



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

A POSTURA DO ÁRBITRO DIANTE DE ATOS ILÍCITOS

por

MARIANA CANDIDO DE OLIVEIRA MONTEIRO

ORIENTADOR: André Chateaubriand Martins

2017.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

A POSTURA DO ÁRBITRO DIANTE DE ATOS ILÍCITOS

por

MARIANA CANDIDO DE OLIVEIRA MONTEIRO

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio de
Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Orientador: André Chateaubriand
Martins

2017.2

Ao meu avô Candido.

Agradecimentos

Primeiramente, ao meu tio Rodrigo, por ter me introduzido ao mundo da arbitragem e por toda a ajuda, material de pesquisa e, sobretudo, carinho. Você é um exemplo pra mim!

Ao meu namorado Pedro, por todo o amor nos últimos quatro anos, pela infinita paciência e também pela sugestão de tema.

À minha eterna chefe Lilibeth, ao Leonardo, ao Daniel, ao Rafael, à Eliane, ao André, ao Marcello e a todos do escritório Candido de Oliveira Advogados, por sempre acreditarem e apostarem em mim.

À minha família, Patricia, Sergio, Luiza, Raupp, Bidu e Candido, com cujo apoio e amor eu sei que sempre posso contar.

Às minhas melhores amigas nessa vida, Viviam, Anna Catarina e Luisa, e à Isabela, sem a qual a faculdade de Direito não seria a mesma. Também ao meu amigo Henrique, pelas risadas que me proporcionou nessa reta final.

Por fim, ao meu orientador, André Chateaubriand, por ter feito eu me apaixonar pela arbitragem e pelos conselhos na monografia.

Resumo

MONTEIRO, Mariana Candido de Oliveira. *A postura do árbitro diante de atos ilícitos*. 70 p. Monografia (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2017.

Este trabalho tem por objetivo discutir a postura do árbitro diante de atos ilícitos, analisando se há ou não o dever de reportar sua ocorrência aos órgãos de fiscalização e controle, e também se o árbitro poderia ser responsabilizado por comunicar ou não esses acontecimentos.

Será abordada a natureza jurídica da arbitragem, bem como os conceitos de confidencialidade, interesse público e ordem pública, buscando entender qual deve prevalecer em caso de conflito. Será analisado também o dever de sigilo do árbitro advogado, delimitando a existência ou não de sua responsabilidade tanto no caso de reportar a ocorrência dos atos ilícitos quanto de deixar de fazê-lo.

Palavras-Chave

Arbitragem – Árbitro – Dever de reportar atos ilícitos – Dever de comunicar – Crimes – Atos ilícitos – Confidencialidade – Dever de Sigilo – Sigilo Profissional – Código de Ética e Disciplina da OAB – Interesse público – Ordem pública – Responsabilidade do árbitro – Responsabilidade Civil – Responsabilidade Penal – Equiparação do árbitro ao juiz.

Sumário

Introdução	6
Capítulo 1 - Natureza jurídica da arbitragem e seus reflexos	8
1.1. Equiparação do árbitro ao juiz.....	11
Capítulo 2 - Confidencialidade no processo arbitral	14
2.1. Privacidade, confidencialidade, sigilo e segredo.....	16
2.2. Dever de discrição	17
2.3. Natureza da confidencialidade	19
2.4. Exceções à confidencialidade.....	23
2.5. A confidencialidade na Lei de Mediação	28
Capítulo 3 - Interesse público e ordem pública.....	33
3.1. Interesse público e órgãos de fiscalização e controle.....	33
3.2. Conflito entre interesse público e confidencialidade	35
3.3. Os três níveis da ordem pública e sua aplicação	37
Capítulo 4 - Responsabilidade do árbitro	45
4.1. Responsabilidade civil.....	45
4.2. Responsabilidade penal	50
Capítulo 5 - Dever de sigilo e responsabilidade do árbitro advogado	53
5.1. Dever de sigilo no Código de Ética e Disciplina da OAB	53
5.2. Dever de reportar ilícitos à luz do Direito Penal	56
5.3. Responsabilidade por violação ao dever de sigilo.....	58
Conclusão	63
Bibliografia.....	71

Introdução

A arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias vem ganhando espaço no Brasil e no mundo, pois representa uma saída ao Poder Judiciário, muitas vezes lento e ineficiente. Com esse crescimento, surgem questionamentos a respeito da postura a ser adotada pelo árbitro, uma vez que, muito embora seja um agente privado, julga demandas entre partes, exercendo atividade jurisdicional semelhante à dos juízes estatais.

A discussão sobre a postura do árbitro diante de atos ilícitos já foi bastante debatida nos congressos sobre arbitragem, mas há pouca doutrina explorando especificamente a questão. Trata-se, de fato, de um tema complexo, pois há diversos interesses conflitantes envolvidos, como o dever de confidencialidade e de sigilo do árbitro, por um lado, e o interesse público da sociedade e a ordem pública, de outro.

O presente trabalho irá, primeiramente, abordar a natureza jurídica da arbitragem, constatando que tem natureza mista - contratual na origem e jurisdicional nos efeitos, mas ressaltando que se trata de uma jurisdição privada.

Em seguida, será aprofundado o tema da confidencialidade, passando por sua natureza contratual e pelas hipóteses em que é legítima a sua mitigação. Dentre estes casos, será destacado o interesse público e a ordem pública, questionando-se até que ponto eles poderiam limitar a confidencialidade.

Em seguida, serão feitos comentários a respeito da responsabilidade do árbitro, tanto civil quanto criminal, para concluir se ele poderá ser sancionado tanto no caso de reportar a ocorrência de ilícitos quanto no caso de deixar de fazê-lo.

O dever de sigilo e a responsabilidade do árbitro também serão analisados sob a perspectiva do árbitro advogado, situação muito frequente nas arbitragens, e hipótese em que incide o dever de sigilo profissional, tornando a discussão mais delicada.

Após aprofundar cada um desses temas, será possível compreender melhor a escolha do árbitro por reportar ou não um ato ilícito de que venha a ter conhecimento e, com isso, analisar as consequências de cada posicionamento a fim de delimitar sua eventual responsabilidade.

Capítulo 1

Natureza jurídica da arbitragem e seus reflexos

Desde o advento da Lei 9.307/1996 (“Lei de Arbitragem”), o Brasil passou a adotar oficialmente a arbitragem como meio alternativo de solução das controvérsias. Trata-se de um mecanismo que substitui a exclusiva jurisdição estatal, mitigando a ideia de que esta é uma decorrência intrínseca ao conceito de soberania do Estado.

Isso não significa que a arbitragem seja contrária a esse conceito de soberania, até porque os árbitros não possuem o chamado *ius imperium*, ou seja, dependem do Poder Judiciário para determinar a execução compulsória das suas decisões, visto que tal competência é exclusiva da jurisdição estatal.¹

A questão que surgiu, e que foi muito discutida pela doutrina, foi sobre a natureza jurídica da arbitragem, destacando-se duas correntes principais.

De um lado, havia os adeptos da teoria privatista ou contratual, segundo os quais a arbitragem é produto da vontade das partes, que, por meio da convenção de arbitragem, manifestam sua renúncia à jurisdição estatal e entregam ao Tribunal Arbitral a possibilidade de proferir uma sentença que faça coisa julgada. Através desse contrato, as partes estabelecem as regras a serem aplicadas, delimitando a matéria a ser apreciada e os poderes que serão outorgados aos árbitros. A arbitragem, portanto, seria uma obrigação contratual, constituída pela convenção arbitral, pelo procedimento e pela sentença.²

Conforme definem Ana Tereza Palhares Basílio e André R. C. Fontes:

¹ CRISTOFARO, Flavia Savio C. S. A Relação entre a Arbitragem e as Regras sobre Competência Internacional Previstas nos Artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil Brasileiro. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem Interna e Internacional: questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 418.

*"A base das Teorias Privatistas é a de que os atos volitivos impregnam a arbitragem ao ponto de tomar todo o seu conteúdo. A vontade de duas partes na prática de um ato traduz-se em uma declaração única de vontade, de soberania dos litigantes e de poder de disposição, que dão a marca e as feições contratuais à arbitragem. Pois bem, o cumprimento das disposições negociadas pelas partes na arbitragem é a vontade desses sujeitos e equipara-se ao que se entende no direito contratual por cumprimento das manifestações de vontade dos co-contratantes. Se o cumprimento de um e outro tem o mesmo perfil e características pode-se deduzir que a base da vontade sujeita à execução é a mesma. Cumprimento de cunho contratual e vontade de natureza também contratual."*³

Pedro A. Batista Martins também destaca que a teoria privatística, defendida por autores como Chiovenda e Calamandrei, afastava a ideia de jurisdição na arbitragem justamente por não terem os árbitros os poderes de *coercitio* e *executio*, dois dos tradicionais componentes da jurisdição. Ou seja, uma vez que falta aos árbitros o poder de coerção para impor sanção, determinar a oitiva de testemunhas ou a realização de medidas cautelares, bem como pelo fato do laudo arbitral não ser uma sentença com força obrigacional antes de sua homologação judicial, não poderia a arbitragem ser considerada uma atividade jurisdicional.⁴

A teoria jurisdicional ou publicista, por outro lado, defendia que os árbitros, ao aplicarem o direito ao caso concreto, exercem atos de jurisdição, mesmo que tenham sido nomeados por particulares. Seus deveres e responsabilidades seriam análogos aos dos juízes, devendo, assim como estes, respeitar os princípios da imparcialidade, da independência, da inércia e do juiz natural, apenas para citar alguns. Dessa forma, os árbitros atuam de forma independente, e não como mandatários das partes, ainda que sua função tenha sido atribuída por uma disposição contratual.

² Ibid., p. 419.

³ BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R. C. *Notas introdutórias sobre natureza jurídica da arbitragem*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2007-jul-31/notas_introdutorias_natureza_juridica_arbitragem>. Acesso em 03 nov. 2017.

⁴ MARTINS, Pedro A. Batista. *Anotações sobre a Arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei do Senado nº 78/92*. Disponível em <<http://batistamartins.com/anotacoes-sobre-arbitragem-no-brasil-e-o-projeto-de-lei-do-senado-n-7892/>>. Acesso em 02 nov. 2017.

Tais concepções, entretanto, vêm sendo conciliadas, dando origem a uma corrente mista, que defende que *"a arbitragem é uma instituição contratual nas suas origens e jurisdicional nos seus efeitos"*⁵. Nesse sentido, pode-se distinguir dois momentos distintos: a instituição da arbitragem, com a celebração uma cláusula contratual que, por manifestação de vontade das partes, dá poder decisório aos árbitros, e o processo arbitral em si, no qual é exercida a atividade jurisdicional pelos árbitros, a fim de resolver o conflito aplicando o direito ao caso concreto. Como resume Flavia Savio C. S. Cristofaro:

*"A particularidade de a arbitragem ter origem em cláusula contratual não lhe tira o caráter jurisdicional de solução de litígios, de aplicação do direito ao caso concreto, chegando-se a um meio-termo entre as teorias contratualista e jurisdicional."*⁶

Até mesmo Cândido Rangel Dinamarco⁷, que antes defendia que os árbitros exerceriam função *parajurisdicional*, se converteu à natureza jurisdicional da arbitragem. Isso porque entendeu que sua finalidade é precisamente a pacificação dos conflitos de forma justa, que é o que se considera hoje como o escopo da jurisdição, estando ultrapassada a ideia de que esta seria mero instrumento para dar efetividade ao direito material.

O autor, valendo-se dos ensinamentos de Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins, sustenta que, como a sentença arbitral produz os mesmos efeitos que a judicial, não sendo sujeita a homologação pelo Poder Judiciário e ostentando a condição de título executivo judicial, sua natureza jurisdicional estaria clara. Ele inclusive sugere uma inversão do raciocínio de Carmona, defendendo que a definição do laudo arbitral como título executivo

⁵ BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R. C. Op. cit..

⁶ CRISTOFARO, Flavia Savio C.S. Op. cit., p. 420.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 37 - 41.

judicial seria "um *reflexo* da natureza jurisdicional da arbitragem, e não um *fator* dessa jurisdicionalidade".⁸ Em suas palavras:

*"O árbitro exercia sim uma atividade parajurisdicional, ou seja, algo um pouco aquém da própria jurisdição, quando a eficácia de seu laudo dependia da homologação pelo Estado-juiz - sendo também assim, mutatis mutandis, a posição do juiz leigo que atua nos juizados especiais (Const., art. 93, inc. I - LJE, arts. 7º, 22, 37 e 40). Eliminada a necessidade de homologação e portanto sendo a sentença arbitral eficaz por si própria, ela é, tanto quanto a do juiz, um ato de pacificação social, e, portanto, jurisdicional - não havendo mais razão para ficar assim em uma posição intermediária com a ideia de uma suposta parajurisdicionalidade."*⁹

Trata-se, entretanto, de uma jurisdição privada, que difere da jurisdição estatal justamente pelo fato de ser instituída pela vontade das partes e mediante um instrumento privado, sendo o compromisso do árbitro com as partes, e não com a ordem jurídico-material do País¹⁰.

1.1. Equiparação do árbitro ao juiz

Carlos Eduardo Stefen Elias critica a ideia de "equivalência" entre o árbitro e o juiz com base no art. 18 da Lei de Arbitragem¹¹, argumentando que tal concepção impediria a limitação do poder conferido ao árbitro pelas partes, e determinaria a sujeição do árbitro às mesmas amarras e liberdades procedimentais que alcançam o juiz no processo civil, tornando possível a utilização, contra o árbitro, de mecanismos de controle usados contra o Poder Público em caso de abusos, como por exemplo o mandado de segurança.¹²

Rafael Braude Canterji e Ricardo Ranzolin lembram que tal artigo deve ser interpretado de acordo com a Constituição que, em seus art. 92 a 126, delimita de forma taxativa os membros do Poder Judiciário, não podendo uma

⁸ Ibid., p. 39.

⁹ Ibid., p. 41.

¹⁰ Ibid., p. 64.

¹¹ "Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário."

¹² ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. O árbitro é (mesmo) juiz de fato e de direito? Análise dos poderes do árbitro vis-à-vis os poderes do juiz no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, vol. 54, p. 79 - 122, jul./set. 2017.

lei infraconstitucional ampliar aquele rol, nem criar outros órgãos ou formular equiparações funcionais relativas a prerrogativas constitucionais.¹³

Inicialmente, tal ideia de equiparação tinha como objetivo proteger a decisão arbitral da revisão pelo Poder Judiciário, impedindo que ela fosse objeto de recurso e estabelecendo a desnecessidade de sua homologação judicial. Tal equiparação, entretanto, deve parar por aí, sendo a melhor interpretação do art. 18 da Lei de Arbitragem no sentido de que ser juiz de fato e de direito significa apenas que o árbitro tem autoridade para decidir as questões fáticas e jurídicas necessárias à solução da controvérsia.

Se, por um lado, o juiz mantém uma *relação funcional* com o Estado, o árbitro mantém com as partes uma *relação contratual*, mas, em ambos os casos, são produzidos efeitos na relação processual. O árbitro, entretanto, não é órgão estatal nem agente público, ele é contratado pelas partes e, somente após aceitar o encargo, fica investido na função de solucionar o conflito, adquirindo os poderes a ela inerentes, e passa a ter direito ao recebimento de uma remuneração.¹⁴

Elias destaca, ainda, que:

*"Os poderes do árbitro podem ser modulados pelas partes – característica que, entre outras, confere à arbitragem sua maior adequabilidade para a solução de controvérsias – o que não significa dizer que o árbitro tenha menos ou mais poderes que o juiz, ou que seus poderes não sejam jurisdicionais; significa apenas que seu exercício e sua extensão variam entre um método e outro de solução de controvérsias."*¹⁵

Quanto à possibilidade das partes fazerem a modulação dos poderes do árbitro, tem-se que, justamente pelo fato de a arbitragem ser uma jurisdição privada, que decorre da manifestação de vontade no sentido de renunciar à

¹³ CANTERJI, Rafael Braude; RANZOLIN, Ricardo. Dever de Sigilo do Advogado Quando Atua Como Árbitro no Direito Brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, vol. 53, p. 335 - 354, abr./jun. 2017.

¹⁴ ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. Op. cit., p. 79 - 122.

¹⁵ Ibid., p. 79 - 122.

jurisdição estatal e se submeter à autoridade dos árbitros escolhidos, é possível se pactuar que o procedimento arbitral será marcado pela confidencialidade.

Capítulo 2

Confidencialidade no processo arbitral

A possibilidade de estabelecer que o procedimento arbitral será confidencial é vista como um dos grandes atrativos para a escolha da arbitragem como método de solução de conflitos, juntamente com a flexibilidade do procedimento, celeridade e expertise dos árbitros.

Atualmente, muitas instituições de arbitragem já trazem previsões sobre a confidencialidade em seus regulamentos, o que faz com que, no momento em que as partes optam por se submeter a determinada instituição, estejam automaticamente optando por um procedimento confidencial. O árbitro, portanto, deve guardar confidencialidade do processo arbitral e do laudo, a menos que as partes tenham estipulado diferentemente.¹⁶

A Reforma da Lei de Arbitragem, implementada por meio da Lei 13.129/2015, trouxe algumas mudanças a respeito do tratamento dado à confidencialidade no ordenamento jurídico brasileiro. José Antonio Fichtner e André Luís Monteiro destacam, entre elas, a definição da natureza da confidencialidade como contratual, bem como a extrapolação de seus efeitos para além do universo da Arbitragem, aplicando-se, por exemplo, na cooperação com o Judiciário e nas hipóteses em que a Administração Pública figura no procedimento arbitral.¹⁷

Destacam os autores que o atributo da confidencialidade é internacionalmente reconhecido como uma qualidade do processo arbitral.

¹⁶ VALDÉS, Juan Eduardo Figueroa. As Expectativas das Partes em Relação ao Árbitro e ao Processo Arbitral Internacional. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (Coord.). *Arbitragem: Temas Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 379.

¹⁷ FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. A Confidencialidade na Reforma da Lei de Arbitragem. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.). *Arbitragem e Mediação: A Reforma da Legislação Brasileira*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 161.

A Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (*United Nations Commission On International Trade Law - UNCITRAL*), no item 31 de sua "*Notes on Organizing Arbitral Proceedings*", de 1996, faz essa afirmação, mas tempera admitindo que nem todas as jurisdições reconheceriam um compromisso implícito com a confidencialidade¹⁸.

Da mesma maneira, a *International Law Association*, na Resolução nº. 1/2010, reconhece que a arbitragem frequentemente é percebida como uma característica importante da arbitragem comercial internacional, e que é comum assumir que ela seria inerente à arbitragem. Alerta, entretanto, que tal suposição não é garantida, uma vez que não há regras a esse respeito na maioria das leis e regulamentos aplicáveis à maioria das arbitragens internacionais.¹⁹ Em vista disso, recomenda que as partes e os Tribunais Arbitrais interessados em estabelecer a confidencialidade o façam através de

¹⁸ "31. It is widely viewed that confidentiality is one of the advantageous and helpful features of arbitration. Nevertheless, there is no uniform answer in national laws as to the extent to which the participants in an arbitration are under the duty to observe the confidentiality of information relating to the case. Moreover, parties that have agreed on arbitration rules or other provisions that do not expressly address the issue of confidentiality cannot assume that all jurisdictions would recognize an implied commitment to confidentiality. Furthermore, the participants in an arbitration might not have the same understanding as regards the extent of confidentiality that is expected. Therefore, the arbitral tribunal might wish to discuss that with the parties and, if considered appropriate, record any agreed principles on the duty of confidentiality." Disponível em <<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-e.pdf>>. Acesso em 23 set. 2017.

¹⁹ "A. Findings: 1. Confidentiality is an important feature of international commercial arbitration. 2. Many users of international commercial arbitration assume when choosing arbitration that arbitration is inherently confidential. This assumption is not warranted because many national laws and arbitral rules do not currently provide for confidentiality and those that do vary in their approach and scope (including the persons affected, the duration and the remedies). 3. A general provision of confidentiality in a contract does not necessarily extend to the arbitration. 4. The parties can, however, by agreement provide for confidentiality and (within the limits of applicable law) determine the scope, extent and duration of the obligation as well as the available remedies." Disponível em: <<https://ila.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=1126&StorageFileGuid=00c7e857-9d3a-4c63-bc5e-0c47a1d8079e>>. Acesso em 23 set. 2017.

acordo expresso nesse sentido, seja antes, seja durante o procedimento arbitral.²⁰

2.1. Privacidade, confidencialidade, sigilo e segredo

Como já dito, a arbitragem é um procedimento notadamente privado, uma vez que é conduzido pelas próprias partes e árbitros, e, quando há a participação de uma instituição ou entidade especializada na administração do procedimento, esta também tem natureza privada, uma vez que não possui qualquer espécie de vinculação com o Poder Público.²¹

Dessa forma, afasta-se, num primeiro momento, o princípio da publicidade que marca os processos judiciais. Privacidade, entretanto, não é sinônimo de confidencialidade, principalmente por não impor dever de sigilo às partes, aos árbitros ou às instituições ou entidades administradoras.²²

Conforme definido na Resolução nº. 1/2010 da *International Law Association*, a extensão do conceito de privacidade é simplesmente a vedação que terceiros estranhos à lide compareçam às audiências e sessões, tenham vista dos documentos e petições ou participem do procedimento arbitral em geral. É o oposto do que prevalece no Poder Judiciário, onde qualquer interessado pode ter acesso aos processos (salvo se houver segredo de justiça).

²⁰ "B. Recommendations: 1. Given the different approaches to confidentiality in various jurisdictions and in the various institutional rules and under various professional rules, the best way safely to ensure confidentiality (or non-confidentiality) across many jurisdictions is by express agreement at some point prior to or during the arbitration. 2. In the absence of contractual provisions on confidentiality, arbitrators should consider drawing the attention of the parties to confidentiality and, if appropriate, addressing the issue in terms of reference or a procedural order at the outset of the proceedings. 3. Express agreement to confidentiality should specify the scope, extent, duration of the confidentiality obligation, the exceptions to it, and how it may be enforced." Disponível em: <<https://ila.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=1126&StorageFileGuid=00c7e857-9d3a-4c63-bc5e-0c47a1d8079e>>. Acesso em 23.09.2017.

²¹ FONSECA, Rodrigo Garcia da; CORREIA, André de Luiz. A Confidencialidade na Arbitragem. Fundamentos e Limites. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (Coord.). *Arbitragem: Temas Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 419.

²² Ibid., p. 419.

Já a confidencialidade diz respeito à obrigação de não divulgar ou publicar informações relacionadas ao procedimento arbitral para terceiros, como transcrições de audiências, petições, provas e quaisquer documentos submetidos ao Tribunal Arbitral, bem como à divulgação da própria sentença arbitral.

Conforme definem José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro:

*"Em resumo, enquanto a privacidade é um direito das partes em relação a terceiros estranhos ao processo arbitral consistente na proibição de que eles tenham acesso aos atos do processo arbitral, a confidencialidade é um dever dos sujeitos da arbitragem em relação a eles mesmos de guardar sigilo em relação às informações que obtiveram por estarem participando da arbitragem. Enquanto a privacidade decorre do caráter naturalmente particular e privado da arbitragem, da qual estranhos obviamente não fazem parte, a confidencialidade deriva de previsão legal ou convencional, a depender do que dispuser o ordenamento jurídico aplicável."*²³

Também é válido distinguir os conceitos de sigilo e segredo. José Antonio Fichtner e André Luís Monteiro fazem a seguinte conceituação:

"O sigilo é uma qualidade que se estabelece sobre determinadas informações ou sobre determinados documentos ou atos processuais que os torna imunes ao conhecimento de terceiros ou da própria contraparte na arbitragem. O sigilo é estabelecido pelos árbitros discricionariamente, a partir das alegações das partes sobre a pertinência da produção de determinados documentos ou da divulgação de determinadas informações.

[...]

*Já o segredo é uma qualidade intrínseca da informação ou do documento, derivada de disposição legal, que a faz imune ao conhecimento de terceiros ou da contraparte. Em tal hipótese, a atividade do árbitro deixa de ser discricionária e passa a ser vinculada."*²⁴

2.2. Dever de discrição

No entendimento de Rodrigo Garcia da Fonseca e André de Luiz Correia, a Lei de Arbitragem, ao dispor em seu art. 13, § 6º, que o árbitro deve proceder com discrição no desempenho da sua função (além de imparcialidade,

²³ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. A Confidencialidade na Arbitragem: Regra Geral e Exceções. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, vol. 49, p. 227 - 285, jan./mar. 2012.

independência, competência e diligência), se aproxima muito mais do conceito de privacidade do que de confidencialidade. Sendo a arbitragem desenvolvida num ambiente privado, nada mais natural do que a exigência de que o árbitro seja discreto, evitando comentar sobre os acontecimentos do procedimento arbitral.

Por outro lado, José Antonio Fichtner e André Luís Monteiro, assim como José Emilio Nunes Pinto, sustentam que tal artigo é sim suficiente para impor aos árbitros o dever de confidencialidade, independentemente de qualquer previsão contratual ou regulamentar.

Nas palavras dos dois primeiros autores:

*"Esse dever de confidencialidade legalmente imposto aos árbitros abrange, segundo nos parece, a própria existência da arbitragem, as informações obtidas no curso do procedimento arbitral, os documentos apresentados pelas partes ou por terceiros, as provas produzidas e, também, as próprias decisões arbitrais. Trata-se de dever que tem início quando o árbitro estabelece o primeiro contato com a causa, e que se estende, inclusive, no período pós-arbitragem. O afastamento do dever legal de confidencialidade por parte dos árbitros está sujeito a pouquíssimas exceções, valendo destacar, principalmente, a própria autorização das partes como uma delas."*²⁵

Isso porque entendem que, para cumprir com o dever de discrição, o árbitro não poderia divulgar informações relativas à arbitragem, devendo se abster de comentar sobre o andamento do procedimento, bem como manter no âmbito privado os documentos apresentados. Tais obrigações são as mesmas que lhe seriam impostas pela confidencialidade, o que legitimaria a equiparação desta à discrição, ainda que só aplicável aos árbitros.

Fichtner e Monteiro entendem ainda que a regra do art. 13, § 6º, da Lei 9.307/96, aplicável aos árbitros, se estende às instituições administradoras da arbitragem. José Emilio Pinto Nunes, entretanto, discorda, argumentando que a Lei de Arbitragem não traz previsão nesse sentido, assim como nada fala sobre

²⁴ FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. Op. cit., p. 164 - 165.

o dever de discrição ou de confidencialidade em relação às partes. Por isso, em seu entendimento, não seria possível dizer que a confidencialidade estaria totalmente garantida por meio dessa disposição legal.

Assim, parece mais correto o entendimento de Selma Lemes²⁶ e de Rodrigo Garcia da Fonseca e André de Luiz Correia no sentido de que a previsão do dever de discrição não pode ser equiparada à confidencialidade, uma vez que esta é bem mais abrangente. Para respeitar a discrição, bastaria que os árbitros deixassem de dar entrevistas, de dar publicidade a respeito do procedimento para terceiros, enquanto a confidencialidade tem consequências mais abrangentes, como vedar o acesso de terceiros a documentos, petições, provas e quaisquer informações relativas ao procedimento arbitral.

Assim, para uma proteção completa contra a divulgação de informações, seria necessário estipular uma cláusula contratual ou eleger um regulamento de instituição arbitral que resguardasse expressamente a confidencialidade.

2.3. Natureza da confidencialidade

José Emilio Nunes Pinto, ao analisar o conceito de confidencialidade, o entende como sendo uma expressão da ética na arbitragem, tão cara ao nosso sistema jurídico. Segundo ele, "*muito antes de servir como um meio capaz de afetar o interesse público, a confidencialidade se destina a preservá-lo*".²⁷

O autor expõe que sempre existiu uma espécie de dogma segundo o qual a arbitragem estaria marcada por um dever de sigilo. Tal mito, entretanto, teria sido desfeito nos últimos anos, uma vez que passou a se entender que a

²⁵ Ibid., p. 166.

²⁶ LEMES, Selma M. Ferreira. *Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos - Arbitrabilidade Objetiva: Confidencialidade ou Publicidade Processual?* Disponível em <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf>. Acesso em 24 set. 2017. p. 17 - 18.

²⁷ PINTO, José Emilio Nunes. A Confidencialidade na Arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, vol. 6, p. 25-36, jul./set. 2005.

confidencialidade não poderia ser vista como algo inerente ao procedimento arbitral, pois somente existiria caso as partes assim estipulassem.

Além disso, o autor destaca que a privacidade e a confidencialidade são complementares, uma vez que de nada adiantaria prever o dever de não divulgação das informações se terceiros pudessem participar do procedimento sem estar vinculados pelo dever de sigilo.

Ressalta, ainda, que a inexistência de previsão expressa a respeito do dever de sigilo não deveria ser entendida como uma autorização para que seja dada publicidade a todos os atos do procedimento arbitral. A privacidade, segundo ele, deve ser compreendida de maneira a abranger não apenas o uso restrito de documentos, mas também como uma maneira de limitar o conhecimento geral das informações, documentos e dados que integraram a arbitragem. Em suas palavras:

*"O contraponto da inexistência de dever de sigilo não é, e nem pode ser, a publicidade destes e dos atos do procedimento. A privacidade não deve ser vista, naqueles países, como um traço dos atos do procedimento totalmente isolado. Reconhece-se a privacidade como meio de tornar de uso restrito documentos e informações de valor para as partes. A privacidade é um limitador ao conhecimento geral das informações, documentos e dados que integraram a arbitragem. A inexistência do sigilo permitirá que, como ocorreu no caso Esso, dados, informações e documentos trazidos a um procedimento arbitral sejam utilizados em outro procedimento, mas no exato limite da necessidade detectada pela parte. Ao utilizar-se desses dados, em países onde já se tenha firmado o entendimento da confidencialidade não ser inerente ao procedimento, deverá a parte exercer prudência e diligência razoáveis na sua utilização."*²⁸

Para resolver a questão sobre a existência ou não desse dever de confidencialidade, uma vez que a Lei de Arbitragem não o prevê de forma expressa em relação às partes, José Emilio Nunes Pinto recorre à Teoria Geral dos Contratos, defendendo que a extensão do princípio da boa-fé objetiva implicaria na conclusão de que a confidencialidade seria sim inerente ao procedimento arbitral, uma vez que as partes, ao firmarem o compromisso

²⁸ Ibid., p. 25-36.

arbitral, têm uma expectativa de que a arbitragem se dará com observância à confidencialidade. Argumenta o autor:

*"A divulgação, publicação ou uso não autorizado de dados, informações e documentos sob a titularidade de uma das partes e que venham ao conhecimento da outra e de todos os que participem desse procedimento em razão do próprio procedimento arbitral devem ser mantidos restritos ao contexto arbitral e protegidos pelo sigilo. A violação desse dever poderá trazer danos ao patrimônio da parte afetada, rompendo-se o que tinha como comportamento leal, fundado na confiança. Portanto, em razão dos deveres laterais da boa fé, impostos a ambas as partes contratantes, entendemos existir, no direito brasileiro, um dever de sigilo, sendo este da essência da própria arbitragem e em relação a dados, informações e documentos trazidos ao procedimento arbitral por qualquer das partes. Corolário desse standard de comportamento exigido das partes é o dever de manter confidencial a respectiva sentença arbitral proferida."*²⁹

É feita uma ressalva, entretanto, para os casos de descumprimento ou de anulação da sentença arbitral, hipóteses nas quais deve o Poder Judiciário atuar para garantir a execução coercitiva do laudo arbitral ou para corrigir eventual violação à ordem pública. Nesses casos, defende o autor que não haveria violação do sigilo ao dar publicidade à sentença quando esta adentrasse a esfera judicial, pois nesta prevalece a ampla publicidade.

Em relação a este ponto, vale comentar que o Código de Processo Civil ("CPC")³⁰ e a Lei de Arbitragem³¹ garantem a confidencialidade em caso de cumprimento de carta arbitral e outros processos que versem sobre arbitragem, desde que a opção pela confidencialidade seja comprovada perante o juízo.

²⁹ Ibid., p. 25-36.

³⁰ "Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:

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

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

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

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

³¹ "Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro.

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

Nessa cláusula aberta estipulada pelo CPC, poderiam ser incluídas, por exemplo, a homologação de decisão arbitral estrangeira ou a execução de um laudo arbitral, que poderiam ser processadas na justiça estatal sob segredo de justiça, exatamente para resguardar a confidencialidade.

Rodrigo Garcia da Fonseca e André de Luiz Correia, por sua vez, temperam o entendimento de José Emilio Nunes Pinto de que o dever de confidencialidade seria inerente ao procedimento arbitral por conta da aplicação dos deveres laterais de boa-fé dos contratantes, argumentando que, também nesta concepção mais ampla, a confidencialidade se originaria não da legislação arbitral, mas sim do contrato, do direito civil obrigacional.³²

Da mesma maneira, José Antonio Fichtner e André Luís Monteiro entendem que a confidencialidade nunca foi um princípio inerente à arbitragem, devendo decorrer da lei ou dos contratos. Para eles, não seria possível dizer que ela decorre da boa-fé objetiva, uma vez que esta pode criar deveres laterais de conduta, mas não uma obrigação autônoma não prevista em lei e não convencionada pelas partes.

Antes da Reforma feita pela Lei 13.129/2015, a Lei de Arbitragem tratava apenas do dever de discrição em relação ao árbitro. Por isso, entendiam Fichtner e Monteiro que as partes somente estariam obrigadas a respeitar a confidencialidade quando houvesse acordo expresso nesse sentido, o que poderia ser feito na cláusula compromissória, no compromisso arbitral, no termo de arbitragem, no regulamento arbitral eleito ou mesmo no curso da arbitragem.³³ Sendo a confidencialidade pactuada, ela se estenderia aos demais

³² FONSECA, Rodrigo Garcia da; CORREIA, André de Luiz. Op. cit., p. 421.

³³ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. Op cit., p. 227 - 285.

participantes do procedimento arbitral, como peritos, assistentes e testemunhas, já que estes estariam aderindo ao pacto.³⁴

Com a Reforma da Lei de Arbitragem e inclusão do art. 22-C, o qual repete o art. 189 do CPC, entendem os autores que a lei passou a tutelar expressamente a confidencialidade na arbitragem, exigindo, para que ela seja preservada, apenas que as partes comprovem que a estipularam.

Isso significa que a confidencialidade não é implícita à arbitragem, mas, caso seja estipulada, o vazamento de informações, peças, documentos e decisões terá como consequência a responsabilização civil do seu agente, sujeitando-o à indenização pelas perdas e danos causados e à eventual rescisão do contrato.³⁵

2.4. Exceções à confidencialidade

Há situações, entretanto, que admitem que a confidencialidade contratual seja suprimida de forma legítima. A primeira delas, e a mais óbvia, é caso as partes concordem em divulgar as informações.

Também é bastante recorrente o caso de estar pactuado no contrato ou disposto no regulamento da instituição arbitral que, sendo necessário que a parte envolvida na arbitragem divulgue determinada informação para fins de exercer seu direito de defesa, ou havendo obrigação legal de divulgar certa informação, pode ser excepcionada a confidencialidade.

O Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), em seu artigo 14, que trata do sigilo em seus procedimentos arbitrais, estabelece como exceção justamente essa hipótese de proteção de direito da parte. Confira-se:

³⁴ FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. Op. cit., p. 177.

³⁵ FONSECA, Rodrigo Garcia da; CORREIA, André de Luiz. Op. cit., p. 422.

"ARTIGO 14 – SIGILO

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.

14.1.1. 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.

14.2. É vedado aos membros do CAM-CCBC, aos árbitros, aos peritos, às partes e aos demais intervenientes divulgar quaisquer informações a que tenham tido acesso em decorrência de ofício ou de participação no procedimento arbitral."³⁶

As Regras de Arbitragem da *World Intellectual Property Organization* seguem a mesma linha:

"Confidentiality of the Award

Article 77

The award shall be treated as confidential by the parties and may only be disclosed to a third party if and to the extent that:

(i) the parties consent; or

(ii) it falls into the public domain as a result of an action before a national court or other competent authority; or

*(iii) it must be disclosed in order to comply with a legal requirement imposed on a party or in order to establish or protect a party's legal rights against a third party."*³⁷

No mesmo sentido dispõe o Regulamento da *London Court of International Arbitration*, o qual também excepciona as informações de domínio público:

³⁶ Regras disponíveis em <<http://www.ccbc.org.br/Materia/1067/regulamento>>. Acesso em 02 nov. 2017.

³⁷ Regras disponíveis em <<http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/index.html#conf2>>. Acesso em 24 set. 2017. Em tradução livre:

Confidencialidade da Decisão Arbitral

Artigo 77

A decisão deve ser tratada como confidencial pelas partes e só pode ser divulgada a uma terceira parte se e no limite que:

(i) as partes consentam; ou

(ii) cair em domínio público como resultado de uma ação perante uma corte nacional ou outra autoridade competente; ou

(iii) precisar ser divulgada a fim de cumprir com um dever legal imposto a uma parte ou a fim de consagrar ou proteger um direito legal da parte contra um terceiro.

"Artigo 30 Sigilo

30.1 A menos que as partes acordem expressamente em contrário, por escrito, as partes obrigam-se, como princípio geral, a manter confidencial toda sentença na sua arbitragem, junto com todos os materiais no processo criados para os efeitos da arbitragem e todos os demais documentos apresentados por outra parte no processo que não sejam de outra forma de domínio público – salvo e na medida em que a revelação possa ser exigida de uma das partes por dever legal, para proteger ou fazer valer um direito legal, ou para fazer cumprir ou impugnar uma sentença em processo judicial de boa fé ante um tribunal nacional ou outra autoridade judicial."³⁸

Selma Lemes conceitua informações de domínio público como aquelas *"obtidas de outra fonte que não através do procedimento arbitral em questão e desde que não seja violado acordo de confidencialidade a que estiverem vinculadas as partes."*³⁹ Rodrigo Garcia da Fonseca e André de Luiz complementam dizendo que são informações já conhecidas de modo geral por toda a coletividade, ou que, em razão do interesse público, devam ser amplamente divulgadas.⁴⁰

Também fala do domínio público o Regulamento de 2013 do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem:

*"17.1. Salvo acordo em contrário das partes, ou se exigido por lei aplicável às partes, os membros do Tribunal Arbitral e do Centro manterão confidencialidade sobre os assuntos relacionados à arbitragem, salvo aqueles porventura já de domínio público ou que já tenham sido de alguma forma divulgados."*⁴¹

Muitos regulamentos de instituições arbitrais abordam também a questão da divulgação das decisões tomadas pelo Tribunal Arbitral, autorizando que ela seja feita, geralmente, mediante consentimento das partes, mas omitindo seus nomes e os nomes dos árbitros, além de outras informações que eventualmente possam levar à identificação do caso julgado. Tal permissão é uma exceção legítima à confidencialidade na medida em que a divulgação

³⁸ Tradução do original disponível em <http://www.cbar.org.br/PDF/portuguese_rules%20-%20LCIA.pdf>. Acesso em 24 set. 2017.

Original disponível em <http://www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx>. Acesso em 01 nov. 2017.

³⁹ LEMES, Selma M. Ferreira. Op. cit., p. 20.

⁴⁰ FONSECA, Rodrigo Garcia da; CORREIA, André de Luiz. Op. cit., p. 425.

das decisões é interessante para aprimorar a doutrina e jurisprudência sobre os temas tratados, e também para ajudar a estabelecer parâmetros objetivos que sirvam de orientação para os árbitros. Ainda assim, é muito incipiente essa prática, uma vez que as partes geralmente não estão dispostas a dar publicidade a seus casos.

Outra hipótese em que se excepciona o dever contratual de confidencialidade é quando há dever legal de informar. Os casos mais frequentes são: (i) o dever legal do administrador da companhia aberta de divulgar fatos relevantes, em conformidade com o que estabelece o artigo 157 da Lei 6.404/1976 e a Instrução CVM 358; e (ii) o dever de colaborar com o Poder Judiciário quando este solicita informações, fundamentado nos artigos 378⁴² e 380⁴³ do CPC, salvo nas exceções previstas no art. 404⁴⁴ do CPC.

Nessas exceções ao dever legal de prestar as informações solicitadas pelo Poder Judiciário, previstas no art. 404 do CPC, destacam-se os incisos IV e V, que tratam das hipóteses de sigilo profissional e outros motivos graves

⁴¹ Regulamento disponível em <http://site1379424603.hospedagemdesites.ws/regulamento_1>. Acesso em 02 nov. 2017.

⁴² "Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade."

⁴³ "Art. 380. Incumbe ao terceiro, em relação a qualquer causa:

I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento;

II - exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder.

Parágrafo único. Poderá o juiz, em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias."

⁴⁴ "Art. 404. A parte e o terceiro se escusam de exhibir, em juízo, o documento ou a coisa se:

I - concernente a negócios da própria vida da família;

II - sua apresentação puder violar dever de honra;

III - sua publicidade redundar em desonra à parte ou ao terceiro, bem como a seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau, ou lhes representar perigo de ação penal;

IV - sua exibição acarretar a divulgação de fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo;

V - subsistirem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa da exibição;

VI - houver disposição legal que justifique a recusa da exibição.

Parágrafo único. Se os motivos de que tratam os incisos I a VI do caput disserem respeito a apenas uma parcela do documento, a parte ou o terceiro exhibirá a outra em cartório, para dela ser extraída cópia reprográfica, de tudo sendo lavrado auto circunstanciado."

que justifiquem a recusa da exibição, que serão aprofundados nos próximos capítulos.

Também se fala nas hipóteses de ações que envolvam arbitragem correrem no Judiciário, como na execução do laudo arbitral, no cumprimento de medida cautelar determinada pelo árbitro ou na ação anulatória do laudo arbitral. Nesses casos, aplica-se a regra do Judiciário, que é a publicidade, salvo se as partes requererem a concessão de segredo de justiça, nos termos dos art. 189 do CPC e 22-C da Lei de Arbitragem.

As arbitragens envolvendo a Administração Pública são um caso à parte, autorizadas expressamente pela Lei de Arbitragem no art. 1º, § 1º⁴⁵, incluído pela Reforma de 2015, com a ressalva do art. 2º, § 3º⁴⁶ de que serão sempre de direito e respeitarão o princípio da publicidade.

Podemos, ainda, ter situações de interesse público que, caso a caso, possam justificar que o dever de confidencialidade possa ser excepcionado sem que isso represente uma quebra contratual. Como exemplos, podemos citar o fornecimento de informações para autoridades policiais ou para a Receita Federal.

É justamente nesse contexto que se insere o questionamento se o árbitro tem o dever de reportar eventuais atos ilícitos que venha a tomar conhecimento no curso da arbitragem. Estariam tais informações restritas ao procedimento arbitral por conta do dever de sigilo e da confidencialidade ou o interesse público justificaria sua revelação?

⁴⁵ "Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis."

⁴⁶ "Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade."

2.5. A confidencialidade na Lei de Mediação

A Lei 13.140/2015 ("Lei de Mediação"), em seu artigo 2º, VII⁴⁷, coloca a confidencialidade como um dos princípios a orientar a mediação. A regra é que o procedimento seja confidencial, nos termos do artigo 30 da referida lei:

"Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação."

O dever de manter a confidencialidade na mediação aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, nos termos do § 1º do art. 30.⁴⁸ Tal dever abrange todas as informações produzidas no curso do procedimento de mediação (art. 166, § 1º do CPC⁴⁹), inclusive aquelas prestadas por uma parte em sessão privada, salvo se houver autorização para o mediador revelá-las às demais partes, conforme dispõe o art. 31.

⁴⁷ "Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

- I - imparcialidade do mediador;
- II - isonomia entre as partes;
- III - oralidade;
- IV - informalidade;
- V - autonomia da vontade das partes;
- VI - busca do consenso;
- VII - confidencialidade;
- VIII - boa-fé."

⁴⁸ "§ 1º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando:

- I - declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito;
- II - reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação;
- III - manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador;
- IV - documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação."

⁴⁹ "Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes."

Assim, diferentemente da arbitragem, a confidencialidade na mediação não tem natureza meramente contratual, sua previsão decorre de lei.

Os parágrafos 3º e 4º do artigo 30, por sua vez, trazem exceções a essa regra geral de dever de confidencialidade.

"§ 3º Não está abrigada pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública."

"§ 4º A regra da confidencialidade não afasta o dever de as pessoas discriminadas no caput prestarem informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas nos termos do art. 198 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional."

O parágrafo quarto menciona apenas o dever de prestar informações à administração tributária. Já o parágrafo terceiro traz uma previsão bastante interessante, pois institui que o mediador tem dever de reportar a ocorrência de crimes de ação penal pública que venha a ter conhecimento no curso do procedimento de mediação.

Como a mediação também é um método alternativo de resolução de conflitos e possui alguns pontos em comum com a arbitragem, poderia haver o questionamento se esse dispositivo seria aplicável por analogia ao procedimento arbitral.

O artigo 42 da Lei de Mediação, em um primeiro momento, poderia sugerir que esta analogia estaria correta, pois dispõe que a lei se aplica, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências.

Devem, entretanto, ser feitas algumas considerações. Em primeiro lugar, é importante destacar que, embora não seja pacífico, entende-se que a arbitragem não é uma forma consensual de resolução de conflitos. Isso porque, na arbitragem, o consenso das partes está somente na submissão do conflito ao

Tribunal Arbitral em substituição ao Poder Judiciário, bem como na liberdade para dispor sobre como se dará o procedimento arbitral.

Na mediação e na conciliação, que são os exemplos típicos de métodos consensuais, as próprias partes são responsáveis pela construção da solução adequada através do consenso e da decisão informada, contando com um terceiro apenas para facilitar seu diálogo. Na arbitragem, por outro lado, uma vez delegada ao árbitro a solução do conflito, esta cabe apenas a ele, ficando as partes obrigadas a sujeitar-se à decisão do árbitro, seja ela favorável ou desfavorável aos seus interesses.

O Código de Processo Civil, inclusive, em seu artigo 3º, coloca em parágrafos distintos a arbitragem (§ 1º) e os métodos de solução consensual de conflitos (§§ 2º e 3º).⁵⁰

Assim, a arbitragem não estaria abrangida pelo artigo 42 da Lei de Mediação, uma vez que este menciona apenas as formas consensuais de resolução de conflitos.

De qualquer maneira, poderia ser defendida a aplicação do art. 30 da Lei de Mediação à arbitragem por ser esta, assim como a mediação, um método alternativo de resolução de conflitos. A esse respeito, entretanto, é importante destacar que trata-se de métodos de natureza diferente. Enquanto mediação é um método autocompositivo, no qual, como dito, as próprias partes são responsáveis por solucionar seu conflito, sendo o terceiro mediador apenas um facilitador do diálogo, a arbitragem é um método heterocompositivo, no qual

⁵⁰ "Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial."

as partes submetem a um terceiro, árbitro, o poder de solucionar a controvérsia, sendo sua decisão vinculante e de cumprimento obrigatório.

Além disso, a natureza da confidencialidade na arbitragem e na mediação é distinta - é contratual na primeira e legal na segunda. Dessa forma, não parece razoável estender a limitação à confidencialidade da Lei de Mediação para a arbitragem, quando nesta a confidencialidade será pactuada pelas partes, que deverão dispor acerca da sua abrangência.

Também é digno de nota o fato de a Lei de Mediação e a Reforma da Lei de Arbitragem terem sido elaboradas contemporaneamente, tendo sido promulgadas com apenas um mês de diferença - a Lei 13.140 (Lei de Mediação) é de 26 de junho de 2015 e a Lei 13.129 (Reforma da Lei de Arbitragem) é de 26 de maio de 2015.

Caso a intenção do legislador fosse a aplicação do dever de comunicar crimes de ação penal pública também ao árbitro, à semelhança do mediador, pois tais crimes seriam mais graves e mereceriam um tratamento mais severo pelo ordenamento jurídico, essa disposição poderia ter sido inserida na Reforma da Lei de Arbitragem, mas isto não aconteceu.

Parece, então, que o parágrafo terceiro do artigo 30 tenha sido pensado para a mediação judicial, embora, pela redação da Lei 13.140/2015, seja uma cláusula geral, aplicável tanto à mediação judicial quanto à extrajudicial. Isso porque, na mediação judicial, o mediador está vinculado à estrutura do Poder Judiciário, atuando como verdadeiro funcionário público e sujeitando-se aos mesmos deveres e responsabilidades que este. O art. 8º da Lei de Mediação⁵¹, inclusive, equipara o mediador ao servidor público, para os efeitos da legislação penal.

⁵¹ "Art. 8º O mediador e todos aqueles que o assessoram no procedimento de mediação, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, são equiparados a servidor público, para os efeitos da legislação penal."

Assim, na mediação judicial, faria sentido exigir que o mediador reporte a ocorrência de crimes aos órgãos competentes, uma vez que os servidores públicos também têm essa obrigação, por força do art. 116, VI, da Lei 8.112/1990⁵².

Conclui-se, portanto, que o dever de reportar crimes de ação penal pública, instituído para os mediadores pelo art. 30 da Lei 13.140/2015, deve ficar restrito ao âmbito da mediação, não devendo ser aplicado à arbitragem por analogia, uma vez que a natureza dos institutos é distinta, sendo a primeira autocomposição e a segunda heterocomposição de conflitos, e porque a natureza da confidencialidade também é diferente, sendo legal na primeira e contratual na segunda.

⁵² "Art. 116. São deveres do servidor:

[...]

VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração;"

Capítulo 3

Interesse público e ordem pública

O conceito de interesse público é difícil de ser precisado, uma vez que se trata de expressão bastante vaga. Neste trabalho, será utilizada a noção finalista de interesse público⁵³, ou seja, a ideia de satisfazer os interesses da coletividade, que seria uma entidade distinta e superior a orientar a atividade jurisdicional.

Quando há a prática de um ato ilícito, seja ele um crime ou um ilícito civil, tributário, administrativo, concorrencial ou de qualquer outra natureza, o interesse da sociedade é que esta infração à lei seja investigada e que as sanções cabíveis sejam aplicadas para coibir que sua prática seja reiterada.

3.1. Interesse público e órgãos de fiscalização e controle

Para garantir a defesa desse interesse público, existem órgãos responsáveis pela fiscalização e controle dos atos tanto dos particulares quanto dos entes públicos, visando, assim, resguardar a higidez do ordenamento jurídico e proteger a ordem pública. Alguns deles são o Ministério Público ("MP"), a Comissão de Valores Mobiliários ("CVM"), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE"), o Tribunal de Contas da União ("TCU"), o Banco Central, agências reguladoras e a Receita Federal.

O Ministério Público, por exemplo, tem como função, definida pelo art. 127 da Constituição Federal, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. No exercício dessa função, ele possui diversos poderes instrutórios e investigatórios, elencados no art. 26 da Lei 8.625/1993. Entre eles, destacam-se os poderes para instaurar inquéritos civis; colher depoimentos, podendo inclusive

requisitar condução coercitiva dos depoentes; requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, e de órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, e de qualquer dos Poderes; promover inspeções e diligências investigatórias; e requisitar informações e documentos a entidades privadas.

Da mesma maneira, a CVM, nos termos do art. 10 do seu Regimento Interno (Portaria nº 327, de 11 de julho de 1977), tem poderes para examinar registros contábeis e livros ou documentos dos integrantes do mercado de valores mobiliários e intimá-los a prestar informações ou esclarecimentos; requisitar informações de órgãos públicos, autárquicos ou empresas públicas; apurar atos ilegais e práticas não equitativas de administradores e acionistas de companhias abertas, dos intermediários e dos demais participantes do mercado; entre outros.

Também o CADE, através de sua Superintendência-Geral, nos termos do art. 13 da Lei 12.529/2011, tem poder de acompanhar as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso; e promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica.

Os demais órgãos possuem poderes semelhantes, o que demonstra que eles dispõem de diversos mecanismos que lhes permitem apurar a ocorrência de atos ilícitos e delimitar a responsabilidade dos agentes. Além disso, como sua atuação envolve o interesse da sociedade em investigar e prevenir ou punir

⁵³ MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Um Fundamento do Regime Administrativo: O princípio da*

a prática de atos ilícitos, eles podem agir com base em denúncias ou informações recebidas por outros entes.

3.2. Conflito entre interesse público e confidencialidade

Caso um árbitro, no exercício da sua função, venha a tomar conhecimento da prática de algum ilícito pelas partes envolvidas na arbitragem, ou até mesmo por terceiros, teria ele o dever de reportar essa informação para os órgãos de fiscalização e controle? Para defender a existência desse dever, poderia ser invocado o interesse público ou a manutenção da ordem pública. Isso porque, como dito, é de interesse da sociedade que os ilícitos sejam apurados, de modo que seria possível considerar que esse interesse se sobreponha aos interesses privados envolvidos na arbitragem.

Conforme destaca André Chateaubriand Martins⁵⁴, a ordem pública foi colocada pelo legislador brasileiro como um princípio que limita a autonomia da vontade, podendo ser aplicada em qualquer arbitragem sujeita à Lei 9.307/1996 e invocada na rejeição da homologação de sentença estrangeira. Assim como o interesse público, é difícil conceituar a ordem pública, pois ela é flexível e mutável e está em constante construção pela jurisprudência. O autor apresenta, entretanto, a seguinte definição:

*"A ordem pública é um princípio geral, exógeno ao ordenamento jurídico, que se assenta em valores de natureza política, econômica e social, integrantes de determinada sociedade, como a expressão maior dos seus valores. Atuando como verdadeiro fundamento da ordem jurídica, a ordem pública antecede e inspira a elaboração das leis. Ela não se confunde com a lei, sendo imprecisa a frequente denominação de "leis de ordem pública"."*⁵⁵

prosecução do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 71.

⁵⁴ MARTINS, André Chateaubriand. Os Diferentes Níveis de Ordem Pública sob uma Perspectiva da Jurisprudência Brasileira em Arbitragens Doméstica e Internacional. *Revista Brasileira de Arbitragem*. São Paulo, n. 37, p. 51, jan./mar. 2013.

⁵⁵ Ibid., p. 52.

É fato que a possibilidade das partes de contratarem uma arbitragem confidencial está pautada na ideia de liberdade contratual que marca o procedimento arbitral e que está expressamente garantida no art. 2º, §1º, da Lei 9.307/1996⁵⁶, mas é igualmente certo que a confidencialidade por elas firmada poderia ser mitigada em favor da ordem pública.

Ocorre que o respeito à confidencialidade quando esta é pactuada envolve não só o princípio da autonomia da vontade, mas também o princípio da boa-fé contratual, e, além disso, decorre da interpretação dos art. 22-C da Lei de Arbitragem e 189, IV, do CPC, que determinam de forma expressa a observância de segredo de justiça quando comprovado que as partes contrataram uma arbitragem confidencial.

Assim, quando a confidencialidade vem estipulada no contrato que institui a arbitragem, ainda que este seja um instrumento particular, podemos considerar que ela passa a ser essencial ao procedimento arbitral, uma vez que deve ser respeitada por todas as partes nele envolvidas. Por isso, sua mitigação em prol do interesse público em reportar eventuais atos ilícitos significaria um descumprimento contratual que também violaria o princípio da boa-fé, pois representaria uma quebra da expectativa das partes de manter sob sigilo o procedimento arbitral. Consequentemente, tal violação poderia implicar na responsabilidade do árbitro pelas perdas e danos causados.

Além disso, no caso do árbitro advogado, o dever de sigilo tem natureza de ordem pública por força de disposição do art. 36, *caput*, Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil ("Código de Ética e Disciplina da OAB"), estando sua violação sujeita inclusive à incidência do art. 154 do Código Penal, como será explorado mais à frente.

⁵⁶ "Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

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

3.3. Os três níveis da ordem pública e sua aplicação

A fim de melhor delimitar os contornos da ordem pública, André Chateaubriand propõe dividi-la em três níveis.⁵⁷

O primeiro nível da ordem pública, segundo ele, visa a resguardar determinados valores no plano do direito interno, impedindo seu desrespeito pela vontade das partes. É o caso, por exemplo, de um contrato regulando a herança de pessoa viva no Brasil, que será nulo por ofensa à lei que o veda. A ordem pública nesse primeiro nível tem aplicação mais ampla e acentuada, pois o Estado tem interesse direto já que os atos são praticados em território nacional.

No segundo nível, há um controle na aplicação das leis estrangeiras nas arbitragens domésticas, sejam elas indicadas pelas regras de conexão do direito internacional privado ou, na arbitragem, por eleição das partes. A lei cogente local que estabelece a maioridade civil de 18 anos, por exemplo, não poderia ser afastada em território nacional, mas, no plano internacional, se a lei aplicável for a estrangeira, por conta da regra de conexão, poderia ser admitida uma lei que considera capaz uma pessoa de 15 anos. A aplicação da lei estrangeira só será afastada se colidir frontalmente com a ordem pública. Se, por exemplo, partes brasileiras fazem, no Brasil, um contrato envolvendo uma dívida de jogo e elegem a lei americana para regê-lo, estariam burlando a proibição do sistema brasileiro, o que violaria a ordem pública. Nesse caso, então, os árbitros poderão afastar a aplicação da lei estrangeira.

O terceiro nível diz respeito à homologação da sentença estrangeira, na qual a intervenção do Judiciário deve ser mínima. O Superior Tribunal de Justiça exerce apenas um juízo de delibação, não analisa o mérito da sentença, em regra. Se houver uma violação muito grave à ordem pública, entretanto,

⁵⁷ MARTINS, André Chateaubriand. Op. cit., p. 53-55.

essa sentença não poderá ser homologada. Como exemplo, poderíamos citar uma sentença que estabelecesse pena de apedrejamento, que não poderia ser homologada pois representaria uma gravíssima violação aos direitos humanos.

Nos casos envolvendo suborno e corrupção, as instituições de arbitragem têm dado soluções distintas, mas a tendência é aplicar a teoria da separabilidade da cláusula arbitral, segundo a qual a contratação da arbitragem é autônoma e diversa das questões que serão objeto do procedimento arbitral. Esteban Ramón Ymaz Cossio destaca alguns julgados emblemáticos sobre o tema.⁵⁸

No caso ICC 1110 de 1963, o árbitro declarou a questão como não arbitrável, sustentando que as partes que embarcam em um negócio de suborno devem ter consciência de que não podem pedir auxílio à justiça (tribunais nacionais ou arbitrais) para solucionar suas disputas.

No caso Westacre de 1998 (ICC 7047), por outro lado, o Tribunal Arbitral da ICC, aplicando a teoria da separabilidade da cláusula de arbitragem, considerou que poderia julgar uma eventual nulidade por corrupção de um contrato de intermediação, tendo considerado que o fato não foi comprovado, apesar dos indícios. A justiça inglesa, valendo-se de um critério contextual, homologou o laudo sob o argumento de que a ordem pública estava tão interessada em perseguir a corrupção quanto em validar as sentenças estrangeiras, devendo este último aspecto prevalecer na falta de prova direta do suborno, sobretudo no caso de um laudo arbitral proveniente de uma organização de tanto prestígio como a ICC.

Em sentido contrário à aplicação da teoria da separabilidade da cláusula de arbitragem em casos de suborno se posicionou a Suprema Corte do

⁵⁸ COSSIO, Esteban Ramón Ymaz. El Soborno y el Arbitraje Internacional. *Revista Brasileira de Arbitragem*. São Paulo, n. 21, p. 86, jan./mar. 2009.

Paquistão no caso Hubco de 2000. No entanto, como destaca Esteban Ramón Ymaz Cossio, foi um caso politizado, e que terminou com um acordo entre as partes.

Além de a tendência ser a aplicação do *separability concept*, com a consequente arbitrabilidade dos contratos atacados pela corrupção, não é incomum estabelecer um alto *standard* de prova para a corrupção. As presunções, por sua vez, podem ou não ser relevantes, segundo os tribunais arbitrais, para determinar a existência de suborno, afinal, há liberdade do árbitro para valorar as provas, e os tribunais arbitrais têm liberdade para fixar as regras de prova.⁵⁹

Vemos, portanto, que, sobretudo nas arbitragens internacionais envolvendo corrupção, a ideia de ordem pública (nesses casos, em seu terceiro nível) é muito flexível, sendo mais importante garantir que as partes tenham seu laudo arbitral validado do que entrar no mérito se ocorreu ou não um crime. Entender que o Judiciário pode se imiscuir no mérito da arbitragem seria permitir quase um recurso da sentença arbitral, o que significaria o completo esvaziamento do instituto da arbitragem.

Por esses mesmos motivos, não parece razoável pretender que a confidencialidade pactuada nesses casos seja mitigada em prol do interesse público e da ordem pública, ainda que possa existir um crime. Como já exposto, os órgãos de fiscalização e controle possuem diversos mecanismos para a apuração de ilícitos, então eles poderiam investigar eventual prática de crime mesmo sem a denúncia do árbitro.

Outra situação a ser pensada seria, por exemplo, quando, ao analisar uma disputa envolvendo o inadimplemento de um contrato de prestação de serviços de uma concessionária de serviço público, o árbitro descobre que

⁵⁹ Ibid., p. 87.

havia sido acordado o pagamento de propina para algum órgão público para que o particular ganhasse a licitação para prestar aquele serviço. Seria uma arbitragem doméstica, regida pela lei brasileira, submetida, portanto, ao primeiro nível da ordem pública. Trata-se de um caso em que incidiria o crime de corrupção, cujo combate é claramente de interesse da sociedade. Suponha-se, ainda, que nesse caso as partes tenham estabelecido no contrato que a arbitragem seria confidencial, e que o árbitro seja advogado regularmente inscrito na OAB.

O árbitro poderia, em nome desse interesse público, e para garantir a ordem pública, informar ao Ministério Público a ocorrência do crime de corrupção para que este pudesse dar início a investigações para eventualmente instaurar uma ação penal. Ocorre que, se fizesse isso, estaria violando a confidencialidade estabelecida pelas partes e por ele aceita ao assumir o encargo de atuar como árbitro. Além de descumprir o contrato, poderia estar cometendo uma infração disciplinar, uma vez que estaria violando o dever de sigilo profissional a ele imposto pelo Código de Ética e Disciplina da OAB.

Deixando de comunicar a ocorrência do ilícito, entretanto, o árbitro estaria arriscando deixar aquele crime impune, pois o Ministério Público, apesar de dispor de diversos mecanismos para apurar a ocorrência de crimes, poderia nunca vir a descobrir a ocorrência daquele ato ilícito. Nesse caso, seria frustrado o interesse da sociedade na investigação e prevenção ou punição dos crimes, o que também pode ser considerado uma violação à ordem pública.

O árbitro poderia, diante dessa situação, se limitar a anular esse contrato por força do art. 166 do Código Civil, segundo o qual é nulo o negócio jurídico quando seu objeto ou seu motivo determinante for ilícito. Estaria, assim, evitando a prestação de um serviço pautada pela ilegalidade, o que já garante respeito ao interesse da sociedade. Entende-se neste trabalho que essa seria a

melhor solução a ser adotada pelo árbitro pois, nesse caso, tanto a confidencialidade quanto o interesse público seriam resguardados.

Outro exemplo seria um contrato dispondo sobre a exploração de cassinos no Brasil, em que a lei aplicável eleita seria a norte-americana, onde não há proibição para jogos de azar. Nesse caso, deveria o árbitro se limitar a afastar a lei americana, se valendo da ordem pública em seu segundo nível, ou deveria também reportar a ocorrência da contravenção penal prevista no art. 50 do Decreto-Lei 3.688/1941?

Trata-se novamente de uma questão difícil, sobretudo do ponto de vista ético e moral do árbitro, pois deixar de reportar um ilícito significaria, ao menos em tese, deixá-lo impune, contrariando um interesse primordial da sociedade. Entretanto, entende-se que a melhor interpretação seria no sentido de que, ao afastar a lei americana, o árbitro já estaria satisfazendo o interesse público, uma vez que o negócio envolvendo a prática ilegal de jogos de azar acabaria sendo desfeito por conta da vedação estabelecida pela lei brasileira.

Nas arbitragens envolvendo a Administração Pública e nas arbitragens envolvendo companhias abertas em que haja fatos relevantes sujeitos a divulgação ao mercado, como já exposto, o dever de confidencialidade é mitigado, no primeiro caso inclusive por força de lei (art. 2º, § 3º da Lei de Arbitragem). O dever de publicidade, nesses casos, é da Administração Pública e das companhias, respectivamente, ou seja, são elas que devem publicizar e divulgar os acontecimentos relevantes da arbitragem.

Nessas hipóteses, o conflito entre confidencialidade e interesse público fica mais difícil de ser resolvido, mas, ainda assim, deve-se considerar que o árbitro fica numa posição bastante delicada, pois sua investidura se deu por confiança das partes e, ao reportar a ocorrência de um ato ilícito no curso da arbitragem, essa relação de confiança não deixa de ser abalada. Além disso,

como será melhor explorado, o árbitro advogado tem dever de sigilo decorrente de sua profissão, o que reforça a ideia de confidencialidade ainda que em um procedimento arbitral público.

Nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, José Emilio Nunes Pinto destaca que a publicidade será satisfeita na medida em que as partes reportem aos órgãos de controle o andamento e resultados da arbitragem, devendo o árbitro observar seu dever de discrição, estando impedido de revelar quaisquer detalhes do procedimento arbitral, salvo se solicitado por esses para os órgãos de controle externo e interno a que está sujeita a administração. Nos demais casos, prevalecerá o dever legal de discrição do árbitro, que contempla o sigilo.⁶⁰

A respeito do suposto dever do árbitro de denunciar infrações penais ou tributárias verificadas nos autos do procedimento arbitral, Cândido Rangel Dinamarco⁶¹ defende que, na verdade, o árbitro teria o dever de não fazer tais revelações. Em suas palavras:

*"Ora, impor ao árbitro esse dever significaria ao mesmo tempo renegar um dos fundamentos da arbitragem, consistente em evitar a publicidade dos atos que as partes pretenderam resguardar em sigilo (Carnelutti - supra, n. 7) e impor ao árbitro a prática de uma traição àqueles que, em boa-fé, lhe houvessem revelado o que não revelariam em um processo realizado em regime de publicidade. Muitas vezes, o que leva esses sujeitos a optar pela arbitragem é justamente esse zelo pelo resguardo de suas condutas."*⁶²

O autor sustenta que não é suficiente para dar publicidade à atuação do árbitro o fato de ele exercer uma jurisdição, sendo esta uma função pública, pois a jurisdição exercida pelo árbitro, diferentemente da jurisdição estatal, não é movida pelo escopo de dar efetividade ao direito material. O dever do árbitro perante as partes seria apenas aplicar o direito ao caso (salvo quando a

⁶⁰ PINTO, José Emilio Nunes. A Arbitrabilidade de Controvérsias nos Contratos com o Estado e Empresas Estatais. *Revista Brasileira de Arbitragem*. São Paulo, n. 1, p. 21, jan./mar. 2004.

⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 63 - 66.

⁶² Ibid., p. 64.

arbitragem for decidida por equidade), mas, perante a ordem jurídico-material do país, não teria ele dever algum.⁶³

Sustenta, inclusive, que o árbitro não tem qualquer compromisso com o interesse público, pois este seria distinto do procedimento arbitral. Em suas palavras:

*"Sem ser um guardião da legalidade, o árbitro não tem qualquer compromisso com o interesse público, ao qual a própria arbitragem não se associa. O mesmo Barbosa Moreira, ao repudiar o trato privatístico do processo (estatal), fala de uma dose de interesse público que existe em todo processo jurisdicional (estatal), o que culmina com a participação do Ministério Público como custos legis em alguns deles. No processo arbitral não ocorre jamais a participação do Ministério Público, justamente porque ali não se labora com interesses públicos".*⁶⁴

Por conta disso, defende Dinamarco que a confidencialidade, na arbitragem, deve prevalecer inclusive para reconhecer que o árbitro não tem o dever de reportar aos órgãos competentes eventuais infrações penais ou tributárias de que venha a tomar conhecimento no exercício de sua função. Mais que isso, o autor sustenta que o árbitro teria o dever de não fazer tais comunicações, pois, ao fazê-las, estaria traindo um dos objetivos da própria arbitragem.

Neste trabalho, entretanto, entende-se que há, sim, interesses conflitantes na definição da postura do árbitro diante de atos ilícitos, quais sejam, o dever de confidencialidade e de sigilo, por um lado, e o interesse público e a ordem pública, por outro lado.

Para melhor compreender esse conflito, deve-se analisar a questão também do ponto de vista da responsabilidade do árbitro. Isso porque, caso se entenda que há dever de reportar, deve-se entender quais seriam as sanções ao árbitro que não o faça, e, da mesma forma, caso se entenda que o dever

⁶³ Ibid., p. 64.

⁶⁴ Ibid., p. 65.

preponderante é o de confidencialidade, é preciso saber qual a consequência ao árbitro caso ele opte por reportar o ilícito.

Capítulo 4

Responsabilidade do árbitro

4.1. Responsabilidade civil

A Lei 9.307/1996, ao tratar da responsabilidade do árbitro, é expressa apenas quanto à responsabilidade penal, prevista no artigo 17⁶⁵. A responsabilidade civil é abordada de maneira muito superficial no *caput* do art. 14⁶⁶, no qual é feita uma equiparação aos deveres e responsabilidade dos juízes.

Inicialmente, a relação entre o árbitro e as partes possui um viés contratual, mas, uma vez instaurada a arbitragem, passa a ter também natureza jurisdicional, sendo as partes e o árbitro responsáveis perante si também processualmente.⁶⁷

Enquanto as partes deverão observar os deveres de boa-fé e cooperação, o árbitro deve proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição, nos termos do art. 13, §6º da Lei 9.307/1996. Além disso, tem o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência, conforme prescreve o art. 14, § 1º, bem como de fundamentar suas decisões (art. 26, II), proferir o laudo arbitral no prazo (art. 23) e respeitar o limite da ordem pública (art. 2º, § 1º).

⁶⁵ "Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal."

⁶⁶ "Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil."

⁶⁷ LIMA, Felipe Esbroglio de Barros. *Responsabilidade civil por dano processual no procedimento arbitral*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-13/felipe-lima-responsabilidade-civil-dano-procedimento-arbitral>>. Acesso em 13 out. 2017.

Assim, se a anulação da sentença decorrer da violação de algum desses deveres, quem deu causa a essa anulação deve ser responsabilizado pelos danos causados.

As partes, por exemplo, podem ser responsabilizadas quando violarem a boa-fé processual, corrompendo um árbitro, por exemplo, ou se derem causa à demora que culminou na superação do prazo para prolação da sentença.

O árbitro, por sua vez, pode ser responsabilizado quando descumprir os princípios processuais do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade e do livre convencimento (art. 21, §2º da Lei de Arbitragem), ou caso atue em descumprimento dos artigos 13 e 14 da Lei 9.307/1996⁶⁸. Caso viole o dever de revelação ou decida fora dos limites da convenção de

⁶⁸ "Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

§ 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocaria, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.

§ 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 4º As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável.

§ 5º O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros.

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

§ 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias."

"Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

§ 2º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando:

- a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou
- b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação."

arbitragem, por exemplo, pode ter que indenizar as partes pelos prejuízos causados.⁶⁹

Apesar de a Lei de Arbitragem não trazer previsão expressa a respeito da responsabilidade civil dos árbitros, entende-se que esta decorre da regra geral do art. 927⁷⁰ c/c art. 186⁷¹ e 187⁷² do Código Civil, uma vez que, sendo os árbitros contratados pelas partes em um regime de Direito Privado, ficam obrigados a reparar os danos causados a elas por conta de sua ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, ou pelo abuso de direito.

Dessa forma, caso o árbitro comunique a ocorrência de um ato ilícito, isso pode ser interpretado como uma violação do contrato na medida em que será desrespeitado o dever de confidencialidade lá pactuado. Por isso, entende-se que seria possível haver sua responsabilização pelos danos causados às partes.

Da mesma maneira, entendendo-se que o árbitro tem o dever de revelar a ocorrência de atos ilícitos, sob pena de violação à ordem pública, poderia ele ser responsabilizado caso descumprisse essa obrigação, por força inclusive do art. 2º, § 1º da Lei 9.307/1996.

Carlos Alberto Carmona⁷³ ressalta, entretanto, que a responsabilidade do árbitro deve ficar restrita à existência de dolo ou culpa grave:

"Insisto, porém, num ponto: a responsabilidade do árbitro (mesmo quando houver error in procedendo) deve ficar sempre adstrita às hipóteses de dolo ou de culpa grave, sob pena de submeter a injusta pressão o julgador, que ficaria encurralado na

⁶⁹ LIMA, Felipe Esbroglio de Barros. Op. cit..

⁷⁰ "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

⁷¹ "Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

⁷² "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

⁷³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 264.

hipótese de algum órgão do Poder Judiciário acolher demanda de anulação de sentença arbitral, decidindo a favor do autor questão que pode depender de interpretação do grau de flexibilidade aceitável para o processo arbitral."⁷⁴

Complementa dizendo que as escolhas procedimentais dos árbitros, como inverter a ordem de produção da prova testemunhal ou escolher determinado perito, não podem ser qualificadas como dolo ou culpa grave, assim como a interpretação de normas regulamentares não o pode, sob pena de inviabilizar a arbitragem.

Marcos Vinícius Grossman sustenta que a responsabilidade civil pode ser aplicada tanto ao árbitro quanto à instituição arbitral. No caso desta, a responsabilidade poderia incidir em duas situações: "*objetivamente ou solidariamente, dependendo do seu grau de envolvimento com o árbitro (teoria da culpa) e também nas situações relacionadas aos atos de expediente (teoria do risco).*"⁷⁵

Para ele, haveria responsabilidade objetiva na medida em que a instituição arbitral é responsável pela execução dos atos de expediente, ou seja, os atos para dar andamento ao processo arbitral. Trata-se da teoria do risco criado, na qual não se fala de vantagem para quem exerce a atividade, mas sim no fato de a própria atividade poder gerar risco a terceiros.

A responsabilidade subjetiva direta, por sua vez, incidiria para a validade jurídica dos atos de andamento e expediente, como prazos e notificações.

Além disso, haveria uma responsabilidade subjetiva indireta da instituição arbitral quando o árbitro causador de dano tiver sido nomeado por ela ou caso seu nome conste do rol de árbitros indicados pela instituição para escolha pelas partes. Nesse caso, defende o autor que se aplicaria o art. 932,

⁷⁴ Ibid., p. 265.

III, do Código Civil⁷⁶, que estabelece a chamada *culpa in eligendo*, ou seja, a responsabilidade por ter feito uma má escolha na seleção do árbitro vinculado à instituição. Por esse motivo, haveria responsabilidade solidária da Corte para com o comportamento do árbitro.

Grossmann ressalta, entretanto, que essa responsabilidade poderá ser afastada quando comprovado que o árbitro não possui laços com a instituição arbitral, tendo sido indicado exclusivamente pelos litigantes. Nessa hipótese de nomeação de árbitro *ad hoc*, não integrante do rol de árbitros da instituição, deve-se ter o cuidado de formalizar a escolha do árbitro por um contrato próprio, delineando o vínculo jurídico e optando pela submissão ao regulamento da instituição. Dessa maneira, fica clara a exclusão de imputabilidade da corte arbitral por ato ilícito praticado pelo árbitro, podendo, eventualmente, haver culpa concorrential das partes por transferência a elas dos encargos da culpa *in eligendo*.⁷⁷

Aplicando o entendimento de Grossmann, caso se entenda que o árbitro, ao reportar a ocorrência de ato ilícito, viola a confidencialidade e deve ser responsabilizado, até mesmo a instituição arbitral poderia responder por essa violação contratual, pois, ao escolher ou indicar o árbitro, estaria assumindo o risco da atividade.

Da mesma maneira, caso se entenda que há responsabilidade do árbitro quando ele deixa de reportar o ilícito, por violação à ordem pública e interesse público, seria possível sustentar que haveria a responsabilidade da instituição,

⁷⁵ GROSSMANN, Marcos Vinícius. *Responsabilidade civil na arbitragem*. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/4702>>. Acesso em 14 out. 2017.

⁷⁶ "Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

[...]

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;"

⁷⁷ GROSSMANN, Marcos Vinícius. Op. cit..

uma vez que ela teria que assumir o ônus de ter feito uma má escolha do árbitro.

A melhor interpretação, entretanto, parece ser a de que apenas o árbitro poderá responder, e somente em caso de violação à confidencialidade, pois, como dito, não parece razoável exigir de um julgador privado o dever de reportar esses atos ilícitos, que podem ser apurados pelos órgãos de fiscalização e controle por outros meios. Além disso, a instituição arbitral é responsável apenas pela organização do procedimento, não tendo ingerência sobre as decisões do árbitro, razão pela qual não parece justa a sua responsabilização, sobretudo de forma solidária.

4.2. Responsabilidade penal

A Lei de Arbitragem estabelece a responsabilidade penal do árbitro de forma expressa no art. 17, equiparando-o ao funcionário público. Carlos Alberto Carmona sugere que esta previsão teria sido uma tentativa do legislador de fortalecer a confiabilidade do juízo arbitral, protegendo-o de deturpações e desvios.⁷⁸

A referência no Código Penal são os crimes contra a administração pública, previstos no Título XI, em especial os crimes de concussão (art. 316), corrupção (art. 317) e prevaricação (art. 319), que são as condutas mais graves a comprometer a atuação do julgador.⁷⁹ De acordo com o art. 32, VI, da Lei 9.307/1996, a sentença arbitral também será nula nessas hipóteses, obrigando as partes a iniciarem um novo procedimento arbitral ou a aguardar que o árbitro profira nova sentença, nos termos do art. 33, § 2º.

Assim, caso o árbitro tenha recebido vantagens ilícitas de uma das partes para julgar em seu favor, por exemplo, é clara a ocorrência de crime a

⁷⁸ CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 267.

⁷⁹ Ibid., p. 267.

ensejar sua responsabilização. No caso da postura do árbitro diante de atos ilícitos, entretanto, a situação é mais delicada.

Como será aprofundado a seguir, entende-se que a omissão do árbitro em comunicar a ocorrência de atos ilícitos não deverá ensejar sua responsabilização criminal, uma vez que ele não ostenta a condição de "garantidor" do art. 13, § 2º do Código Penal, exigida para configurar os crimes omissivos. Além disso, entendendo-se que não há o dever de reportar, não haveria sequer conduta antijurídica a ensejar a responsabilidade criminal.

Especificamente no caso de violação ao dever de sigilo, ou seja, quando se entender que este é violado quando o árbitro comunica a ocorrência do ato ilícito, poderia ser aplicado o art. 154 do Código Penal, que estabelece a responsabilidade criminal em caso de violação do segredo profissional.

"Violação do segredo profissional"

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

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação."

Além disso, por conta da equiparação estabelecida pelo art. 17 da Lei de Arbitragem, poderia ser invocado o art. 325 do Código Penal, que prevê o crime de violação do sigilo funcional para os funcionários públicos.

"Violação de sigilo funcional"

Art. 325 - Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave."

Neste último caso, entretanto, o artigo exige a existência do dever de sigilo, razão pela qual entendem Rafael Braude Canterji e Ricardo Ranzolin

que, para ser aplicado em detrimento do art. 154, deve haver no contrato uma cláusula fixando a confidencialidade, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade. Decorrendo o sigilo apenas da condição de advogado, defendem os autores que somente o art. 154 poderia ser aplicado.

Ressalte-se que a responsabilidade penal é independente da responsabilidade civil, nos termos do art. 935 do Código Civil, então é possível que o árbitro seja responsabilizado nas duas esferas por conta de uma sentença proferida de forma a favorecer uma das partes por conta do recebimento de vantagem indevida, por exemplo.

Capítulo 5

Dever de sigilo e responsabilidade do árbitro advogado

A questão fica mais sensível quando analisada sob a perspectiva do dever de sigilo profissional. Apesar de a Lei de Arbitragem, em seu art. 13, estabelecer que pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes, fato é que a maioria dos árbitros, atualmente, é composta por advogados, como comenta Carlos Alberto Carmona⁸⁰:

É preciso, antes de tudo, temperar a ideia de que o árbitro é o especialista na matéria em discussão. Se a disputa diz respeito à construção civil, provavelmente o árbitro será um advogado; se a disputa versa sobre acertos decorrentes de contingências fiscais ou contábeis, o árbitro provavelmente será um advogado; se a contenda decorre de erro médico, o árbitro será advogado; se a questão gira em torno de terras, demarcações ou incorporações o árbitro provavelmente será... um advogado. Não é possível que o advogado saiba tanto de tudo, mas a massacrante maioria das arbitragens aponta a composição de painéis formados apenas por advogados. Isto significa que já ficou bem entendido pelos operadores que os litígios gravitam ao redor de relações jurídicas, contratos e documentos, que os advogados são capazes de decifrar, valendo-se de peritos sempre que necessário para melhor compreender o fato técnico.

Sendo o advogado um profissional especializado em litígios, parece natural que ele seja também quem atua como árbitro. Nesse caso, seu dever de sigilo passa a ser indisponível por força de lei, reforçada por recente alteração no Código de Ética e Disciplina da OAB.⁸¹

5.1. Dever de sigilo no Código de Ética e Disciplina da OAB

Como dito anteriormente, não há no Direito Brasileiro um dever de sigilo que decorra de lei, devendo tal matéria ser regulada através da convenção arbitral. O próprio artigo 22-C da Lei de Arbitragem, assim como o art. 189, IV do CPC, parece demonstrar isso ao estabelecer que a carta arbitral

⁸⁰ Id., Em Torno do Árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, vol. 28, p. 47 - 63, jan./mar. 2011.

⁸¹ CANTERJI, Rafael Braude; RANZOLIN, Ricardo. Op. cit., p. 335 - 354.

poderá correr sob sigredo de justiça caso comprovado que a confidencialidade foi contratada pelas partes.

Há, entretanto, exceções, como a arbitragem envolvendo a Administração Pública (art. 2º, § 3º, Lei 9.307/1996) e companhias abertas quando houver necessidade de divulgar fato relevante para o mercado.

Outra exceção à regra de que o sigilo decorre do contrato entre as partes, segundo Rafael Braude Canterji e Ricardo Ranzolin, é quando o árbitro é advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Nesse caso, há uma norma especial, de ordem pública, determinando o sigilo de forma impositiva, mesmo que não haja contratação das partes nesse sentido.⁸²

Em suas palavras: *"No que tange à advocacia, o sigilo é indissociável da própria atividade profissional. Trata-se de garantia não apenas ao cliente e ao advogado, como à própria cidadania e ao sistema de justiça."*⁸³

O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, aprovado pela Resolução n. 02/2015 do Conselho Federal, traz um capítulo que aborda o sigilo profissional dos advogados.

O art. 35⁸⁴, inicialmente, estabelece que o dever de sigilo engloba fatos de que tome conhecimento no exercício da profissão e fatos de que o advogado tenha tido conhecimento em virtude de funções desempenhadas na OAB. O art. 38⁸⁵, por sua vez, visa a resguardar o advogado ao prescrever que é seu direito não depor judicial ou administrativamente, ou em procedimentos arbitrais, sobre fatos protegidos pelo sigilo.

⁸² Ibid., p. 335 - 354.

⁸³ Ibid., p. 335 - 354.

⁸⁴ "Art. 35. O advogado tem o dever de guardar sigilo dos fatos de que tome conhecimento no exercício da profissão.

Parágrafo único. O sigilo profissional abrange os fatos de que o advogado tenha tido conhecimento em virtude de funções desempenhadas na Ordem dos Advogados do Brasil."

⁸⁵ "Art. 38. O advogado não é obrigado a depor, em processo ou procedimento judicial, administrativo ou arbitral, sobre fatos a cujo respeito deva guardar sigilo profissional."

O artigo 36, *caput*⁸⁶, esclarece que o sigilo é de ordem pública, e independe de solicitação do cliente. Isso significa que ele prescinde de que seja pactuada em um contrato a opção pela confidencialidade, uma vez que esta decorre do exercício da profissão e de lei, já que o artigo 33, parágrafo único, do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994)⁸⁷ estabelece que o advogado deve cumprir com os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina da OAB.

Por isso, havendo violação de sigilo, os árbitros estão sujeitos, além da responsabilidade civil contratual, às penas por infração disciplinar, nos termos do art. 34, VII do Estatuto da Advocacia⁸⁸, podendo lhes ser aplicada multa, censura, suspensão e até mesmo exclusão se houver reincidência.

Importante destacar que o parágrafo segundo do art. 36⁸⁹, novidade trazida pelo Código de Ética e Disciplina da OAB de 2015, diz expressamente que o dever de sigilo se aplica ao árbitro advogado, o que reforça a ideia de que o dever de sigilo do árbitro advogado não se limita à hipótese de ser estabelecida a confidencialidade no compromisso arbitral, no regulamento da instituição de arbitragem escolhido pelas partes ou em contrato entre as partes e o árbitro.

⁸⁶ "Art. 36. O sigilo profissional é de ordem pública, independendo de solicitação de reserva que lhe seja feita pelo cliente."

⁸⁷ "Art. 33. O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina.

Parágrafo único. O Código de Ética e Disciplina regula os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e, ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares."

⁸⁸ "Art. 34. Constitui infração disciplinar:

[...]

VII - violar, sem justa causa, sigilo profissional"

⁸⁹ "Art. 36. O sigilo profissional é de ordem pública, independendo de solicitação de reserva que lhe seja feita pelo cliente.

[...]

§ 2º O advogado, quando no exercício das funções de mediador, conciliador e árbitro, se submete às regras de sigilo profissional."

O art. 37⁹⁰ ressalva, entretanto, que o sigilo profissional poderá ser afastado em circunstâncias excepcionais que configurem justa causa, exemplificando com as hipóteses de defesa própria e de grave ameaça ao direito à vida e à honra.

Mais uma vez, cabe aqui o questionamento de se o interesse público poderia afastar o dever legal de sigilo ao qual o árbitro advogado se submete.

5.2. Dever de reportar ilícitos à luz do Direito Penal

No caso específico do Direito Penal, Rafael Braude Canterji e Ricardo Ranzolin destacam que, "*como regra, inexistente a obrigação legal de o cidadão particular comunicar às autoridades eventual prática de crime, tratando-se de faculdade.*" Segundo eles, "*não há sanção para o fato de alguém ter ciência da existência de um ato, em tese, delituoso e se omitir de reportá-lo às autoridades policiais.*"⁹¹

A Lei 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, traz, em seu artigo 116, VI⁹², uma previsão de que o servidor deve reportar as irregularidades de que tiver ciência ou suspeita em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou da autoridade competente para apuração. Canterji e Ranzolin, entretanto, defendem que essa disposição não se aplica aos árbitros, pois estes são equiparados a funcionários públicos exclusivamente para fins penais, não cabendo interpretação ampliativa da norma e nem analogia.

⁹⁰ "Art. 37. O sigilo profissional cederá em face de circunstâncias excepcionais que configurem justa causa, como nos casos de grave ameaça ao direito à vida e à honra ou que envolvam defesa própria."

⁹¹ CANTERJI, Rafael Braude; RANZOLIN, Ricardo. Op. cit., p. 335 - 354.

⁹² "Art. 116. São deveres do servidor:

[...]

VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração;"

Em suas palavras, "*não tem o árbitro advogado o dever de dar ciência a terceiros de fato ocorrido na arbitragem ou de que teve ciência durante o exercício da função, sob pena de violação da garantia em estudo [sigilo]*."⁹³

O art. 37 do Código de Ética e Disciplina da OAB, entretanto, ao prever que o dever de sigilo pode ser excepcionado em algumas hipóteses de justa causa, pode dar abertura para que essa comunicação de ilícitos penais possa ocorrer, uma vez que isso poderia preservar bem jurídico relevante.⁹⁴ Não se trata, contudo, de uma imposição de comunicação, mas sim de uma faculdade, segundo Canterji e Ranzolin.

Os autores ainda ressaltam que, para haver responsabilidade penal caso o árbitro deixe de comunicar eventual prática futura de crime, é preciso que haja adequação com os dispositivos sobre concurso de crimes e que haja relação de causalidade entre a conduta e o resultado típico.

As omissões, no Direito Penal, só podem ser punidas caso o agente ostente a condição de "garantidor", ou seja, quando houver uma obrigação de agir para evitar o resultado e essa ação puder ser dele exigida (dever e poder de agir para evitar o resultado). O art. 13, § 2º, do Código Penal⁹⁵ elenca essas hipóteses: (i) existência de dever de cuidado, proteção ou vigilância por força de lei; (ii) quando o agente assume a responsabilidade de impedir o resultado; e (iii) quando o agente cria o risco da ocorrência do resultado com seu comportamento anterior. O árbitro não poderia se encaixar em nenhuma dessas hipóteses, pois ele não assume, nem como árbitro e nem como advogado, dever

⁹³ CANTERJI, Rafael Braude; RANZOLIN, Ricardo. Op. cit., p. 335 - 354.

⁹⁴ Ibid., p. 335 - 354.

⁹⁵ "Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;

de cuidado, proteção e vigilância, não assume a obrigação de impedir o resultado e, em regra, o risco do resultado independe de seu comportamento anterior.

Sendo assim, defendem Canterji e Ranzolin que, mesmo não sendo a confidencialidade estipulada de antemão em um contrato, o árbitro não possui o dever de reportar atos ilícitos que venha a ter conhecimento a partir de sua atuação como tal, seja ele advogado ou não.

5.3. Responsabilidade por violação ao dever de sigilo

Apesar de a omissão não implicar em uma responsabilização penal, como já dito, o árbitro pode cometer um crime por violação de sigilo. Para os advogados, a violação de sigilo importa no crime previsto pelo artigo 154 do Código Penal.

Na Lei de Arbitragem, também temos o art. 17, que faz uma equiparação dos árbitros aos funcionários públicos. Poderia, então, ser aplicado o art. 325 do Código Penal, previsto de forma específica para o funcionário público.

Quando o sigilo não é fixado no contrato, entretanto, entendem Canterji e Ranzolin que não seria proporcional aplicar o art. 325, cuja pena inclusive é mais severa que a do art. 154, e a ação penal é incondicionada, pois a exigência de sigilo é condição determinante que altera a tipificação de um artigo para o outro. Decorrendo o sigilo apenas da condição de advogado, defendem os autores que somente o art. 154 poderia ser aplicado.

É necessário ressaltar, entretanto, que o próprio art. 154 do Código Penal, assim como o art. 37 do Código de Ética e Disciplina da OAB, ressalva

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado."

a responsabilidade pela violação de sigilo no caso de haver justa causa. Nessa hipótese, a revelação torna-se fato atípico, tanto penal quanto eticamente.

O art. 38 do Código de Ética e Disciplina, como exposto, dispõe que o advogado não é obrigado a depor sobre fatos a cujo respeito deva guardar sigilo profissional. No mesmo sentido, o CPC, em seu art. 448, II, traz essa garantia às testemunhas em seus depoimentos. Da mesma forma, o art. 207⁹⁶ do Código de Processo Penal. O art. 404, IV, do CPC, por sua vez, escusa a parte e o terceiro de exhibir, em juízo, documento ou coisa se sua exibição acarretar a divulgação de fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo.

Rafael Braude Canterji e Ricardo Ranzolin, ao abordarem o limite do dever de sigilo do árbitro advogado, distinguem três situações: a primeira é quando o árbitro se depara com um fato criminoso sem qualquer relação com o objeto da arbitragem. Como exemplo, citam a hipótese de uma testemunha revelar que uma das partes envolvidas na arbitragem cometeu ato ilícito, mas referente a um momento distinto, "*desligado da causa de pedir do conflito das partes; de tal modo que a fundamentação do julgamento da arbitragem nem precisará mencioná-lo.*"⁹⁷ Nesse caso, entendem que prevalece o dever de sigilo profissional, inclusive quando o árbitro for convocado para testemunhar em um processo judicial.

A segunda situação é quando o árbitro se depara com um ilícito criminal imbricado à *causa de pedir* da arbitragem, sendo necessária a sua abordagem no julgamento arbitral. O exemplo dado foi a hipótese de a disputa envolver o valor de uma corretagem e o depoimento das testemunhas levar a crer que a atividade de corretagem consistiu em ato de corrupção ativa. Nesse caso,

⁹⁶ "Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho."

entendem os autores que a arbitragem, cuja finalidade é o julgamento do conflito, não faz parte do ilícito praticado há bem mais tempo. Destacam a aplicação da doutrina do *separability concept*, positivada no art. 8º da Lei 9.307/1996⁹⁸, segundo a qual a contratação da arbitragem é autônoma e diversa das questões que serão objeto do procedimento arbitral. Assim, o laudo arbitral deverá considerar a ocorrência do ilícito apenas para julgar a questão cível, podendo aplicar o art. 883⁹⁹, o art. 137¹⁰⁰ ou o art. 166, II e III¹⁰¹, todos do Código Civil, se for o caso.

Nas palavras de Canterji e Ranzolin:

*"Assim, em devendo sempre haver uma apreciação autônoma entre a validade do negócio pelo qual se estabelece a arbitragem e as relações jurídicas de direito material objeto do litígio e do julgamento por arbitragem, o árbitro advogado terá o dever de julgar a causa, ainda que revolva fatos que constituam crime, e, nessa circunstância, terá, ainda, o dever de sigilo em relação ao que se tratou no procedimento arbitral."*¹⁰²

A terceira situação é quando o próprio procedimento arbitral constitui o ilícito criminal. Como exemplo, os autores apresentam a hipótese de a arbitragem ter como propósito a simulação do reconhecimento de obrigações que não existem, para regularizar quantias que não tenham sido contabilizadas previamente e cuja origem seja ilegal. Nesse caso, a arbitragem teria como objetivo a superação simulada de uma ilicitude anterior, o que implicaria que o próprio procedimento arbitral seria uma extensão da ilicitude.¹⁰³

⁹⁷ CANTERJI, Rafael Braude; RANZOLIN, Ricardo. Op. cit., p. 335 - 354.

⁹⁸ "Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória."

⁹⁹ "Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei."

¹⁰⁰ "Art. 137. Considera-se não escrito o encargo ilícito ou impossível, salvo se constituir o motivo determinante da liberalidade, caso em que se invalida o negócio jurídico."

¹⁰¹ "Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

[...]

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito"

¹⁰² CANTERJI, Rafael Braude; RANZOLIN, Ricardo. Op. cit., p. 335 - 354.

¹⁰³ Ibid., p. 335 - 354.

Defendem os autores que, se o árbitro for partícipe ou coautor desse aparelhamento da arbitragem para a simulação, estaria claro que não poderia se valer do sigilo, pois este diz respeito apenas ao exercício lícito da profissão, seja ele advogado ou não.

Caso não seja partícipe nem coautor, mas sim tenha sido usado inadvertidamente como meio de efetivar essa finalidade ilícita, o árbitro advogado não estaria obrigado a manter o sigilo, até porque sua revelação seria importante para ele poder exercer seu direito de defesa posteriormente, nos termos do art. 37 do Código de Ética e Disciplina da OAB, para comprovar que não participou da simulação. Caso a arbitragem prossiga mesmo após a descoberta dessa situação, o árbitro poderá sim ser responsabilizado, tanto civil quanto criminalmente.

Cândido Rangel Dinamarco¹⁰⁴, como já dito, entende que o árbitro tem o dever de não revelar à autoridade competente eventuais infrações penais ou tributárias que venha a ter conhecimento no exercício da sua função. O autor defende que o art. 40 do Código de Processo Penal¹⁰⁵ traz o dever de comunicar a existência de crime de ação pública ao Ministério Público apenas para a função de juiz, não se aplicando a árbitro.

Sustenta, ainda, que a equiparação do árbitro ao funcionário público, estabelecida pelo art. 17 da Lei de Arbitragem combinado com o art. 327 do Código Penal¹⁰⁶, não poderia classificar como crime uma conduta omissiva que não possa gerar a responsabilidade penal sequer aos juízes.¹⁰⁷ Isso porque, para haver o crime de prevaricação, exige-se não apenas a omissão indevida de

¹⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 65.

¹⁰⁵ "Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia."

¹⁰⁶ "Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública."

¹⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 66.

praticar ato de ofício, mas também o objetivo de satisfazer interesse ou sentimento pessoal. Sem este elemento subjetivo do tipo, a simples omissão não é criminosa. Assim, ainda que o árbitro tivesse o dever de reportar a ocorrência de atos ilícitos à autoridade competente, a simples omissão dessa providência não configuraria uma infração penal.

Isso afastaria, no entendimento de Dinamarco, a ideia de equiparação do árbitro ao juiz para fins criminais. Em suas palavras:

*"Crime só haveria quando (a) houvesse o dever de comunicar e, cumulativamente, (b) o árbitro se omitisse "para satisfazer interesse ou sentimento pessoal". Sem um tipo penal concretamente configurado, a relevância do argumento da equiparação é igual a zero."*¹⁰⁸

O autor conclui, então, que a equiparação dos árbitros aos funcionários públicos poderá sim implicar na sua responsabilização criminal, mas apenas no caso do próprio árbitro haver cometido uma infração penal (como concussão, prevaricação, corrupção passiva ou coação no curso do processo). Não poderá, entretanto, haver responsabilização civil ou criminal do árbitro quando ele houver se omitido de praticar atos que não tivesse o dever de praticar, até porque o próprio funcionário público não é incriminado nesses casos.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Ibid., p. 66.

¹⁰⁹ Ibid., p. 66.

Conclusão

Após bastante debate, constatou-se que a arbitragem tem natureza mista, sendo contratual na sua origem e jurisdicional nos seus efeitos. Trata-se, entretanto, de uma jurisdição privada, uma vez que é instituída pela vontade das partes e mediante um instrumento privado por meio do qual as partes renunciam à jurisdição estatal e decidem submeter seu conflito à arbitragem.

A Lei 9.307/1996, ao estabelecer no art. 18 que o árbitro é juiz de fato e de direito, não parece ter a intenção de estabelecer uma equivalência entre o árbitro ao juiz estatal, mas sim de esclarecer que o árbitro tem autoridade para decidir as questões fáticas e jurídicas necessárias para a solução da causa. A ideia da Lei é justamente dar autonomia aos árbitros e ao instituto da arbitragem em si, havendo um claro esforço em blindá-la contra a intervenção do Poder Judiciário.

Tratando-se de uma jurisdição privada, as partes têm autonomia para escolher as regras que melhor lhes convenham, faculdade esta que é garantida de forma expressa pelo art. 2º da Lei de Arbitragem, tendo como limite apenas os bons costumes e a ordem pública. Uma das possibilidades no exercício dessa liberdade contratual é a opção pela confidencialidade, que é vista hoje como um dos grandes atrativos do procedimento arbitral. Muitas instituições de arbitragem inclusive já trazem essa previsão em seus regulamentos, garantindo assim uma ampla utilização do procedimento confidencial.

A confidencialidade, entretanto, tem natureza contratual, não havendo na lei uma previsão expressa que garanta sua observância caso as partes sejam silentes no contrato. A Lei 9.307/1996 fala apenas do dever de discrição do árbitro, o qual significa que ele, por estar envolvido em um procedimento privado, deve se abster de comentar sobre os acontecimentos da arbitragem. Além disso, a ideia de privacidade pressupõe que terceiros não poderão

participar do procedimento arbitral. A extensão da discricção e da privacidade, contudo, não abrange, por si só, a obrigação de não divulgar ou publicar informações relacionadas ao procedimento arbitral para terceiros, o que somente é garantido pela expressa contratação da confidencialidade.

De toda forma, embora não seja a confidencialidade implícita à arbitragem, caso esteja estipulada no contrato, deve ser respeitada pelas partes e pelos árbitros, sob pena de responsabilidade pelos danos causados em decorrência da sua violação. O próprio Código de Processo Civil, assim como a Lei 9.307/1996, prevê que os processos judiciais que envolvam a arbitragem, como o cumprimento de carta arbitral, poderão correr em segredo de justiça se comprovado que havia no contrato uma cláusula de confidencialidade.

Há casos, entretanto, que admitem que a confidencialidade seja excepcionada de forma legítima: (i) quando as partes concordam com a divulgação de informações, como no caso da publicação do laudo arbitral; (ii) quando a divulgação é necessária ao exercício do direito de defesa; (iii) quando as informações forem de domínio público; (iv) quando houver dever legal, destacando-se as hipóteses de (a) dever legal do administrador da companhia aberta de divulgar fatos relevantes; (b) dever de colaboração com o Poder Judiciário quando este solicita informações; (c) arbitragens envolvendo a Administração Pública; e, por fim, (v) situações de interesse público que possam justificar que o dever de confidencialidade seja excepcionado sem que haja quebra contratual.

Na Lei de Mediação, o art. 30, § 3º, dispõe que a confidencialidade será excepcionada caso haja informação acerca da ocorrência de crime de ação penal pública, o que faz surgir o questionamento sobre se tal dispositivo poderia ser aplicado por analogia à arbitragem.

Parece que a resposta deveria ser negativa, uma vez que a natureza dos institutos é distinta, sendo a mediação uma forma de autocomposição e a arbitragem de heterocomposição de conflitos, e porque a natureza da confidencialidade também é diferente, sendo legal na mediação e contratual na arbitragem.

Nesse contexto de exceções à confidencialidade, é feito o questionamento se poderia o interesse público configurar justa causa para a divulgação de informações, a despeito de ter o árbitro o dever de manter o procedimento confidencial.

A ideia de interesse público seria a de satisfazer os interesses da coletividade, que seria uma entidade distinta e superior a orientar a atividade jurisdicional. Quando há a prática de um ato ilícito, o interesse da sociedade é que essa infração à lei seja apurada e que as sanções cabíveis sejam aplicadas a fim de coibir que tal prática seja reiterada.

Para garantir a defesa desse interesse, há órgãos de fiscalização e controle, como o MP, a CVM, o CADE, o TCU, o Banco Central, agências reguladoras e a Receita Federal. Sua função é zelar pela ordem pública e, para isso, dispõem de diversos poderes instrutórios e investigatórios, mecanismos estes que lhes permitem apurar a ocorrência de atos ilícitos e individualizar a responsabilidade dos agentes que os cometem.

Discute-se, então, se tais poderes seriam suficientes para garantir a manutenção da ordem pública e a satisfação do interesse público ou se, adicionalmente, teriam os árbitros, assim como os juízes ou os demais funcionários públicos, o dever de reportar a ocorrência desses ilícitos para auxiliar na sua investigação e prevenção ou punição. Trata-se, como dito, de um conflito entre o dever de sigilo e confidencialidade e o interesse público e a ordem pública.

O respeito à confidencialidade quando esta é pactuada no contrato envolve não só o princípio da autonomia da vontade, mas também o princípio da boa-fé contratual, e, além disso, decorre da interpretação dos art. 22-C da Lei de Arbitragem e 189, IV, do CPC, que determinam de forma expressa a observância de segredo de justiça quando comprovado que as partes contrataram uma arbitragem confidencial.

Assim, a mitigação da confidencialidade em prol do interesse público poderia significar um descumprimento contratual que violaria o princípio da boa-fé, pois representaria uma quebra da expectativa das partes de manter sob sigilo o procedimento arbitral. Consequentemente, tal violação poderia implicar na responsabilidade do árbitro pelas perdas e danos causados.

Dessa forma, não parece correto admitir que há um dever por parte do árbitro de fazer essa comunicação, justamente porque se trata de uma jurisdição privada, devendo prevalecer a autonomia das partes em eleger a confidencialidade, sob pena de esvaziamento do instituto da arbitragem.

As situações envolvendo ordem pública podem ser divididas em três níveis, sendo que no primeiro sua aplicação é mais acentuada e, no terceiro, mais branda. No primeiro, trata-se de arbitragens domésticas submetidas à lei brasileira; no segundo, aplicam-se leis estrangeiras às arbitragens domésticas; e, no terceiro, há a homologação da sentença arbitral estrangeira.

Nos casos envolvendo suborno e corrupção submetidos ao terceiro nível da ordem pública, por exemplo, a tendência é a aplicação da teoria da separabilidade da cláusula arbitral, sendo os casos julgados sem necessariamente haver comunicação ou apuração de eventuais atos ilícitos, e sendo os laudos arbitrais posteriormente homologados sem que o Judiciário entre no mérito da sentença para analisar se ocorreu ou não um ilícito.

No segundo nível, poderia haver uma situação em que as partes buscam se valer de uma lei estrangeira para burlar uma proibição de jogos de azar no Brasil, por exemplo. Parece que o entendimento mais razoável, nesse caso, seria o de que, ao afastar a lei estrangeira, o árbitro já estaria satisfazendo o interesse público, pois o negócio não poderia subsistir com base na lei brasileira. Não seria necessário, portanto, que o árbitro sacrificasse o dever de sigilo em prol do interesse público em comunicar o ilícito às autoridades competentes.

Por fim, no primeiro nível, poderia ser analisado um contrato de prestação de serviços celebrado mediante corrupção, como seria o caso de ser estabelecido o pagamento de propina. Nesta hipótese, parece que a melhor interpretação é no sentido que, ao anular o contrato pela ocorrência desse ato ilícito, o árbitro já estaria satisfazendo o interesse público, assim como no exemplo anterior, o que leva a crer que mesmo nessa hipótese não haveria dever de reportar o ilícito para os órgãos de fiscalização e controle.

Em uma arbitragem envolvendo a Administração Pública, por outro lado, a confidencialidade é mitigada, prevalecendo a ampla publicidade por força de lei. Nesses casos, se o árbitro for solicitado a prestar informações pelos órgãos de fiscalização e controle, deve fazê-lo, mas entende-se que não há o dever de reportar espontaneamente, sob pena de violação ao dever de discrição e de sigilo e, conseqüentemente, de enfraquecimento da arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos.

Também em uma arbitragem em que haja a necessidade de divulgação de fato relevante por uma companhia aberta poderia o árbitro ser requisitado a fornecer informações, sendo legítimo que ele as preste para os órgãos de fiscalização e controle. Mas, da mesma forma que nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, não deve tal comunicação ser encarada como um dever, pois não seria razoável esperar do árbitro uma comunicação espontânea.

A questão fica mais sensível quando o árbitro é advogado, caso em que incide o dever de sigilo profissional previsto no Código de Ética e Disciplina da OAB. Trata-se de norma de ordem pública, que independe de solicitação do cliente, ou seja, haverá dever de sigilo ainda que as partes não estabeleçam o dever de confidencialidade no contrato. Tal dever se aplica aos árbitros por força de disposição expressa do Código de Ética e Disciplina, e sua inobservância pode implicar na aplicação de sanções disciplinares.

Para afastar o dever de sigilo profissional, exige-se justa causa, e o que se discute é justamente se o interesse público se qualifica como motivo legítimo para mitigar esse dever.

Parece que a melhor interpretação é aquela dada por Rafael Braude Canterji e Ricardo Ranzolin que, apesar de reconhecerem o conflito entre o dever de sigilo e o interesse público, defendem que não há dever do árbitro de reportar a ocorrência de atos ilícitos, a princípio. Parece, como os autores defendem, ser uma faculdade do árbitro fazer essa comunicação, a qual poderá ser exercida em um caso que ele perceba que a arbitragem está sendo utilizada para fins de fraude, à sua revelia - para simular a existência de uma obrigação, por exemplo.

Nesses casos, o árbitro poderia comunicar a ocorrência do ilícito até para resguardar seu direito de defesa. Nas demais hipóteses, entretanto, se o ilícito não estiver imbricado no objeto da arbitragem, mesmo que esteja relacionado à causa de pedir (caso em que se aplica o *separability concept*), não haveria que se falar no dever de comunicar, salvo se o árbitro fosse coautor do crime, situação em que não poderia se beneficiar da própria torpeza.

Entende-se que os órgãos de fiscalização e controle já dispõem de meios suficientes para apurar por conta própria a ocorrência de ilícitos, não sendo razoável esperar que um árbitro enquanto ente privado faça a comunicação

desses atos em violação ao seu dever contratual e, no caso do árbitro advogado, legal, de manter a confidencialidade e o sigilo a respeito do procedimento arbitral.

Em todo caso, não há que se falar em responsabilidade do árbitro por se omitir de comunicar, uma vez que inexistente dever legal de comunicação e o árbitro não se encontra na posição de garantidor para cometer crime omissivo. Somente haveria sua responsabilidade por essa omissão caso esta decorresse de uma tentativa de esconder que a arbitragem é fraudulenta, ou seja, caso o árbitro estivesse envolvido na fraude e deixasse de reportar. Nesse caso, não poderia se valer da própria torpeza e deveria ser responsabilizado.

Por outro lado, caso opte por reportar mesmo havendo confidencialidade pactuada no contrato, a menos que o faça para exercer seu direito de defesa ou em alguma outra hipótese em que a confidencialidade é mitigada, poderá ser responsabilizado civilmente pelas perdas e danos causadas às partes em decorrência da violação ao dever de sigilo, caso aja com dolo ou culpa grave.

Além disso, poderiam incidir os crimes por violação ao dever de sigilo, previstos nos art. 154 e 325 do Código Penal, respectivamente, para os advogados e funcionários públicos, aos quais o árbitro é equiparado para fins penais por força do art. 17 da Lei de Arbitragem. Parece, novamente, que o melhor entendimento a esse respeito seria o de Canterji e Ranzolin, que defendem que, quando a confidencialidade não estiver pactuada no contrato, não será proporcional aplicar o art. 325 do Código Penal, pois este é mais severo e se aplica somente aos casos em que a exigência de sigilo decorra não apenas da condição de advogado, mas também do instrumento particular celebrado entre as partes.

Segundo Marcos Vinícius Grossmann, até mesmo a instituição arbitral poderia ser responsabilizada, caso tenha sido ela que nomeou ou indicou o árbitro, por aplicação do conceito de *culpa in eligendo*, ou seja, a responsabilidade por ter feito uma má escolha de árbitro.

A melhor interpretação, entretanto, parece ser a de que apenas o árbitro poderá responder, e somente em caso de violação à confidencialidade, pois a instituição arbitral é responsável apenas pela organização do procedimento, não tendo ingerência sobre as decisões do árbitro, razão pela qual não parece justa a sua responsabilização, sobretudo de forma solidária.

Bibliografia

I. Doutrina

BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R. C. *Notas introdutórias sobre natureza jurídica da arbitragem*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2007-jul-31/notas_introdutorias_natureza_juridica_arbitragem>. Acesso em 03 nov. 2017.

CANTERJI, Rafael Braude; RANZOLIN, Ricardo. Dever de Sigilo do Advogado Quando Atua Como Árbitro no Direito Brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, vol. 53, p. 335 - 354, abr./jun. 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. 571 p.

CARMONA, Carlos Alberto. Em Torno do Árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, vol. 28, p. 47 - 63, jan./mar. 2011.

COSSIO, Esteban Ramón Ymaz. El Soborno y el Arbitraje Internacional. *Revista Brasileira de Arbitragem*. São Paulo, n. 21, p. 82 - 89, jan./mar. 2009.

CRISTOFARO, Flavia Savio C. S. A Relação entre a Arbitragem e as Regras sobre Competência Internacional Previstas nos Artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil Brasileiro. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem Interna e Internacional: Questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 417 - 445.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. 304 p.

ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. O árbitro é (mesmo) juiz de fato e de direito? Análise dos poderes do árbitro vis-à-vis os poderes do juiz no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, vol. 54, p. 79 - 122, jul./set. 2017.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. A Confidencialidade na Arbitragem: Regra Geral e Exceções. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, vol. 49, p. 227 - 285, jan./mar. 2012.

FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. A Confidencialidade na Reforma da Lei de Arbitragem. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.). *Arbitragem e Mediação: A Reforma da Legislação Brasileira*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 159 - 190.

FONSECA, Rodrigo Garcia da; CORREIA, André de Luiz. A Confidencialidade na Arbitragem. Fundamentos e Limites. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (Coord.). *Arbitragem: Temas Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 415 - 448.

GROSSMANN, Marcos Vinícius. *Responsabilidade civil na arbitragem*. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/4702>>. Acesso em 14 out. 2017.

LEMES, Selma M. Ferreira. *Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos - Arbitrabilidade Objetiva: Confidencialidade ou Publicidade Processual?* Disponível em <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf>. Acesso em 24 set. 2017.

LIMA, Felipe Esbroglio de Barros. *Responsabilidade civil por dano processual no procedimento arbitral*. Disponível em

<<https://www.conjur.com.br/2016-dez-13/felipe-lima-responsabilidade-civil-dano-procedimento-arbitral>>. Acesso em 13 out. 2017.

MARTINS, André Chateaubriand. Os Diferentes Níveis de Ordem Pública sob uma Perspectiva da Jurisprudência Brasileira em Arbitragens Doméstica e Internacional. *Revista Brasileira de Arbitragem*. São Paulo, n. 37, p. 50 - 67, jan./mar. 2013.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Anotações sobre a Arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei do Senado nº 78/92*. Disponível em <<http://batistamartins.com/anotacoes-sobre-arbitragem-no-brasil-e-o-projeto-de-lei-do-senado-n-7892/>>. Acesso em 02 nov. 2017.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Um Fundamento do Regime Administrativo: O princípio da prossecução do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. 240 p.

PINTO, José Emilio Nunes. A Arbitrabilidade de Controvérsias nos Contratos com o Estado e Empresas Estatais. *Revista Brasileira de Arbitragem*. São Paulo, n. 1, p. 9 - 26, jan./mar. 2004.

PINTO, José Emilio Nunes. A Confidencialidade na Arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, vol. 6, p. 25 - 36, jul./set. 2005.

VALDÉS, Juan Eduardo Figueroa. As Expectativas das Partes em Relação ao Árbitro e ao Processo Arbitral Internacional. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (Coord.). *Arbitragem: Temas Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 359 - 380.

II. Regulamentos de instituições arbitrais

Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC):

Disponível em <<http://www.ccbc.org.br/Materia/1067/regulamento>>. Acesso em 02 nov. 2017.

London Court of International Arbitration:

Tradução do original disponível em <http://www.cbar.org.br/PDF/portuguese_rules%20-%20LCIA.pdf>. Acesso em 24 set. 2017.

Original disponível em <http://www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx>. Acesso em 01 nov. 2017.

Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem:

Disponível em <http://site1379424603.hospedagemdesites.ws/regulamento_1> Acesso em 02 nov. 2017.

Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (United Nations Commission On International Trade Law - UNCITRAL):

Disponível em <<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-e.pdf>>. Acesso em 23 set. 2017.

World Intellectual Property Organization:

Disponível em <<http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/index.html#conf2>>. Acesso em 24 set. 2017.

III. Resoluções

Resolução nº. 1/2010 da International Law Association:

Disponível em <<https://ila.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorage>>

Id=1126&StorageFileGuid=00c7e857-9d3a-4c63-bc5e-0c47a1d8079e>.

Acesso em 23 set. 2017.