma vez convencionado pelas partes cláusula arbitral, o árbitro vira juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial, segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa categorizá-lo como equivalente jurisdicional, porquanto terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência. (STJ, MS 11.308/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 09/04/2008)

Nesse mesmo MS, o Ministério Público Federal opinou em parecer pela concessão da ordem e também se mostrou favorável ao uso da arbitragem em contratos administrativos, defendendo a disponibilidade dos direitos patrimoniais:

*In casu*, por se tratar tão somente de contrato administrativo versando cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, indubitável o cabimento da arbitragem. Não faria sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado a benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante. A arbitragem se revela, portanto, como o mecanismo adequado para a solução da presente controvérsia, haja vista, tratar-se de relação contratual de natureza disponível, conforme dispõe o artigo 1º, da Lei 9.307/96: "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis". (STJ, MS 11.308/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 09/04/2008)

Percebe-se que o transcurso do tempo e as discussões doutrinárias proporcionaram uma melhor compreensão das disposições da Lei de Arbitragem, principalmente no sentido de a Administração Pública poder se valer desse instituto.

Destaque-se, outrossim, que conforme defende Marques Júnior (2015, p. 290), a possibilidade de utilização da arbitragem em contratos administrativos é um fator que representa a “(...) releitura da supremacia do interesse público sobre o privado, introduzindo a possibilidade de uma Administração Pública mais democrática, consensual e paritária”, medida que mostra necessária para a maior participação e fiscalização popular dos atos da Administração.

Além da Lei de Arbitragem, relativamente a setores específicos outras leis foram editadas contendo a previsão de que as controvérsias podem ser solucionadas por meio de arbitragem, tais como a Lei nº 9.478/97 (Lei de Petróleo e Gás), Lei nº 10.233/01 (Lei de Transportes Aquaviários e Terrestres), Lei nº 11.442/07 (Lei de Transporte Rodoviário) Lei nº 11.909/09 (Lei de Transporte de Gás Natural), Lei nº 12.815/13 (Lei de Portos), entre outras.

Indiscutível, entretanto, que foi a partir da Lei nº 9.307/96 que a arbitragem passou a se fortalecer, pois essa Lei trouxe modificações importantíssimas para o instituto (dispensa de homologação da sentença arbitral, por exemplo) que, com o passar dos anos foi sendo cada vez mais utilizado.

Como consequência natural do maior uso da via arbitral, começaram a nascer posicionamentos sobre o que deveria ser alterado, acrescido ou suprimido na LA para a melhor realização da arbitragem.

Nesse sentido, surgiram o Projeto de Lei nº 2.937/2011, de iniciativa da Câmara dos Deputados (que foi posteriormente apensado ao PL nº 7.108/2014) e o Projeto de Lei nº 406/2013, de iniciativa do Senado Federal, além das obras doutrinárias sobre o tema.

Após apresentado e aprovado no Senado Federal, o PL nº 406/2013 foi enviado à Câmara dos Deputados e, nessa Casa Legislativa, foi identificado como PL nº 7.108/2014.

O PL nº 7.108/2014 tinha por objetivo alterar a Lei nº 9.307/96 e a Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral, a sentença arbitral e o incentivo ao estudo do instituto da arbitragem; além de revogar alguns dispositivos da LA.

Depois de percorrer o trâmite legal, o PL nº 7.108/2014 foi transformado na Lei nº 13.129/2015. Esta incluiu o §1º no art. 1º da Lei de Arbitragem, o qual afirma que a

Administração Pública pode se utilizar da via arbitral para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Pretendeu a regra sanar, de uma vez por todas, as dúvidas sobre as arbitragens envolvendo a Administração Pública.

Foi incluído também o §3º no art. 2º da LA, contendo a previsão de que a arbitragem que envolva a Administração Pública deve ser sempre de direito e respeitar o princípio da publicidade.

Mesmo antes das alterações da Lei nº 13.129/2015, a doutrina especializada já sinalizava no sentido de que a arbitragem deveria sofrer algumas adaptações para se adequar ao contexto administrativo.

Atualmente, uma das maiores adequações pela quais a arbitragem tem que passar quando o Poder Público fizer uso dela se refere à aplicação do princípio da publicidade.

Isso porque a Lei nº 13.129/15 se limitou a estipular que a arbitragem com ente da Administração Pública deve respeitar o princípio da publicidade, sem dar maiores detalhes de como deve ocorrer a obediência à publicidade, sem esclarecer quais condutas devam ser praticadas para que haja o devido atendimento ao princípio estabelecido.

Destarte, a exigência da publicidade nas arbitragens que envolvem a Administração Pública faz surgir uma série de reflexões sobre como o princípio da publicidade pode se manifestar nos procedimentos arbitrais e quais as consequências de sua realização para a arbitragem.

#### **4.2 A publicidade nas arbitragens com a Administração Pública**

Antes de haver a expressa previsão na Lei de Arbitragem de que a Administração Pública direta e indireta pode fazer uso da arbitragem, o Poder Público, amparado em outras normas, já utilizava a via arbitral.

As leis que permitiam o uso da arbitragem pelo Estado, no entanto, não comentavam sobre o respeito ao princípio da publicidade. A Lei das Concessões Públicas (Lei nº 8.987/85) e a Lei das PPP's (Lei nº 11.079/04), por exemplo, apenas regulam que o procedimento arbitral deve ser realizado no Brasil e em língua portuguesa.

Isso não significa, todavia, que antes ao fazer uso da arbitragem a Administração Pública não tinha o dever de respeitar o princípio da publicidade. A publicidade é um dos princípios fundamentais norteadores da conduta da Administração Pública desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 (art. 37, *caput*).

Desse modo, mesmo não havendo determinação expressa nas leis específicas, pode se dizer que a observância à publicidade nas arbitragens que envolvem a Administração

Pública era um dever implícito, pois essa já estava estampada em mandamento maior, a Constituição Federal.

A doutrina especializada também já se manifestava que quando o Poder Público fosse parte na arbitragem fazia-se necessário o respeito ao princípio da publicidade.

Nesse sentido, argumenta Salles (2011, p. 283-284):

(...) a lógica (do sigilo) não pode imperar no âmbito da Administração Pública. Afinal, a publicidade dos atos da Administração Pública é um dos princípios centrais da atividade administrativa contemporânea. (...). À arbitragem, tendo por objeto negócios do Estado, evidentemente, se projeta essa obrigação de publicidade, não sendo possível concebê-la como um campo isento aos controles próprios da Administração Pública.

Também a favor da publicidade na arbitragem Klein (2010 p.103) observa que “(...) quando uma das partes for um ente da Administração, os princípios da publicidade e da transparência da atividade administrativa haverão de prevalecer sobre a faculdade de as partes do processo arbitral imporem sigilo ao processo e à decisão”.

Tem-se, portanto, que o dever de publicidade nas arbitragens que a Administração Pública participa, já estava presente mesmo antes das modificações trazidas em 2015 pela Lei nº 13.129. Não era necessário estar explícita na Lei de Arbitragem a obediência ao princípio da publicidade para que essa devesse ser respeitada nos procedimentos que envolvessem a Administração.

O que a Lei nº 13.129/15 fez ao inserir disposição expressa nesse sentido foi reafirmar o dever de obediência à publicidade, objetivando conferir maior concretude à aplicação do princípio e extirpar quaisquer incertezas sobre a necessidade de publicidade na arbitragem.

A inserção de dispositivo que afirma que deve ser respeitado o princípio da publicidade nas arbitragens que envolvam o Poder Público se mostrou ainda importante porque restaurou os debates acerca da publicidade no âmbito arbitral.

Com efeito, o fato de atualmente estar expresso faz nascer uma série de questionamentos (em relação a quais atos do procedimento arbitral devem se submeter a exigência da publicidade, por exemplo) e, ao mesmo tempo, opiniões sobre de que o modo a publicidade deve realmente operar na arbitragem, se a maneira que costuma ser realizada se coaduna com o pretendido pela Lei nº 9.307/96, se o modo como ocorre hoje é suficiente – não precisando de mudanças - dentre outros.

Os doutrinadores que sempre defendiam o uso da arbitragem pela Administração Pública<sup>19</sup> já alertavam que era necessária a observância ao princípio da publicidade, em respeito ao art. 37 da CF/88, mas a aplicação da publicidade em si, sob a perspectiva de se descobrir o que deveria necessariamente ser tornado público e como, não tinha debates mais aprofundados ou um entendimento pacífico.

A doutrina se limitava a discutir se os elementos da confidencialidade e privacidade poderiam ser harmonizados com o princípio da publicidade e acabava por concluir que o sigilo não é característica essencial no processo arbitral, devendo haver nas arbitragens que envolvessem o Poder Público a mitigação ou a exclusão daqueles elementos em prol da publicidade, dever da Administração Pública.

Não havia, e não há ainda, consenso entre os autores sobre se a publicidade de procedimentos arbitrais deveria ser ampla como a dos processos judiciais, em regra, ou ter suas próprias peculiaridades.

Na opinião de Talamini (2005b, p. 6) a arbitragem envolvendo o Poder Público deve se submeter a um regime de publicidade restrita:

O regime processual de publicidade restrita não constitui um sigilo absoluto que tome o processo insindicável. Fica assegurado o acesso aos dados processuais pelas partes e seus representantes, pelos órgãos de controle da Administração Pública. Cada sujeito que tem acesso aos dados assume o dever de, ainda que os tiver utilizando para os fins legalmente admissíveis, zelar para que se mantenha a restrição de publicidade sob as penas da lei.

Esse entendimento, entretanto, não parece tão acertado, uma vez que o autor defende desde o início a publicidade restrita nas arbitragens que a Administração Pública participe quando, em verdade, o ponto de partida deve ser a ampla publicidade, o que não significa dizer que a publicidade não poderá ser restringida. Nas situações justificáveis pode haver restrição da publicidade ou mesmo um sigilo total, a depender do caso, mas a publicidade ampla deve ser a regra.

Não se mostra razoável iniciar um procedimento arbitral que envolva o Poder Público já se valendo de sigilo de todo o procedimento ou de uma publicidade moderada dos atos e decisões - ressalvados os casos excepcionais de sigilo.

Aliás, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já proferiu decisão exatamente no sentido de ser impossível a estipulação de cláusula contratual de sigilo absoluto.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Nesse sentido os posicionamentos de Carlos Alberto de Salles, Eduardo Talamini e Paulo Osternack Amaral, por exemplo.

<sup>20</sup> O TJRJ assim decidiu: “Revela-se atentatório aos preceitos constitucionais o estabelecimento de cláusula na qual se exige o sigilo na arbitragem, não podendo o município a ela se submeter ante a indisponibilidade do

Fosse possível a determinação antecipada de sigilo de todo o procedimento mediante previsão em convenção de arbitragem esta seria uma forma de solução de controvérsias em que o sigilo reinaria quase que absolutamente e a Administração Pública somente recorreria à via arbitral para escapar da publicidade do processo judicial.

Assim, o mais apropriado é que de início a publicidade na arbitragem tenha o maior alcance possível e, posteriormente, à medida que for sendo necessário, passe a ser mitigada, até mesmo porque não é o sigilo propriamente que atrai a Administração Pública à arbitragem, mas as outras características desse procedimento como a celeridade, a especialização dos árbitros, dentre outros.

Na realidade, o motivo principal pelo qual o Poder Público procura a arbitragem ao invés da via judicial não poderia mesmo ser o sigilo, pois no processo judicial também pode haver restrição ou exclusão da publicidade se a demanda assim exigir.

Por sua vez, Salles (2011, p. 284) defende ser necessária a publicidade da sentença e dos elementos que lhe serviram de base:

Para garantir o efeito de controle desejado pela própria Constituição, e, ao mesmo tempo, manter as qualidades da arbitragem enquanto mecanismo de solução de controvérsias é fundamental à convenção arbitral administrativa (...) garantir a ampla publicidade da sentença arbitral e dos documentos produzidos durante o procedimento arbitral. Nesse sentido, acredita-se ser essencial a divulgação do resultado da arbitragem e daqueles elementos de prova e argumentação que lhe serviram de base.

Limitar a publicidade na arbitragem ao momento posterior ao desenvolvimento do procedimento arbitral, como defende Salles, também não parece ser o posicionamento mais adequado, na medida em que se inviabiliza o controle preventivo e concomitante da arbitragem, impossibilitando que os órgãos de controle e a população possam acompanhar e fiscalizar o desenvolvimento do procedimento.

Por outro lado, a publicidade da sentença arbitral é medida que visa ao nascimento de uma “jurisprudência arbitral” brasileira que possibilite aos árbitros o conhecimento das sentenças já proferidas, com efeito meramente orientativo, e, com esse intuito, apresenta-se de todo conveniente a divulgação da sentença.

Já para José Emílio Nunes Pinto (2005, p. 35):

O princípio da publicidade estará devidamente observado e satisfeito na medida em que se reportem as informações quanto ao andamento do procedimento arbitral envolvendo pessoa jurídica de direito público ou, ainda que de direito privado, mas integrante da Administração, como as sociedades de economia mista, aos órgãos de

controle interno e de controle externo da Administração, neste último caso, os Tribunais de Contas. Assim sendo, o princípio da publicidade não elimina a privacidade que caracteriza os atos do procedimento arbitral, os quais continuam restritos aos que dele participam.

Garantir as informações do procedimento arbitral apenas aos órgãos de controle interno e aos Tribunais de Contas, no entanto, significa afastar a possibilidade de controle das condutas do Poder Público por parte dos cidadãos, já que estes não terão conhecimento dos atos praticados na arbitragem. Assim, o entendimento de Pinto a respeito da publicidade nas arbitragens igualmente não se mostra de todo correto.

Ademais, entender que a publicidade se contrapõe apenas à confidencialidade e não propriamente à privacidade na arbitragem, de modo que o respeito ao princípio excluiria apenas o elemento da confidencialidade, podendo a privacidade operar normalmente, também não parece o mais acertado.

Mostra-se mais apropriado afirmar que a publicidade se contrapõe às duas: privacidade e confidencialidade, embora nem sempre seja necessária a exclusão total desses elementos.

Isso porque, caso exista privacidade (imotivada) na arbitragem que envolve o Poder Público, não poderá haver de qualquer modo a participação dos cidadãos ou do Ministério Público no procedimento, seja para assistir audiências, para obter cópias dos autos na instituição arbitral ou para questionamentos dos árbitros ou partes sobre os atos praticados, pois a privacidade impede que estranhos ao procedimento dele participem.

De igual modo, se a confidencialidade, sem justificativa, também operar nesse tipo de arbitragem ninguém, a não ser os envolvidos no procedimento, conseguirá ter acesso aos documentos, informações, decisões, sentença arbitral.

Tem-se, assim, que tanto a privacidade quanto a confidencialidade são obstáculos para que a publicidade opere livremente, impedindo a divulgação de informações e a participação popular.

Em que pesem os posicionamentos divergentes na doutrina em relação ao o quê exatamente deve ser tornado público e a quem, o que se nota é que, no âmbito doméstico, a divulgação de informações relacionadas à utilização da arbitragem pela Administração Pública ocorre atualmente de forma muito tímida.

Não são de fácil acesso por parte da população informações como: a instauração de procedimento arbitral que envolve o Poder Público, a instituição arbitral responsável por conduzir a arbitragem, a matéria litigiosa, os custos para o Estado, as decisões, a sentença arbitral, entre outras.



O Diário Oficial da União, por exemplo, não informa sobre o início de procedimento arbitral, não publica decisões, nem a sentença arbitral ou partes dela. Também não existem páginas oficiais dos entes públicos na *internet* que disponibilizem esses dados.

O Estado contrata, por inexigibilidade de licitação, assessoria jurídica ou consultoria técnica para acompanhar arbitragem específica já instaurada ou para atuar em procedimentos arbitrais por ventura existentes e publica na imprensa oficial apenas os extratos de inexigibilidade, em observância ao art. 26 da Lei nº 8.666/93<sup>21</sup>. A partir daí é possível se concluir que a arbitragem está sendo utilizada pela Administração Pública, mas não se mostra possível deduzir maiores informações.

Ao que parece, embora o dever observância ao princípio da publicidade esteja estampado há muito no art. 37, *caput* da CF/88, o sigilo nas arbitragens ainda é muito forte, mesmo nos procedimentos que envolvem a Administração Pública.

Os regulamentos das instituições arbitrais geralmente dispõem sobre a possibilidade de publicação de excertos da sentença arbitral em ementário, em regra sem a identificação dos envolvidos.

Nesse sentido, o item 14.1.1. do Regulamento (2012) do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá estabelece que “para fins de pesquisa e levantamentos estatísticos, o CAM/CCBC se reserva o direito de publicar excertos da sentença, sem mencionar as partes ou permitir sua identificação”.

De igual modo, dispõe o Regulamento (2013) do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem no item 17.2. que “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”.

Também o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA estabelece no Regulamento Modelo:

- (...) 3. Quando houver interesse das partes, comprovado através de expressa e conjunta autorização, poderá a CÂMARA divulgar a sentença arbitral.
- 4. Desde que preservada a identidade das partes, poderá a CÂMARA publicar, em ementário, excertos da sentença arbitral.

Nota-se que a possibilidade de publicar as sentenças constante nos regulamentos ocorre especialmente em razão do cunho científico que as sentenças arbitrais encerram, com o

---

<sup>21</sup> Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

objetivo de se construir um banco de dados, e não visando propriamente atender aos deveres de transparência e publicidade.

Destaque-se ainda que mesmo essas publicações previstas pelas instituições arbitrais não costumam ocorrer de forma rápida e atualizada, pois as sentenças apenas são publicizadas após um longo período de tempo em que foram proferidas, a divulgação não costuma ocorrer em meio eletrônico, além de não ser plena, pois não são divulgadas informações sobre as partes envolvidas.

O Comitê Brasileiro de Arbitragem criou o projeto “Banco de Sentenças Arbitrais”, visando à organização de sentenças arbitrais publicadas na Revista Brasileira de Arbitragem - RBA ou que já estejam em domínio público, para facilitar os estudos e as pesquisas a esse respeito.

O Banco de Sentenças, atualizado até agosto de 2015 e disponível da página da *web* do Comitê, revela a baixa quantidade de sentenças arbitrais divulgadas e o grande lapso temporal entre a apresentação da sentença arbitral e sua publicação.

Em se tratando de arbitragens eminentemente privadas não há óbices que a publicação das sentenças demore a ocorrer e que quando aconteça seja para fins de pesquisa ou levantamentos estatísticos.

Com efeito, os particulares têm interesse em manter o sigilo de seus contratos e estratégias negociais, e podem livremente não autorizar a divulgação total da sentença (e demais informações), ou podem permitir a publicação somente após o transcurso de um período razoável de tempo – quando a manutenção do sigilo não se mostrar mais necessária, por exemplo - ou mesmo possibilitar a apresentação da sentença, mas sem os dados das partes.

A sentença arbitral e demais informações que envolvem o Poder Público, todavia, devem receber a divulgação adequada, seguindo o princípio basilar da publicidade, para que seja possível o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas e o controle popular.

Divulgar adequadamente significa ter como regra a publicidade plena e de fácil acesso dos atos praticados nas arbitragens que envolvem a Administração Pública.

É fundamental que a publicidade na arbitragem se desenvolva em harmonia com o anseio de informação da população e dos órgãos de controle, isto é, deve ser tornado público tudo aquilo que importa aos administrados conhecerem para puderem exercer o controle e fiscalização dos atos.

Nesse sentido, a princípio a maior quantidade de atos deve ser divulgada: a escolha da instituição arbitral, a instauração da arbitragem, as partes envolvidas, a matéria

litigiosa, as decisões proferidas, a designação de audiência, a sentença arbitral, os custos da arbitragem para a Administração. Em resumo, a publicidade deve abranger todo o procedimento e seus documentos, inclusive audiências; a divulgação apenas da sentença arbitral é insuficiente.

Por óbvio, nem todos os casos submetidos à arbitragem poderão ter uma publicidade tão ampla, pois existem situações em que o sigilo é imprescindível para o desenvolvimento da arbitragem e alcance de um resultado útil na sentença. Nessas hipóteses, a publicidade dos atos poderá ser mitigada ou postergada.

Destaque-se que o acesso às informações não deve ocorrer apenas após a requisição de algum cidadão ou do Ministério Público, por exemplo. É necessário que a publicidade os atos ocorra independentemente de solicitação, de modo que a prestação de informações seja a mais efetiva possível, ao ponto de se garantir ao indivíduo o direito de obter as informações que deseja sem enfrentar burocracia e sem a necessidade de motivação específica.

Ressalte-se, ainda, que a publicidade na arbitragem não precisa se resumir a publicações em Diário Oficial. Em verdade, é mais apropriado que a publicidade vá além da imprensa oficial: que as informações sejam transmitidas pela Administração Pública por meio de referências nos respectivos sítios eletrônicos, de forma transparente e em linguagem de fácil compreensão.

A Administração Pública não pode reduzir a divulgação de informações somente ao Diário Oficial, pois isso significa excluir um meio de informação mais atrativo, fácil e efetivo – a *internet*, o que se mostra inadmissível nos tempos de ciberdemocracia, onde o cidadão, cada vez mais, se utiliza de espaços virtuais para acompanhar as ações do Poder Público.

#### ***4.2.1 O papel das instituições arbitrais***

A Administração Pública possui papel fundamental no respeito ao princípio da publicidade nas arbitragens em que participa, contudo, são as instituições arbitrais que administram os procedimentos que lhe são submetidos.

Ao elegerem uma instituição arbitral para solucionar uma controvérsia, os litigantes se submetem às normas gerais estabelecidas por essa instituição. Os regulamentos das câmaras arbitrais normalmente possuem regras fixas para a arbitragem e outras que podem ser flexibilizadas de acordo com a vontade das partes ou da matéria do conflito.

Embora seja possível uma maleabilidade do procedimento arbitral, é certo que esse sempre deve observar o princípio constitucional do devido processo legal e não ter regras contrárias às determinações legais sobre arbitragem, sob pena de nulidade da sentença arbitral.

As instituições arbitrais, portanto, devem cumprir os mandamentos da Lei nº 9.307/96 para que as arbitragens realizadas se desenvolvam legitimamente.

Desse modo, além da publicidade ser dever da Administração Pública, também compete às instituições arbitrais responsáveis por gerenciar arbitragens que envolvam o Poder Público garantir o cumprimento do princípio da publicidade.

Entende-se, entretanto, que as instituições não são as principais responsáveis pela divulgação de informações referente a arbitragens que envolvem o Poder Público, mas que devem desempenhar um papel acessório, auxiliar da Administração Pública no atendimento à publicidade na arbitragem, pois os entes públicos é que têm em primeiro lugar que dar transparência às suas ações.

Por outro lado, as câmaras arbitrais têm conhecimento de que a publicidade é inerente às coisas do Poder Público, de forma que se as instituições não estiverem preparadas para respeitarem princípio da publicidade não devem se aventurar aceitando a participação de entes públicos nas arbitragens que regula.

A propósito, a partir de maio de 2015, quando foi publicada a Lei nº 13.129/15, que alterou dispositivos da Lei de Arbitragem, já se é possível notar um movimento de mudança nas regras de algumas instituições arbitrais exatamente com a finalidade de que o princípio da publicidade seja respeitado, nos termos do art. 2º, § 3º da LA.

Nesse sentido, a Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná – ARBITAC editou em 2015 um novo Regulamento de Arbitragem, que dá especial tratamento a participação do Poder Público nas arbitragens ao dispor no art. 54, § 1º que “quando houver autorização das partes, comprovada por intermédio de expressa comunicação ou em caso de ser parte a Administração Pública, poderá a ARBITAC divulgar a sentença arbitral em sua integralidade”.

O antigo Regulamento de Arbitragem, vigente até 29/05/2015, apenas continha previsão genérica de que a ARBITAC poderia divulgar a sentença arbitral se assim fosse o desejo das partes, devendo também ser comprovado por intermédio de expressa e conjunta autorização.

Em que pese a alteração do Regulamento da ARBITAC seja muito positiva e demonstre a preocupação dessa instituição em relação as arbitragens que envolvem o Poder

Público, é de se destacar que essa é uma medida insuficiente, pois a publicidade prevista na Lei de Arbitragem deve ser a mais ampla possível e não abarcar somente a sentença arbitral.

Já o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá - CAM/CCBC não fez alterações em seu regulamento de arbitragem, mas emitiu a Resolução Administrativa nº 02/2016, a qual estabelece que em arbitragens envolvendo entidades da Administração Pública direta a instituição poderá divulgar a existência do procedimento arbitral, a data do requerimento de arbitragem e o nome das partes, podendo inclusive disponibilizar esses dados no site do CAM/CCBC (art. 3º).

O Centro busca assim atender ao princípio da publicidade de atos públicos, no entanto, são colocadas algumas restrições à publicidade plena dos atos.

Com efeito, o art. 3º, parágrafo 1º da Resolução nº 02/2016 estabelece que o CAM/CCBC não fornecerá documentos e demais informações a respeito do procedimento que não as das hipóteses enunciadas no *caput* do art. 3º da Resolução.

Ademais, a Resolução nº 02/2016 também determina que “as audiências do procedimento arbitral serão reservadas às partes e procuradores, observado o disposto pelas partes no Termo de Arbitragem” (art. 3º, parágrafo 2º).

Nos procedimentos arbitrais em que são partes entes da Administração Pública direta, é no Termo de Arbitragem que as partes disporão sobre quais informações e documentos poderão ser divulgados e a forma a ser adotada para torná-los acessíveis a terceiros. A Resolução Administrativa nº 02/2016 orienta que as disposições do Termo de Arbitragem devem considerar os aspectos administrativos do CAM/CCBC e respeitar o sigilo protegido por lei, segredos comerciais, documentos de terceiros, contratos privados com cláusula de confidencialidade e matérias protegidas por direitos de propriedade intelectual (art. 1º, parágrafo único).

A Resolução Administrativa nº 02/2016 estipula ainda que é de atribuição do Tribunal Arbitral decidir sobre os pedidos formulados por qualquer das partes a respeito do sigilo de documentos e informações protegidos por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das partes (art. 2º) e que toda e qualquer informação complementar ou fornecimento de documentos são de competência da parte no procedimento arbitral que integra a Administração Pública direta, de acordo com a legislação que lhe é aplicável, observados também os limites legais e o disposto no Termo de Arbitragem (art. 4º).

O que se é possível perceber é que o CAM/CCBC resolveu divulgar apenas os dados básicos dos procedimentos arbitrais, deixando os detalhes dos casos para a União, os Estados e os Municípios. Desse modo, o que o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara

de Comércio Brasil-Canadá faz verdadeiramente é assumir um papel secundário, auxiliar, no atendimento da publicidade, repassando a atribuição de divulgar amplamente os dados da arbitragem para a Administração Pública.

É nesse sentido que o Centro permite que as partes de uma arbitragem divulguem mais informações dos litígios em que estejam envolvidas, bastando para isso que, antes do início de um procedimento, determinem no Termo de Arbitragem quais informações e documentos poderão ser disponibilizados ao público.

Assim, a Administração Pública pode (e deve) dar maior transparência as suas atividades, ultrapassando a mera divulgação do CAM/CCBC quanto à existência do procedimento, a data do requerimento de arbitragem e o nome das partes.

A Resolução Administrativa nº 02/2016 ainda carrega alguns obstáculos à ampla publicidade esperada nas arbitragens que envolvem a Administração Pública. A previsão de que as audiências do procedimento arbitral serão reservadas às partes e procuradores, por exemplo, evidenciam o elemento da privacidade na arbitragem. A falta de divulgação da sentença arbitral pela própria instituição arbitral também é algo defeituoso na norma.

Seria mais apropriado que a sentença arbitral também fosse divulgada no site da instituição arbitral, junto com as demais informações estabelecidas na Resolução, indicando, inclusive o término do procedimento arbitral.

Outrossim, caso o intuito do Centro ao impossibilitar a presença de terceiros nas audiências, reservando-as apenas às partes e aos procuradores, seja preservar os espaço físico da instituição isso pode ser resolvido utilizando-se a tecnologia *live streaming*, que possibilita que os indivíduos remotamente, por meio da *internet*, acompanhem ao vivo a transmissão de um evento.

Ao mesmo tempo, é de se destacar que as regras da Resolução nº 02/2016 do CAM/CCBC representam um enorme primeiro passo para a melhor da aplicação do princípio da publicidade nas arbitragens, um exemplo que não deve ser desprezado pelas outras instituições arbitrais, mas sim aprimorado - especialmente por prever a divulgação das informações na página da *internet* da instituição.

#### ***4.2.2 Participação de terceiros na arbitragem***

A necessidade de publicidade nas arbitragens que envolvem a Administração Pública leva a questionamentos acerca de sua abertura para a participação de indivíduos não pertencentes diretamente ao conflito, como os cidadãos em geral, o Ministério Público, os Tribunais de Contas e, ainda, para a presença de *amicus curiae*.

O respeito ao princípio da publicidade deve garantir a participação de terceiros nos procedimentos arbitrais que a Administração Pública seja parte, tanto para a obtenção de informações, excetuadas as que estejam protegidas por sigilo, quanto para a presença em audiências, quando estas acontecerem.

A exclusão ou mitigação dos elementos da privacidade e confidencialidade na arbitragem objetiva que o sigilo não exista, ou que pelo menos não opere livremente, na via arbitral, predominando nesse tipo de arbitragem a transparência das condutas.

Nesse sentido, é de fundamental importância para a realização de uma arbitragem transparente que os cidadãos possam assistir as audiências nas sedes das instituições ou utilizando-se de recursos tecnológicos, como o *live streaming*, e que possam estar a par dos atos já praticados durante a arbitragem.

Do mesmo modo, as informações a respeito desse tipo de arbitragem devem ser transmitidas as Cortes de Contas, sendo possível que estas façam requerimentos para obter esclarecimentos ou maiores informações sobre os fatos que tomarem como relevantes a fim de se combaterem irregularidades ou ilegalidades no procedimento arbitral.

Ademais, a divulgação de informações para os cidadãos em geral está intrinsecamente relacionada com o papel exercido pelos Tribunais de Contas de controle externo da Administração Pública, uma vez que, nos termos do art. 74, § 2º da Constituição Federal, qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Somente uma sociedade bem informada, ciente das atitudes praticadas pelo Poder Público ou que de alguma forma lhe atinja, pode levar ao conhecimento das Cortes de Contas quaisquer ilegalidades ou irregularidades e, conseqüentemente, esperar que as devidas providências sejam tomadas.

Sob esse contexto, também se mostra necessário para o desenvolvimento de um procedimento arbitral público a atuação do Ministério Público, a quem compete a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, de acordo com o art. 127 da CF/88.

O Ministério Público precisa ter a possibilidade de se manifestar nas arbitragens que envolvem o Poder Público para que, assim, fiscalize o efetivo cumprimento das leis brasileiras e demais normas que o Brasil está submetido, bem como para que garanta que a participação popular na arbitragem está sendo atendida, ou seja, para que exerça as competências constitucionalmente atribuídas a esta instituição.

Entende-se que ao MP deve ser proporcionado o acompanhamento geral dos atos do procedimento arbitral, contudo, não é razoável exigir que o Ministério Público se

manifeste a cada ato proferido pelo árbitro, pois isso poderia até mesmo significar uma desvalorização ou falta de credibilidade da arbitragem como método de solução de controvérsias.

A participação dos Tribunais de Contas e do Ministério Público em arbitragens enfrentará dificuldades de ordem prática tanto no âmbito dessas próprias entidades, pois será preciso criar uma sistemática organizacional para operar nesses procedimentos, como na seara das instituições arbitrais, já que muitos regulamentos arbitrais ainda proíbem a presença de estranhos ao conflito na arbitragem e costumam trabalhar com a divulgação de dados apenas para as partes.

Somente a prática e o dia a dia da arbitragem estão aptos a solucionar as eventuais dúvidas de como o Ministério Público, ou as Cortes de Contas, poderão verdadeiramente ter voz nas arbitragens. O que se é possível assegurar é que a necessidade de respeito ao princípio da publicidade impõe que essas instituições possam participar das arbitragens que envolvem o Poder Público, garantindo-se maior transparência a esses procedimentos.

A presença de *amicus curiae* na arbitragem, entretanto, talvez seja o fator que acarreta maiores controvérsias.

*Amicus curiae* é uma expressão latina, que pode ser traduzida como “amigo da Corte” e se refere a alguém que mesmo sem ser parte, em razão de sua representatividade, é chamado ou se oferece para intervir em processo relevante com o objetivo de apresentar ao Tribunal a sua opinião sobre o debate que está sendo travado nos autos, fazendo com que a discussão seja amplificada e o órgão julgador possa ter mais elementos para decidir de forma legítima.

A função do *amicus curiae*, portanto, é chamar a atenção da corte para questões que eventualmente não tenham sido notadas, ou dada a devida importância, fornecendo subsídios para uma decisão apropriada. O julgador utiliza-se da figura do *amicus curiae* para a formação do convencimento em sua decisão.

Atualmente, a previsão da participação de *amicus curiae* no âmbito do processo civil em geral está regulamentada no art. 138 do Código de Processo Civil de 2015 (o CPC/73 não tratava da figura do *amicus curiae*, embora outras leis regulamentassem sua participação em casos específicos). Tal dispositivo estabelece:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.



Incumbe, portanto, ao juiz ou relator em decisão irrecorrível solicitar ou julgar a admissão de *amicus curiae* e definir ainda nesta decisão quais serão os poderes processuais desse participante, conforme art. 138, § 2º do CPC/15.

Na seara arbitral é muito importante que os árbitros cheguem a uma decisão da forma mais acertada possível, uma vez que não existe o recurso de apelação, além de que a participação de *amicus* é positiva para que o procedimento arbitral seja cada vez mais transparente.

Entende-se neste trabalho que, em estando presentes os requisitos (os mesmos estabelecidos pelo Novo CPC, quais sejam, a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia), é possível a presença de *amicus curiae* no procedimento arbitral. O respeito à publicidade nas arbitragens que envolvem o Poder Público converge para a possibilidade de participação de *amicus curiae*.

Uma vez verificada a necessidade de manifestação de *amicus* para o melhor deslinde da questão o próprio árbitro pode solicitar a presença do “amigo da corte” e quando a participação do *amicus curiae* não provier de pedido do árbitro, compete a este decidir sobre a aceitação ou não da intervenção – feita pelas partes ou por alguma entidade interessada no procedimento.

Não se defende a presença de *amicus curiae* em todos os procedimentos em que forem realizadas solicitações para tanto, isto é, o requerimento de participação por si só não significa a aprovação do pedido, a existência dos requisitos autorizadores sim.

Também deve ser oportunizado as partes o direito de manifestação quanto a solicitação efetuada e, assim como no processo judicial, a admissibilidade ou não de *amicus curiae* deve ser feita pelos árbitros em decisão fundamentada que analise todos os argumentos utilizados para respaldar o pedido de participação.

Atualmente, os regulamentos das instituições arbitrais, no âmbito nacional, são os principais obstáculos para a presença de *amicus curiae*. Embora estes não se refiram expressamente a proibição de *amicus*, as regras gerais que convencionam a privacidade do procedimento arbitral conduzem à impossibilidade desse tipo de participação.

Nesse sentido, em que pese seja de fundamental importância abrir a arbitragem para o *amicus curiae*, principalmente nos procedimentos que envolvem a Administração Pública, essa participação não pode ser tão imposta, a ponto de se passar por cima das regras das câmaras arbitrais.

No caso específico das arbitragens que envolvem a Administração Pública, faz-se necessário que modificações ou adaptações sejam feitas no âmbito das instituições arbitrais para que a participação de *amicus curiae* possa concretamente ocorrer.

Nesse tipo de arbitragem a porta para a presença de *amicus* deve estar aberta à sociedade e não completamente fechada como hoje se encontra. Isso não significa que sempre que desejar o *amicus curiae* vai estar presente na via arbitral, pois o *amicus* representa uma oferta de auxílio ao árbitro, podendo este aceitar ou não; caso essa participação possa fornecer elementos que as partes não forneceram é de todo positiva a aceitação de pedido de *amicus* e até mesmo a solicitação advinda do próprio árbitro.

Por óbvio a participação de *amicus curiae* na arbitragem apresenta muitos benefícios, mas, ao mesmo tempo, pode acarretar algumas desvantagens. Por isso a presença de *amicus* deve ser bem analisada no caso concreto.

O *amicus curiae* pode desconsiderar o caráter consensual da arbitragem (a decisão de admissibilidade deve advir do árbitro), muitas vezes não existe a necessidade de sua participação e só o seu requerimento pode tomar um tempo razoável do procedimento, a participação do *amicus* também pode interferir na estratégia das partes, acarretar em custos e atrasos para as partes e também oferecer riscos ao sigilo da arbitragem – se este for convencionado ou necessário ao caso.

Por outro lado, a proteção do interesse público, melhoria da qualidade das decisões, aumento da transparência são efeitos positivos dessa intervenção, notadamente quando não se trata de um procedimento arbitral eminentemente particular, mas que envolve a Administração Pública, a qual tem o dever de informação, transparência e publicidade de seus atos.

Faz-se importante notar que aceitar a participação de *amicus curiae* não altera os direitos das partes e nem a natureza jurídica da arbitragem, mas que resulta no aumento da transparência da arbitragem, objetivada pelo princípio da publicidade.

Aliás, a aplicação da publicidade e todas as formas de participação de terceiros que podem ocorrer como consequência da dela não são inimigas da arbitragem, não desnaturalizam o seu conteúdo.

Ao revés, somente objetivam melhorar a utilização desse meio de resolução de controvérsias, tornando-o mais aberto ao público sempre que isso for possível, embora um longo caminho tenha ainda que ser construído para que a participação de terceiros possa se desenvolver tranquilamente.

#### ***4.2.3 O sigilo na arbitragem que envolve a Administração Pública***

De modo geral, devem ser asseguradas a transparência e a divulgação de informações relativas à arbitragem envolvendo a Administração Pública, com a finalidade de se garantir aos cidadãos e aos órgãos de controle o conhecimento dos atos da Administração.

É bem verdade, entretanto, que há certas informações e documentos nesse tipo de procedimento que não podem ser amplamente expostos ao público, sob o risco de prejudicar severamente os interesses das partes na disputa arbitral e obstruir a resolução da controvérsia.

A depender da natureza do litígio ou do seu objeto, a publicidade pode ser relativizada, admitindo-se certo grau de sigilo no que concerne aos negócios e estratégias do Poder Público e dos particulares envolvidos na arbitragem - o requerimento de sigilo de certas informações pode advir tanto dos particulares quanto dos próprios entes da Administração Pública, notadamente as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que lidam com a concorrência do mercado.

A publicidade dos documentos e dados poderá ser restringida, por exemplo, para que não sejam divulgadas notícias estratégicas, que interessam inclusive a concorrência, e que de alguma maneira comprometa o nível de competitividade das empresas estatais no mercado colocando-as numa posição de inferioridade na competição simplesmente por elas serem empresas estatais, já que as outras empresas não precisariam abrir suas informações essenciais.

Assim, caso imprescindível para o melhor deslinde da demanda, poderá ser acordado que sejam mantidas sob sigilo determinadas informações e documentos apresentados ao tribunal arbitral em processos que envolvam entes da Administração Pública, bem como que o procedimento se desenvolva com o elemento da privacidade, até o momento em que essa confidencialidade seja realmente necessária. O sigilo não pode ser desmotivado nem eterno; sua solicitação e aceitação devem ser bem fundamentadas e seu tempo de duração previamente fixado ou, pelo menos, projetado.

As restrições de informações nesse sentido referem-se, em verdade, às próprias hipóteses de exceção ao princípio da publicidade estampadas na Constituição Federal de 1988, pois a admissão do sigilo na arbitragem que envolve a Administração Pública somente é possível quando visa preservar interesses públicos.

Com efeito, o art. 5º, XXXIII, resguarda o sigilo de informações quando se revela indispensável à segurança da sociedade e do Estado e o inciso LX do art. 5º também autoriza

à lei “restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social assim o exigirem”.

De igual modo, o art. 189, I do Novo Código de Processo Civil estabelece que os atos processuais são públicos, todavia, tramitam em segredo de justiça os processos em que o exija o interesse público ou social.

Por sua vez, a Lei nº 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação) estabelece em seu art. 23 que são consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de restrição, as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito podem, por exemplo, pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população; oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País; 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; 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, dentre outras.

A eleição do sigilo nas arbitragens que envolvem a Administração Pública, deve ser medida excepcional e devidamente justificada, com a demonstração da efetiva necessidade de que não sejam divulgados os dados. O sigilo deverá abranger estritamente os elementos do litígio cuja confidencialidade seja essencial em atendimento ao próprio interesse público, isto é, deve ser provado que a divulgação ampla das informações possui o risco de prejudicar um interesse coletivo, pois pode enfraquecer economicamente as empresas estatais ou mesmo impossibilitar o desenvolvimento adequado das controvérsias da Administração Pública direta, gerando prejuízos para o Poder Público.

Tratam-se de circunstâncias específicas e diferenciadas que devem ser analisadas em cada caso concreto, sendo impossível se afirmar abstratamente em quais demandas arbitrais a publicidade deverá ser sempre restringida.

Pode-se afirmar, no entanto, que as questões que podem ser mantidas em segredo de justiça nos processos que tramitam perante a justiça estatal também poderão sê-lo no juízo arbitral.

Seguindo tal parâmetro, muito dificilmente o interesse público reclamará que todo o processo arbitral seja desenvolvido em sigilo. O sigilo poderá atingir a determinadas informações apresentadas aos árbitros pelas partes e certos atos praticados no curso da arbitragem, mas a necessidade de que determinados aspectos do procedimento arbitral não sejam divulgados ao público deverá ser sempre apreciada no caso específico e a decisão bem fundamentada observar ainda os princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização da arbitragem pela Administração Pública como método de resolução de controvérsias já enfrentou diversos obstáculos, como a falta de expressa autorização legal e a contrariedade à princípios básicos do direito público.

Com a modificação da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) em 2015 pela Lei nº 13.129/15, entretanto, um dos maiores desafios atualmente é a observância do princípio da publicidade na via arbitral, principalmente porque o sigilo geralmente está presente nos procedimentos arbitrais.

O sigilo na arbitragem desdobra-se em dois elementos: a privacidade e a confidencialidade. A privacidade é fator que impossibilita a participação de outros indivíduos, estranhos de todo modo ao conflito, nos atos da arbitragem, impedindo que estes assistam às audiências, que obtenham cópias dos autos na instituição arbitral, que questionem as partes e os árbitros a respeito dos atos praticados. Já a confidencialidade é elemento que restringe a divulgação dos documentos, informações, decisões, sentença arbitral, entre outros, de maneira que eles sejam conhecidos apenas pelos envolvidos na arbitragem.

Em que pese a privacidade e a confidencialidade representem ativos valiosos para a arbitragem em geral, esses dois elementos não impossibilitam que a publicidade opere na via arbitral, pois não precisam necessariamente estar presentes na arbitragem. A legislação ou as partes podem eliminar confidencialidade e a privacidade, sem que isso desnaturalize a arbitragem.

Em verdade, a confidencialidade e a privacidade são faculdades, e não elementos obrigatórios, que os sujeitos possuem no procedimento arbitral, inclusive bastante utilizadas diante da natureza dos litígios levados à via arbitral. Assim, um procedimento arbitral pode plenamente existir sem a presença da confidencialidade e da privacidade, se desenvolvendo sob a ótica da publicidade e da transparência.

Em relação às arbitragens que envolvam o Poder Público, a observância à publicidade deve acontecer ainda com mais força, pois não se trata de uma opção da Administração. Quando a Administração Pública é parte em um procedimento arbitral a escolha pelo sigilo não pode ocorrer tão livremente como nas arbitragens eminentemente privadas, em razão do dever constitucional de observância ao princípio da publicidade (art. 37, *caput* da CF/88) e, conseqüentemente, dos deveres de informação e transparência, aos quais a Administração se sujeita.

A publicidade se contrapõe diretamente com o secreto, o oculto, o desconhecido e, tendo sido alçada à qualidade de princípio, constitui-se como norma a ser respeitada.

O princípio da publicidade importa na divulgação das condutas, de modo geral, praticadas pela Administração Pública direta e indireta, a fim de que haja o conhecimento e controle delas pela população, bem como para o início da produção de seus efeitos. E a conduta de dar publicidade aos atos administrativos *lato sensu* não se configura como uma faculdade do gestor público, mas um dever jurídico, uma obrigação de quem quer que esteja na figura de administrador da coisa pública.

A partir do momento que o Estado cumpre o seu papel de devidamente informar os cidadãos sobre as suas condutas, nasce a possibilidade de os indivíduos participarem (se importarem, criticarem, elogiarem, exigirem mudanças, entre outros) com mais intensidade das ações da Administração Pública e, através dos mecanismos postos à utilização, modificar a conduta do Poder Público para que se aproxime do real interesse da coletividade.

Não há como existir direito de informação sem obediência ao princípio da publicidade nem o contrário; publicidade e informação percorrem em conjunto o caminho da transparência das condutas administrativas. A informação, notadamente no século XXI, é instrumento de poder que o povo tem e quando esta é negada ao cidadão há afronta, inicialmente, ao princípio da publicidade e, mais adiante, ao próprio interesse público.

A transparência apresenta-se hoje como imposição do Estado Democrático de Direito e a Lei nº 12.527/11 representa um avanço significativo no direito/dever de informação, notadamente por ter a observância da publicidade como preceito geral e o sigilo como exceção e por pretender fomentar o desenvolvimento da cultura de transparência na Administração Pública.

Nos casos em que entes da Administração Pública participam de procedimentos arbitrais, a regra geral há de ser a publicidade dos atos neles praticados, pois trata-se de partes com um dever público de prestação de contas à coletividade e existe um real interesse da sociedade civil em acompanhar os desdobramentos do litígio.

A implementação da publicidade nos procedimentos arbitrais que envolvem o Poder Público, entretanto, tem diversos desafios de ordem prática pela frente, notadamente no sentido de se conhecer a extensão e a intensidade da publicidade.

Em verdade, a publicidade sempre deveria estar presente nas arbitragens que a Administração Pública participava, em obediência ao art. 37 CF/88, contudo, o que se nota é que o sigilo nas arbitragens ainda é muito forte, mesmo nos procedimentos que envolvem a Administração Pública.

Assim, o que a Lei nº 13.129/15 fez ao inserir disposição expressa nesse sentido foi reafirmar o dever de obediência à publicidade, objetivando conferir maior concretude à aplicação do princípio e extirpar quaisquer incertezas sobre a necessidade de publicidade na arbitragem. Além disso, o fato de atualmente estar expresso reabriu os diálogos a respeito da publicidade na arbitragem, no sentido de se descobrir como ela deve realmente se desenvolver, quais atos devem ser divulgados e a quem, se o modo como ocorre hoje é suficiente – não precisando de mudanças - dentre outros.

Atualmente, no âmbito doméstico, a divulgação de informações relacionadas à utilização da arbitragem pela Administração Pública ocorre de forma muito tímida. Não são de fácil acesso por parte da população informações como: a instauração de procedimento arbitral que envolve o Poder Público, a instituição arbitral responsável por conduzir a arbitragem, a matéria litigiosa, os custos para o Estado, as decisões e a sentença arbitral proferida.

O que parece mais apropriado, no entanto, é que a sentença arbitral e demais informações que envolvem o Poder Público recebam a divulgação adequada, seguindo o princípio basilar da publicidade, para que seja possível o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas e o controle popular.

Divulgar adequadamente significa ter como regra a publicidade plena e de fácil acesso dos atos praticados nas arbitragens que envolvem a Administração Pública.

É fundamental que a publicidade na arbitragem se desenvolva em harmonia com o anseio de informação da população e dos órgãos de controle, isto é, deve ser tornado público tudo aquilo que importa aos administrados conhecerem para puderem exercer o controle e fiscalização dos atos.

Nesse sentido, a princípio a maior quantidade de atos deve ser divulgada: a escolha da instituição arbitral, a instauração da arbitragem, as partes envolvidas, a matéria litigiosa, as decisões proferidas, a designação de audiência, a sentença arbitral, os custos da arbitragem para Administração. Em resumo, a publicidade deve abranger todo o procedimento e seus documentos, inclusive audiências e a divulgação apenas da sentença arbitral é insuficiente.

Por óbvio, nem todos os casos submetidos à arbitragem poderão ter uma publicidade tão ampla, pois existem situações em que o sigilo é imprescindível para o desenvolvimento da arbitragem e alcance de um resultado útil na sentença. Nessas hipóteses, a publicidade dos atos poderá ser mitigada ou postergada.

O acesso às informações não deve ocorrer apenas após a requisição de algum cidadão ou do Ministério Público. É necessário que a publicidade os atos ocorra independentemente de solicitação, de modo que a prestação de informações seja a mais efetiva possível, ao ponto de se garantir ao indivíduo o direito de obter as informações que deseja sem enfrentar burocracia e sem a necessidade de motivação específica.

A publicidade na arbitragem também não precisa se resumir a publicações em Diário Oficial. Em verdade, é mais apropriado que a publicidade vá além da imprensa oficial: que as informações sejam transmitidas pela Administração Pública por meio de referências nos respectivos sítios eletrônicos, de forma transparente e em linguagem de fácil compreensão.

É nesse sentido, aliás, que também compete às instituições arbitrais responsáveis por gerenciar arbitragens que envolvam o Poder Público garantir o cumprimento do princípio da publicidade.

Ademais, a publicidade na arbitragem implica na abertura dessa a terceiros não diretamente relacionados ao conflito, como os cidadãos, os Tribunais de Contas e do Ministério Público e *amicus curiae*.

Muitas são as reflexões e questionamentos acerca da participação desses indivíduos nos procedimentos arbitrais, mas somente a prática e o dia a dia da arbitragem estão aptos a solucionar as eventuais dúvidas de como o Ministério Público, os cidadãos, o *amicus* ou as Cortes de Contas, poderão verdadeiramente ter voz nas arbitragens.

O que se é possível assegurar no momento é que a necessidade de respeito ao princípio da publicidade impõe que essas instituições possam participar das arbitragens que envolvem o Poder Público, garantindo-se maior transparência a esses procedimentos, e que é preciso criar uma sistemática organizacional para operar nesses procedimentos tanto no âmbito do MP e dos Tribunais de Contas, como na seara das instituições arbitrais, já que muitos regulamentos arbitrais ainda proíbem a presença de estranhos ao conflito na arbitragem e costumam trabalhar com a divulgação de dados apenas para as partes.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Antônio Carlos Cintra. **O Princípio da Publicidade no Direito Administrativo**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 23, julho/agosto/setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-ANTONIO-CARLOS-CINTRA.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2016.
- AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio de 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%20C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2016.
- BENTHAM, Jeremy. **Da publicidade**. Tradução de Francisco Jamil Marques. Rev. Bras. Ciênc. Polít. [online]. 2011, n.6, p. 277-294. (ISSN 0103-3352) Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-33522011000200011>>. Acesso em 10 out. 2015.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- DE CADEMARTORI, Sergio Urquhart; DE CADEMARTORI, Daniela M. L.. **O poder do segredo e os segredos do poder: uma análise histórico-conceitual dos limites e possibilidades de convivência entre o segredo e a democracia**. Novos Estudos Jurídicos, [S.1], v. 16, n. 3, dez. 2011. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3416>>. Acesso em: 11 mar. 2016.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções**. Revista de direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 13, nº 49, nov/mar. 2012.
- FREIRE, Geovana Maria Cartaxo de Arruda. **Ciberdemocracia no judiciário: uso de mapas como política de virtualização**. 2014. 351 fl. Tese (doutorado) - Universidade Federal de

Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2014. Disponível em:  
<<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/129267?show=full>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KLEIN, Aline Lícia. **A arbitragem nas concessões de serviço público**. In: PEREIRA, Cesar A. Guimarães. TALAMINI, Eduardo (Coords.). **Arbitragem e poder público**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na concessão de serviços públicos: arbitrabilidade subjetiva. Confidencialidade ou publicidade processual?** Palestra proferida na reunião do Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAR realizada em São Paulo, em 06.05.2003. Publicado na RDM 134:148/163, abr./jun., 2004. Disponível em  
<[http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo\\_juri15.pdf](http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf)>. Acesso em: 03 mar. 2016.

LOPES, Lúcia Ferreira. **Democracia, Princípio da Publicidade e Sistema de Poder**. 2008. 110 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em:  
<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp072244.pdf>>. Acesso em 20 out. 2015.

MAROCCO, Cássio. **O Princípio da Publicidade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. 2011. 198 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/94718>>. Acesso em 13 set. 2015.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Notas em torno da construção da Administração Pública Consensual e Paritária ante a reeleitura do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado**. In: Denise Bittencourt Freidrich; Giovani da Silva Corralo; Rogério Gesta Leal. (Org.). **Direito administrativo e gestão pública II**. 01ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015, v. 01, p. 265-295.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular**. São Paulo: Saraiva 2012.

MATEUS, Janaína Cássia Parmagnani Degraf. **O Princípio da Publicidade na Administração Pública**. 2008. 53 fl. Monografia. (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. Disponível em: <  
<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/30973/M%201076.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 21 novem. 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 5. ed. 2. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Gustavo Justino; FIGUEIROA, Caio Cesar. **Arbitragem é conciliável com os princípios da transparência e publicidade**. Revista Consultor Jurídico. dez. 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-09/arbitragem-conciliavel-transparencia-publicidade>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. TALAMINI, Eduardo (Coords.). **Arbitragem e poder público**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PINTO, José Emílio Nunes Pinto. **A confidencialidade na arbitragem**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais, a.2, nº 6, jul./set. 2005.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. SALOMÃO, Luis Felipe. (Coords.) **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**. São Paulo: Atlas, 2015.

SÁ, Rodrigo Moraes. **O Princípio Constitucional da Publicidade**. Revista Científica (ISSN 2236-6717), n. 56 v. 01, 2014. Disponível em: <[http://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo\\_cientifico\\_-\\_o\\_principio\\_constitucional\\_da\\_publicidade\\_oficial.pdf](http://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_cientifico_-_o_principio_constitucional_da_publicidade_oficial.pdf)>. Acesso em 10 novem. 2015.

SALLA, Ricardo Medina. **Arbitragem e Administração Pública: Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TALAMINI, Eduardo. **Sociedade de economia mista. Distribuição de gás. Disponibilidade de direitos. Especificidade técnica do direito litigioso. Boa-fé e moralidade administrativa**. In: Revista de Arbitragem e Mediação n. 5, São Paulo: RT, abr./jun. 2005a.

TALAMINI, Eduardo. **Idioma local da Arbitragem sobre PPP**. Informativo INCIJUR, Joinville: Instituto de Ciências Jurídicas, n. 69, abr. 2005b.